



Erasmus Universiteit Rotterdam

Het recht op aftrek van BTW bij herstructureringen binnen concernverhoudingen

Masterscriptie Fiscale Economie

Auteur: Job Verdonk

Studentnummer: 434082

Scriptiebegeleider: P.C.J. Oerlemans

Einddatum: 2 November 2020

Tweede lezer: M.M.W.D. Merckx

INHOUD

<i>INHOUD</i>	2
HOOFDSTUK 1 INLEIDING	5
1.1 PROBLEEMSTELLING	7
1.2 OPZET.....	8
1.3 AFBAKENING.....	9
HOOFDSTUK 2: HOUDSTERVENNOOTSCHAPPEN EN AANDELENTANSACTIES	10
2.1 BTW-ONDERNEMERSCHAP.....	10
2.2 AANDELENTANSACTIES IN DE BTW	12
2.3 HOUDSTERVENNOOTSCHAPPEN ALS BTW-ONDERNEMER	13
2.3.1 <i>Uitzonderingen houdstervennootschappen als niet-ondernemer</i>	14
2.4 HERSTRUCTURERINGEN VAN CONCERNS BINNEN DE BTW	18
2.4.1 <i>Uitzonderingen bij aandelenverkopen</i>	19
2.4.2 <i>Aandelenverkopen door moeiende houdstervennootschappen en als verlengstuk</i>	20
2.4.2.1 De zaak Kretztechnik.....	21
2.4.2.2 De zaak AB SKF.....	21
2.4.2.3 De zaak C&D Foods Acquisition	23
2.5 AANDELENVERKOOP DOCHTER FISCALE EENHEID IN DE BTW.....	25
2.6 NEDERLANDS BELEID BTW-KWALIFICATIE AANDELENVERKOPEN.....	25
2.7 CONCLUSIE HOUDSTERVENNOOTSCHAPPEN EN AANDELENTANSACTIES	26
HOOFDSTUK 3: RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING	27
3.1 RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING ALGEMEEN	27
3.1.1 <i>Niet-economische activiteiten</i>	27
3.1.2 <i>Vrijgestelde handelingen</i>	28
3.1.3 <i>Overige uitzonderingen</i>	29
3.2 DIRECTE VERSUS ALGEMENE KOSTEN	29
3.2.1 <i>Directe kosten</i>	30
3.2.2 <i>Algemene kosten</i>	30
3.2.3 <i>Kwalificatieproblemen directe of algemene kosten</i>	32
3.2.3.1 De zaak Midland Bank.....	32
3.2.3.2 De zaak Investrand.....	33
3.3 RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING EN AANDELENTANSACTIES.....	34
3.4.1 <i>Recht op aftrek van voorbelasting bij aankopen van aandelen</i>	35
3.4.1.1 De zaak Cibo Participations.....	35
3.4.1.2 De zaken Larentia & Minerva en Marenave.....	36
3.4.1.3 De zaak Ryanair.....	36
3.4.1.4 De zaak Marle Participations	37
3.4.2 <i>Recht op aftrek van voorbelasting bij verkopen van aandelen</i>	37
3.4.2.1 De zaak BLP	37

3.4.2.2 De zaak Kretztechnik.....	38
3.4.2.3 De zaak AB SKF.....	39
3.4.2.4 De zaak C&D Foods Acquisition	39
3.5 RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ VERKOOP DOCHTER FISCALE EENHEID	40
3.6 NEDERLANDS BELEID RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ AANDELENVERKOPEN	40
3.7 CONCLUSIE RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING	41
HOOFDSTUK 4: BTW-KWALIFICATIE AANDELENVERKOOP DOOR	
HOUDSTERVENNOOTSCHAP IN DE ZAKEN AB SKF EN C&D FOODS ACQUISITION	42
4.1 AB SKF EN C&D FOODS ACQUISITION	42
4.2 AANDELENVERKOOP MOEIENDE HOUDSTERVENNOOTSCHAP	43
4.2.1 Aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap in de zaak AB SKF.....	44
4.2.2 Aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap in de zaak C&D Foods Acquisition.....	46
4.2.3 Conclusie aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap	49
4.3 DE VERLENGSTUKGEDACHTE	49
4.3.1 De verlengstukgedachte in de zaak AB SKF	50
4.3.2 De verlengstukgedachte in de zaak C&D Foods Acquisition.....	52
4.4 CONCLUSIE BTW-KWALIFICATIE AANDELENVERKOOP	53
HOOFDSTUK 5: RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING EN DIRECTE VERSUS	
ALGEMENE KOSTEN IN DE ZAKEN AB SKF EN C&D FOODS ACQUISITION	55
5.1 AB SKF EN C&D FOODS ACQUISITION	56
5.2 HET RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ AANDELENVERKOPEN BINNEN CONCERNVERHOUDING...56	
5.2.1 Het recht op aftrek van voorbelasting in de zaak AB SKF.....	56
5.2.2 Het recht op aftrek van voorbelasting in de zaak C&D Foods Acquisition	59
5.3 DE PROBLEMEN NA DE ZAAK C&D FOODS ACQUISITION.....	60
5.4 SUGGESTIE OPLOSSING RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ AANDELENVERKOOP.....	63
5.5 CONCLUSIE RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ AANDELENVERKOOP	67
HOOFDSTUK 6: SUGGESTIE NEDERLANDS BELEID	68
6.1 SUGGESTIE BTW-KWALIFICATIE VAN EEN AANDELENVERKOOP	69
6.2 SUGGESTIE RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING BIJ EEN AANDELENVERKOOP.....	70
6.3 CONCLUSIE SUGGESTIE NEDERLANDS BELEID.....	71
HOOFDSTUK 7: CONCLUSIE & DISCUSSIE.....	72
HOOFDSTUK 8: BIBLIOGRAFIE	76
8.1 LITERATUUR.....	76
8.2 WETGEVING	77
8.3 JURISPRUDENTIE.....	77
8.3.1 Europese jurisprudentie	77
8.3.2 Landelijke jurisprudentie.....	79

Hoofdstuk 1 Inleiding

Het recht op aftrek van voorbelasting is voor een ondernemer één van de belangrijkste onderwerpen in de omzetbelasting. Wanneer hij geen recht heeft op aftrek van de btw op zijn gemaakte kosten, bestaat de mogelijkheid dat de last van de btw in zijn schakel van de productieketen blijft hangen. Dit is voor hem een bijzonder ongunstige situatie. Het is dan ook niet onverwacht dat het aftrekrecht al sinds de invoering van de omzetbelasting de gemoederen bezighoudt. Daarbij is het aftrekrecht op zichzelf al een ingewikkelde kwestie. Het hangt namelijk nauw samen met de kwalificatie als btw-ondernemer en de beoordeling van de handelingen van een ondernemer als btw-belaste handelingen.

Een ander onderwerp dat al jaren een belangrijk fiscaal thema is, is de behandeling van houdstervennootschappen in de btw. Overheden zien houdstervennootschappen het liefst als niet-ondernemers omdat vaak naast het houden van aandelen geen ‘echte’ onderneming wordt gedreven door deze entiteiten. Belastingplichtigen en belastingadviseurs zien houdstervennootschappen juist als belangrijke schakels in de concernstructuur waardoor zij graag die entiteiten mee willen nemen in de btw-positie van het concern. De voorwaarden voor de kwalificatie van houdstervennootschappen blijken menig fiscalist daarom wakker te houden.

De problematiek van de houdstervennootschappen in de btw en de problematiek van het eerdergenoemde aftrekrecht komen samen bij een discussie die de afgelopen jaren in de schijnwerpers staat na enkele uitspraken van het Hof van Justitie. Het gaat hier om de vragen die zijn ontstaan in de zaken AB SKF en C&D Food Acquisition uit 2009 en 2018, waarin het Hof van Justitie oordeelde over de economische kwalificatie van de verkoop van de aandelen in een deelneming en een voorzet gaf over de behandeling van het aftrekrecht van de btw op de gemaakte kosten bij deze aandelenverkoop.¹² In beginsel vallen aan- en verkopen van aandelen niet binnen de reikwijdte van de btw aangezien bij het enkel aan- en verkopen van aandelen doorgaans geen waarde wordt toegevoegd aan het aandeel door de handelaar. Uit een eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie kan echter worden opgemaakt dat toch meerdere situaties aanwezig kunnen zijn waarbij de aan- en verkoop van aandelen binnen de btw kunnen vallen. De volgende drie mogelijkheden zijn daarbij voor de verkoop van aandelen van belang.³

- 1) De aandelen worden verkocht in het kader van de bedrijfsvoering als effectenhandelaar.
- 2) De aandelen worden verkocht door een houdster die moeit in het beheer van de deelneming die wordt verkocht, en dit moeien gaat gepaard met btw belaste handelingen.

¹ HvJ 29-10-2009, C-29/8, AB SKF

² HvJ 8-11-2018, C-502/17, C&D Foods Acquisition ApS

³ Rookmakers-Penners, T.K.M., Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c2 Ondernemer; verkoop en overdracht van aandelen

- 3) De aandelenverkoop is een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van de groep.

De discussie omtrent de tweede en derde mogelijkheid is sinds het arrest C&D Food Acquisition groots aangewakkerd. Naast dat het na eerdere rechtspraak nog onduidelijk was wat moest worden verstaan onder rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk introduceerde het Hof van Justitie in deze zaak een extra criterium voor deze mogelijkheden. Het Hof acht bij beide mogelijkheden de oorzaak van de aandelenverkoop van belang. Deze moet zijn oorsprong vinden in de economische activiteit van de groep. De vraag komt op of dit betekent dat een aandelenverkoop door een moeiende houdster niet meer per definitie binnen de werkingssfeer van de btw valt. In het arrest AB SKF oordeelde het Hof dat een herstructurering van de groep een voldoende verband had met de economische activiteit terwijl in het arrest C&D Foods Acquisition werd geoordeeld dat het gebruik van de verkregen gelden bij de aandelenverkoop voor het aflossen van een schuld aan de moedermaatschappij geen voldoende verband had met de economische activiteit van de groep. Dit criterium schepte veel onduidelijkheid voor de kwalificatie als economische activiteit van aandelenverkopen, maar ook voor het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten. Een belangrijke vraag die volgt uit deze zaak is of het wel juist is dat een oorzaak wordt vastgeknoopt aan de beoordeling van een handeling als een economische activiteit. De btw kent een objectief karakter als het om economische handelingen gaat. Het lijkt dan ook dat het vastknopen van een dermate subjectief criterium, zoals de oorzaak van een handeling, het neutraliteitsbeginsel zou kunnen schaden.⁴ Een andere vraag die rijst is wat nu de afbakening is van een geoorloofde oorzaak van een aandelenverkoop. Maakt het niet uit dat de schuld van C&D Foods wellicht was ontstaan door de bedrijfsvoering van de groep en daardoor voldoende verband kan hebben met de economische activiteit van de groep? Meerdere vragen die aanzet geven tot nader onderzoek.

Als aan hierboven genoemd criterium van economische activiteit wordt voldaan, is het nog maar de vraag of het voor de ondernemer mogelijk is om de btw op de kosten die worden gemaakt bij de kwalificerende verkoop van aandelen ook daadwerkelijk af te trekken. In de zaak AB SKF van het Hof van Justitie gaf het Hof een voorzet voor een verduidelijking van de behandeling van de btw op deze kosten.⁵ Het Hof heeft in eerdere zaken duidelijk gemaakt dat de aftrek van de voorbelasting de behandeling volgt van de economische handeling waarmee deze kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben. Dit betekent dat doorgaans geen aftrek mogelijk is omdat de verkoop van aandelen waarmee deze kosten samenhangen veelal onder de financiële vrijstelling valt of zelf helemaal niet binnen de btw valt. In het arrest AB SKF gaf het Hof echter aan dat als de gemaakte kosten geen rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de vrijgestelde aandelenverkoop, deze kosten kunnen

⁴ Merckx, M.M.W.D., (2018), BNB 2019/10

⁵ Swinkels, J.J.P., (2010), BNB 2010/251

kwalificeren als algemene kosten. Dit betekent dat gedeeltelijke of volledig aftrek van de btw op deze kosten mogelijk is op basis van de algemene pro rata van de onderneming. De invulling van de beoordeling van de gemaakte kosten liet het Hof in de zaak AB SKF hierbij vrij aan de lidstaten zelf. In eerdere arresten van het Hof zoals het Midland Bank arrest, kwam echter al naar voren hoe ingewikkeld de kwestie van het beoordelen van de gemaakte kosten kan zijn.⁶⁷ Het is dan ook nog niet uitgekristalliseerd hoe de beoordeling van deze kosten bij aandelenverkopen in zijn werk moet gaan.

Voordat een houdstervennootschap de voorbelasting in aftrek kan nemen, moet dus voldaan worden aan twee toetsen. Ten eerste moet de aandelenverkoop gepaard gaan met een bepaalde vorm van economische activiteit. Hierbij is sinds C&D Foods discussie over wat de afbakening is van dit verband. Dit geeft op zijn plaats onzekerheid of een aandelenverkoop überhaupt binnen de btw valt. Ten tweede moet bij de verkoopkosten getoetst worden of deze directe- of algemene kosten zijn, mits deze aandelenverkoop binnen de btw wordt geacht te vallen. Hierbij is het dan weer onduidelijk hoe de btw op de gemaakte kosten behandeld moet worden.

De opkomende vragen geven aanzet om de verhouding tussen deze zaak en het gewenste recht voor het btw-systeem te onderzoeken. De mogelijkheid tot het aftrekken van btw op gemaakte kosten die in verband staan met een economische activiteit is een van de bouwstenen van dit systeem. De beoordeling van handelingen omtrent aandelen als economische activiteit en het aftrekrecht bij deze handelingen is een onderwerp dat in dit opzicht duidelijkheid nodig heeft. De uitspraken van het Hof met betrekking tot aandelenhandelingen trachten deze duidelijkheid te creëren en een kader te scheppen om de economische activiteit en het aftrekrecht te kunnen beoordelen. De uitspraken van het Hof hebben dit doel vooralsnog niet in bevredigende mate bereikt en zorgen dikwijls voor toegevoegde verwarring met betrekking tot het onderwerp. De zaken AB SKF en C&D Foods zijn hier voorbeelden van. Dit betekent echter niet dat in deze zaken geen waardevolle besprekingen of verduidelijkingen aanwezig zijn.

1.1 Probleemstelling

In het licht van de recente rechtsspraak omtrent de twee toetsen die hierboven worden genoemd, wordt in deze scriptie getracht antwoord te geven op de volgende probleemstelling:

‘In hoeverre valt de verkoop van een deelneming door een houdstervennootschap binnen de btw en in hoeverre heeft de houdstervennootschap recht op aftrek van de btw op de gemaakte

⁶ HvJ 9-6-2000, C-98/98, Midland Bank

⁷ Hilten, van, M.E., (2000), BNB 2001/118,

kosten bij de verkoop van de deelneming? Past dit binnen het btw-systeem en hoe moet het Nederlandse beleid eruitzien?’

Geprobeerd zal worden om de criteria voor btw-behandeling van aandelenverkopen in de btw te verduidelijken. Hiermee zal een voorzet gegeven worden tot een vergroting in de rechtszekerheid voor belastingplichtigen omtrent het aftrekrecht van de btw op de gemaakte kosten bij het verkopen van een aandelenpakket in een deelneming.

1.2 Opzet

De opzet van dit onderzoek bestaat uit twee onderdelen. Het eerste deel van het onderzoek zal bestaan uit een uiteenzetting van de huidige btw-behandeling van de verkoop van aandelen door houdstervennootschappen. Het tweede onderdeel zal bestaan uit een poging de vragen te beantwoorden die zijn gerezen in de recente rechtspraak.

Het eerste deel van het onderzoek zal de belangrijkste punten in het huidige btw-stelsel omtrent de aftrek van voorbelasting bij een aandelenverkoop door houdstervennootschappen in concernverhoudingen behandelen. Dit gedeelte zal uit twee hoofdstukken bestaan. Het eerste hoofdstuk zal bestaan uit de kwalificatie van een houdstervennootschap als btw-ondernemer en de btw-behandeling van aandelentransacties. Daarbij zal het Nederlandse beleid omtrent aandelenverkopen en het ondernemerschap worden besproken. Het tweede hoofdstuk zal bestaan uit de beginselen van het aftrekrecht van voorbelasting met daarna een diepgaandere uitleg over de kwalificatie als directe- of algemene kosten. Voortbouwend op die basis zal worden uiteengezet hoe de huidige lijnen van de behandeling van het aftrekrecht bij aandelenverkopen door houdstervennootschappen eruitziet. Het huidige Nederlandse beleid op deze gebieden zal ook in dit hoofdstuk aan bod komen.

Het tweede onderdeel ziet op de vragen die zijn voortgekomen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, met in het bijzonder de arresten AB SKF en C&D Food Acquisition. Dit gedeelte bestaat uit drie hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk wordt getracht om duidelijkheid te scheppen rondom de voorwaarden van aandelenverkoop van een deelneming om te kwalificeren als economische activiteit. In het tweede hoofdstuk zal de beoordeling van de toerekening van de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop als directe- of algemene kosten worden onderzocht. De antwoorden op de vragen rondom de aandelenverkoop en het aftrekrecht daarbij zullen de basis vormen voor een mogelijke suggestie voor toekomstig Nederlands beleid omtrent de behandeling van aandelenverkopen in concernverhoudingen in het laatste hoofdstuk van dit onderdeel.

Uiteindelijk zal in het laatste hoofdstuk van dit onderzoek de conclusie worden gegeven. Hierin wordt een samenvatting gegeven van de bevindingen en suggesties die zijn beschreven in het onderzoek. Daarbij zal ook met een kritische blik naar het onderzoek worden gekeken. Tekortkomingen van het onderzoek en suggesties voor diepgaander onderzoek op punten die voorbij zijn gekomen in deze scriptie zullen daar onderdeel van zijn.

1.3 Afbakening

Dit onderzoek richt zich op de behandeling van aandelenverkopen door houdstervennootschappen. De kwalificatie van houdstervennootschappen als btw-ondernemer zal enkel worden uiteengezet en daarbij niet worden bekritiseerd. Dit brengt met zich mee dat ook de behandeling van aankoopkosten van aandelen in deelnemingen meer op de achtergrond dan op de voorgrond aanwezig zal zijn. Wel zal de behandeling van kosten bij aandelenverkopen naar voren komen in de uiteenzetting met betrekking tot de behandeling van de kosten als direct of algemeen voor het aftrekrecht. Hierbij moet worden gedacht aan bijvoorbeeld het Ryanair-arrest.⁸ Bepaalde aspecten van deze behandeling zullen ook van toepassing zijn op de beoordeling van de gemaakte kosten bij de verkoop van aandelen.

Dit onderzoek zal zich ook voornamelijk richten op de Nederlandse behandeling van aandelenverkopen door houdstervennootschappen in de btw. Europese rechtsspraak en buitenlandse zaken komen aan bod. Andere omzetbelastingssystemen worden niet behandeld.

⁸ HvJ 17-10-2018, C-249/17, Ryanair

Hoofdstuk 2: Houdstervenootschappen en aandelentransacties

In dit hoofdstuk wordt de kwalificatie van houdstervenootschap als ondernemer voor de btw uiteengezet. Hierbij wordt de basistheorie omtrent het btw-ondernemerschap behandeld, waarna specifiek wordt gekeken naar houdstervenootschappen. Het tweede onderwerp wat behandeld zal worden is de btw-behandeling van aandelentransacties met specifieke aandacht voor handelingen omtrent deelnemingen.

2.1 Btw-ondernemerschap

De belastingplichtige voor de Nederlandse omzetbelasting is diegene die als btw-ondernemer kwalificeert volgens de Nederlandse wet op de omzetbelasting 1968 (wet OB). Volgens de tekst van artikel 7 van wet OB is een ondernemer ‘ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent’. Dit komt grammaticaal niet volledig overeen met de definitie die wordt gegeven in de Europese btw-richtlijn.⁹ Deze spreekt over de kwalificatie als ‘belastingplichtige’ en vult dit in als ‘ieder die zelfstandig een economische activiteit verricht’. De wetgever heeft het begrip ‘ondernemer’ echter in de Nederlandse wet OB dezelfde betekenis willen geven als het begrip ‘belastingplichtige’ uit de btw-richtlijn, volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁰ Hierdoor volgt de Nederlandse kwalificatie als btw-ondernemer het Europese begrip. Dit komt mede naar voren in het arrest met betrekking tot de gemeente Borsele van de Hoge Raad.¹¹ In deze zaak heeft de Hoge Raad het duidelijk over het verrichten van economische activiteiten om te kwalificeren als belastingplichtige.

Als gekeken wordt naar het Nederlandse begrip ‘ondernemer’, en daarmee ook het Europese begrip ‘belastingplichtige’, zijn drie aspecten belangrijk bij de beoordeling als btw-ondernemer. De begrippen ‘Een ieder’, ‘zelfstandig’ en het ‘uitoefenen van een bedrijf’ zijn verder gedefinieerd om de omzetbelasting juist af te bakenen. Deze begrippen worden hierna uiteengezet.

Een ieder

Gekozen is voor het begrip ‘een ieder’ om zo naast rechtspersonen en natuurlijke personen ook samenwerkende personen die collectief aan het maatschappelijk verkeer deelnemen onder de btw te kunnen laten vallen. Deze gedachte van samenwerking wordt duidelijk geïllustreerd in het arrest van de Hoge Raad omtrent een relaxbedrijf uit 2014.¹² Het ging in dit arrest om een BV, een maatschap en

⁹ Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde

¹⁰ HR 02-05-1984, nr. 22 153, BNB 1984/295

¹¹ HR 18-11-2016, nr. 12/02683

¹² Zadelhoff, van, B.G. (2014), BNB 2014/151

een stichting die allen onderdeel waren en samen afgesproken welbepaalde activiteiten uitvoerden. De Hoge Raad oordeelde dat als de activiteiten als één ondernemer verricht zijn, de samenwerking als btw-ondernemer kan kwalificeren. Het is dus mogelijk om als natuurlijk persoon, een rechtspersoon zoals een BV of coöperatie en als samenwerking als btw-ondernemer te kwalificeren. Dit begrip staat met betrekking tot het verdere gedeelte van dit onderzoek niet ter discussie, maar illustreert de ruime reikwijdte met betrekking tot de entiteiten die belastingplichtig kunnen zijn voor de omzetbelasting.

Zelfstandig

Het begrip omtrent de zelfstandigheid voor de kwalificatie als ondernemer ziet vooral op de uitsluiting van personen die met hun werkgever een arbeidsovereenkomst hebben of in een andere vorm een rol van ondergeschiktheid hebben. Wanneer deze afbakening niet aanwezig zou zijn, zou dat betekenen dat werknemers zouden kunnen kwalificeren als btw-ondernemer voor elke werkzaamheid die zij uitvoeren voor een werkgever. De zelfstandigheidstoets is niet alleen op natuurlijke personen van toepassing blijkt ook uit het arrest IO van het Hof van Justitie uit 2019.¹³ Dit criterium zorgt normaal gesproken niet voor problemen bij situaties tussen rechtspersonen zoals besloten- en naamloze vennootschappen.

Het uitoefenen van een bedrijf

Zoals eerder besproken volgt het ondernemersbegrip van de Nederlandse OB het begrip van de belastingplichtige van de btw-richtlijn. Het grootste verschil tussen deze twee begrippen is het Nederlandse begrip van het uitoefenen van een bedrijf en het Europese begrip van het verrichten van economische activiteiten. In artikel 9 lid 2 van de btw-richtlijn wordt het begrip ‘economische activiteit’ nader uitgelegd. Alle werkzaamheden als fabrikant, handelaar of dienstverrichter vallen onder dit begrip. Daarbij wordt ook de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om duurzaam opbrengst te verkrijgen inbegrepen. Artikel 15 van de Btw-richtlijn regelt wat onder een lichamelijke zaak kan vallen. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de verhuur van een onroerende goed. Ook aandelen vallen volgens onderdeel c van het tweede lid van deze bepaling onder het begrip lichamelijke zaak. Het criterium van het verkrijgen van duurzame opbrengst ziet niet alleen op de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak. Uit het arrest Götz van het Hof van Justitie blijkt dat dit criterium voor alle werkzaamheden genoemd in artikel 9 btw-richtlijn geldt.¹⁴ Belangrijk om te benoemen is dat het beogen of maken van winst niet vereist is voor het verrichten van economische activiteiten.

¹³ HvJ 13-06-2019, C-420/18, IO

¹⁴ HvJ 13-12-2007, C-408/06, Götz

Als aan deze begrippen wordt voldaan, kwalificeert een natuurlijk persoon, rechtspersoon of samenwerkingsverband als btw-ondernemer voor de verrichte activiteiten. Hij is dan mogelijk verplicht om btw te voldoen aan de overheid. Ook kan worden getoetst of hij recht op aftrek van voorbelasting heeft.

2.2 Aandelentransacties in de btw

Wat duidelijk naar voren komt in het criterium van de economische activiteiten van het btw-ondernemerschap is dat het belangrijk is wat de activiteiten van een persoon of entiteit zijn. Dat dit van belang is, ligt in de kern van waar de omzetbelasting op gebouwd is. De omzetbelasting probeert de uiteindelijke consumptie te belasten via een systeem waarbij de ondernemers in de productieketen van het uiteindelijke goed of de uiteindelijke dienst elk een stukje van deze belasting voldoen. Dit gebeurt door het belasten van de waarde die een ondernemer in zijn stuk van de keten aan het product of dienst toevoegt. Btw heffen op goederen waarbij door de ondernemer in werkelijkheid geen waarde wordt toegevoegd, is niet in lijn met deze gedachte. Vandaar ook dat het Hof van Justitie de grens voor de economische activiteit legt bij het duurzaam exploiteren van een vermogensbestanddeel.

De grens van deze werkingssfeer ligt bij het louter beheren van vermogen.¹⁵ Het enkel beheren van vermogen betekent voor de btw niet dat duurzaam een vermogensbestandsdeel wordt geëxploiteerd. Hierdoor valt vermogensbeheer dan ook niet onder artikel 9 lid 2 van de btw-richtlijn en is vermogensbeheer niet het verrichten van economische activiteiten. Uit het arrest Polysar van het Hof van Justitie blijkt dat het enkele houden van aandelen niet is aan te merken als de exploitatie van een zaak om duurzaam opbrengst te verkrijgen.¹⁶ De reden hiervoor was volgens het Hof dat de betaling van dividend door de deelneming enkel voortkwam uit de loutere eigendom van de aandelen en niet als tegenprestatie voor het houden van de aandelen. Het Hof herhaalde deze overweging in meerdere belangrijke arresten zoals Floridienne/Berginvest en Cibo Participations.^{17,18}

Er zijn verschillende vormen waarin één of meerdere aandelentransacties kunnen voorkomen. De aankoop van één of meerdere aandelen als belegging door een zelfstandige of de aankoop van aandelen in een nieuwe dochtermaatschappij door een multinational worden daarbij niet anders behandeld voor de btw als het om de pure transactie van het aandeel gaat. Het kopen, houden of verkopen van aandelen kan dus in beginsel niet worden aangemerkt als een economische activiteit. Dit brengt met zich mee dat

¹⁵ Rookmaaker-Penners T.K.M., (2020), Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c1 Ondernemer; houden van aandelen

¹⁶ HvJ EG 20-06-1991, C-60/90, Polysar

¹⁷ HvJ EG 14-11-2000, C-142/99, Floridienne/Berginvest

¹⁸ HvJ EG 27-09-2001, C-16/00, Cibo Participations SA

deze handelingen in principe dus ook niet binnen de werkingssfeer van de btw vallen. Ook betekent dit dat personen en entiteiten die enkel handelen in aandelen doorgaans niet worden aangemerkt als ondernemer voor de btw. Op de regel dat aandeletransacties niet worden gezien als economische activiteiten is een aantal uitzonderingen aanwezig. Deze zullen in de volgende paragraaf worden besproken. Het is daarvoor belangrijk om de vraag te beantwoorden hoe de btw-behandeling eruitziet wanneer een van deze uitzonderingen aanwezig is en de aandelenverkoop dus wordt gezien als een economische activiteit. Uit de zaak AB SKF kan worden geconcludeerd dat dergelijke aandeletransacties onder de vrijstelling van artikel 135, lid 1, sub f van de BTW-richtlijn en daarmee ook onder de vrijstelling van artikel 11 lid 1, sub i, onderdeel 2 van de wet OB betreffende waardepapieren en effecten vallen.¹⁹ Dit brengt met zich mee dat de aandeletransacties in de uitzonderingssituaties die besproken zullen worden in de komende paragrafen binnen de werkingssfeer van de btw vallen, maar vrijgesteld zijn van btw.

2.3 Houdstervenootschappen als btw-ondernemer

Houdstervenootschappen worden vaak gebruikt in groepsstructuren van concerns. Een houdstervenootschap is een vennootschap waarvan de activiteiten volledig of grotendeels bestaan uit het enkel houden van aandelen in een andere entiteit. Op het gebied van aansprakelijkheid binnen het concern en eenvoud van de structuur zijn houdstervenootschappen aantrekkelijk voor groepen. Daarnaast kan het voor fiscale doeleinden gunstig zijn om een entiteit die enkel aandelen houdt aan de groepsstructuur toe te voegen. Ook kan een houdstervenootschap een tussenvennootschap zijn. Dit komt voor als een houdstervenootschap midden in de keten van entiteiten zit.

De kwalificatie van houdstervenootschappen heeft in het verleden tot veel discussie geleid. Als wordt gekeken naar de drie begrippen die van belang zijn bij de kwalificatie als btw-ondernemer blijkt dat aan de begrippen 'een ieder' en 'zelfstandig' gemakkelijk wordt voldaan door een houdstervenootschap. De houdstervenootschap is een rechtspersoon en is dus 'een ieder', terwijl de houder ook zelfstandig is aangezien het als rechtspersoon een zelfstandige entiteit is en daardoor niet snel een vorm van ondergeschiktheid zal hebben die wordt bedoeld in de Btw-richtlijn. De problemen omtrent de kwalificatie als btw-ondernemer komen dan ook voornamelijk voort uit de beoordeling van de activiteiten van de houdstervenootschap. Het kopen, houden en verkopen van aandelen in deelnemingen zijn hierbij het struikelpunt omtrent de uitoefening van een bedrijf oftewel het verrichten van economische activiteiten.

¹⁹ HvJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, ro. 50

Aangezien aandelentransacties, zoals in de vorige paragraaf besproken, in beginsel geen economische activiteiten zijn voor de omzetbelasting, is het duidelijk dat een zuivere houdstervennootschap, een houdstervennootschap die niks anders doet dan het kopen, houden en verkopen van aandelen, volgens de Europese rechtsspraak geen economische activiteiten verricht. Uit de zaken Polysar, Wellcome Trust²⁰, Harnas & Helm²¹ en Kretztechnik²² blijkt dat het verwerven, houden en uitgeven van aandelen geen economische activiteiten zijn. Een logisch gevolg daarvan is dat in de zaken Polysar²³, Floridienne²⁴ en Welthgrove²⁵ duidelijk werd dat zuivere houdstervennootschappen niet als ondernemer kunnen kwalificeren. Een mogelijk recht op aftrek van voorbelasting van gemaakte kosten komt dan ook niet aan de orde bij zuivere houdstervennootschappen wanneer deze op geen enkele andere manier als btw-ondernemer kwalificeren.

2.3.1 Uitzonderingen houdstervennootschappen als niet-ondernemer

Naast dat het niet ongebruikelijk is dat houdstervennootschappen naast het kopen, houden en verkopen van aandelen ook andere activiteiten verrichten waardoor zij alsnog als btw-ondernemer zouden kunnen kwalificeren, zijn enkele uitzonderingen gemaakt omtrent de houdstervennootschappen als ondernemer. Uit de jurisprudentie blijkt dat in een drietal situaties toch sprake kan zijn van economische activiteiten bij houdstervennootschappen, wat kan leiden tot btw-ondernemerschap.²⁶ Het gaat hierbij om de volgende drie situaties:

- Met de deelneming van de houdstervennootschap gaat het direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen gepaard;
- De activiteiten van de houdstervennootschap vormen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit; of
- De activiteiten worden verricht in het kader van het bedrijfsmatig handelen in effecten.

Deze drie situaties worden achtereenvolgens uitgelegd. Daarna wordt de Nederlandse holdingresolutie kort besproken.²⁷ Deze resolutie bevat het Nederlandse beleid omtrent de btw-kwalificatie van houdstervennootschappen.

²⁰ HvJ 20-06-1996, C-155/94, Wellcome Trust

²¹ HvJ 06-02-1997, C-80/95, Harnas & Helm

²² HvJ 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

²³ HvJ 20-06-1991, C-60/90, Polysar

²⁴ HvJ 14-11-2000, C-142/99, Floridienne/Berginvest

²⁵ HvJ 12-07-2001, C-102/00, Welthgrove

²⁶ Rookmaaker-Penners T.K.M., (2020),Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c1 Ondernemer; houden van aandelen

²⁷ Rookmaaker-Penners T.K.M., (2020),Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c2 Ondernemer; verkoop en overdracht van aandelen

Direct of indirect moeien in het beheer

Moeien is het direct of indirect innemen in het beheer van een deelneming. Het idee achter de uitzondering bij het moeien is dat niet enkel de aandelen van een deelneming worden gehouden door een houdstervennootschap, maar ook via het verlenen van diensten aan de deelneming een onderneming wordt gedreven door de houdster. Het innemen in het beheer zorgt dat het moeien samen met het houden van aandelen kan worden gezien als het duurzaam exploiteren van een vermogensbestanddeel, en daarmee het houden van aandelen niet enkel vermogensbeheer is.

Het begrip moeien kent in de btw-jurisprudentie een lange geschiedenis. Recent is een duidelijke vorm aan de inhoud van het begrip moeien gegeven. Uit het arrest MVM bleek dat het moeien kan bestaan uit de verlening van administratieve, financiële, commerciële en technische diensten aan de deelnemingen door de moeder of houdstervennootschap.²⁸ Belangrijk hierbij was dat deze handelingen op grond van artikel 2 van de Btw-richtlijn aan de btw zijn onderworpen. Het Hof van Justitie oordeelde echter in het Marle Participations arrest dat een ruime definitie van het begrip moeien dient te worden gebruikt.²⁹ Het moeien in het beheer omvat alle door de houdstervennootschap ten behoeve van de deelneming verrichte handelingen die een economische activiteit zijn volgens de btw-richtlijn. De verhuur van een pand door de houdstervennootschap aan de deelneming tegen vergoeding is daarbij genoeg om te spreken van moeien in het beheer.

Uit het eerdergenoemde Polysar arrest leek men nog op te maken dat het ook mogelijk was om te moeien zonder dat een vergoeding werd ontvangen door de houdstervennootschap. Het Floridienne/Berginvest arrest sloot deze denkwijze echter uit. In dit arrest werd geoordeeld dat enkel van een economische activiteit kan worden gesproken als het moeien gepaard gaat met handelingen die aan de btw onderworpen zijn volgens artikel 2 van de btw-richtlijn. Is dit niet het geval, dan brengt het moeien in de deelneming geen btw-ondernemerschap met zich mee.

In het kader van moeien in onderneming is één bijzondere situatie nog belangrijk om te benoemen. Het gaat hierbij om het treffen van voorbereidende handelingen voor de verwerving van een deelneming door een houdstervennootschap met het plan om, gepaard met een economische activiteit, te gaan moeien in deze deelneming. Ook als de uiteindelijke verwerving van de deelneming niet doorgaat. Bovenstaand geschetste situatie was aan de orde in het arrest Ryanair.³⁰ Ryanair was voornemens om Air Lingus te kopen en zich te gaan moeien in Air Lingus door middel van managementdiensten. De aankoop van Air Lingus ging echter niet door wegens een blokkade van een overheidsinstelling. Het

²⁸ HvJ 12-01-2017, C-28/16, MVM

²⁹ HvJ 05-07-2018, C-320/17, Marle Participations

³⁰ HvJ 17-10-2018, C-249/17, Ryanair Ltd

Hof oordeelde dat het voornemen om te gaan moeien in Air Lingus kwalificeerde als economische activiteit van Ryanair.

Rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk

De verlengstukgedachte wordt gezien als een manier om handelingen die buiten de werking van de btw alsnog binnen de btw te betrekken bij een nauwe band tussen deze handelingen en de belastbare handelingen van de houdster.³¹ De mogelijkheid van het verlengstuk werd door het Hof van Justitie geïntroduceerd in het arrest Régie Dauphinoise.³² In deze zaak ging het om een onderneming die zich vooral bezighield met het beheer van verhuurde panden.³³ Daarnaast belegde deze onderneming gelden bij financiële instellingen waarbij de vraag was of de renteopbrengsten hiervan binnen de btw zouden moeten vallen, aangezien vermogensbeheer op zichzelf niet kan worden gezien als een economische activiteit. Het Hof oordeelde dat de beleggingen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormden van de economische activiteit, waardoor deze binnen de btw moesten vallen voor de onderneming.

Deze gedachte komt later naar voren in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition bij de verkoop van een deelneming, maar zorgt voor veel discussie. Het beoordelingskader van een ‘rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk’ verlengstuk is vooralsnog niet volledig duidelijk gemaakt door het Hof van Justitie in haar jurisprudentie. De problemen omtrent deze kwalificatie vormen de kern van onderhavig onderzoek en worden later uitgebreid besproken.

Bedrijfsmatig handelen in effecten

Uit het Wellcome Trust arrest komt naar voren dat het Hof van Justitie van mening is dat handelingen met betrekking tot het bedrijfsmatig handelen in effecten als effectenhandelaar binnen de btw vallen.³⁴ In de latere arresten Harnas & Helm en EDM bevestigt het Hof van Justitie de denkwijze omtrent de handel als effectenhandelaar. Van Norden onderschrijft deze denkwijze in zijn boek “Het concern in de BTW”. Hij trekt daarbij de vergelijking tussen het houden van effecten als voorraad en het houden van voorraad door andere belastingplichtigen. Deze situatie zal zich doorgaans niet voordoen bij de herstructurering van een concern aangezien de houdster binnen de groep als houdster fungeert en niet als effectenhandelaar.

³¹ Cornielje S.B. 2016 6.3.5 Rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk Fusies en overnames in de Europese BTW (FM nr. 146) 2016/6.3.5

³² HvJ EG 11-07-1996, C-306/94, Régie Dauphinoise

³³ Hilten, van, M.E., (1996), BNB 1997/38

³⁴ HvJ EG 20-06-1996, C-155/94, Wellcome Trust

Wanneer minstens één van de drie bovenstaande situaties zich voordoet kunnen de handelingen omtrent aandelen dus toch worden aangemerkt als economische activiteiten voor de btw. De handelingen vallen dan binnen de werkingssfeer van de btw en het is voor een houdstervennootschap dan dus alsnog mogelijk om te kwalificeren als btw-ondernemer. Uit de vormgeving van deze uitzonderingen komt naar voren dat het Hof van Justitie voor ogen heeft dat situaties waarbij een verband tussen de in principe buiten de btw vallende handelingen omtrent aandelen en de economische activiteit van een onderneming, de handelingen omtrent de aandelen toch binnen de btw moeten vallen. Dit brengt met zich mee dat houdstervennootschappen dus mogelijk ook recht kunnen hebben op aftrek van voorbelasting.

De Nederlandse holdingresolutie

In 1991 publiceerde de toenmalig staatssecretaris in een besluit de holdingresolutie. Hierin is opgenomen hoe het Nederlandse beleid is omtrent de btw-kwalificatie van houdstervennootschappen. Hierin wordt de lijn gevolgd dat het enkel houden van aandelen niet als economische activiteit kan worden gezien. Daarmee worden zuivere holdings dan ook uitgesloten van een kwalificatie als btw-ondernemer. Net als in de eerdere arresten van het Hof van Justitie in de eerdergenoemde zaken Floridienne/berginvest en Marle Participations samen met de Larentia en Minerva/Marenave arresten, neemt de Nederlandse wetgever het standpunt in dat een moeiende houdstervennootschap enkel als btw-ondernemer kan kwalificeren als het moeien gepaard gaat met voor de btw belastbare handelingen.³⁵

Een belangrijk punt van de holdingresolutie is de mogelijkheid voor een houdstervennootschap om, onder bepaalde voorwaarden, onderdeel uit te maken van de fiscale eenheid van de rest van de groepsstructuur. Zuivere houdstervennootschappen kunnen op zichzelf niet deel uitmaken van de fiscale eenheid omdat ze niet kwalificeren als ondernemer voor de btw. Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak van de Europese Commissie tegen Nederland blijkt echter dat het ook voor niet-ondernemers mogelijk is om deel uit te maken van een fiscale eenheid.³⁶ Dit brengt met zich mee dat een zuivere holding alsnog deel kan uitmaken van een fiscale eenheid wanneer wordt voldaan aan de overige voorwaarden, namelijk de organisatorische, economische en financiële verwevenheid met de andere entiteiten in de groepsstructuur. Op deze manier is het voor een zuivere houdstervennootschap dus toch een soort van mogelijk om als btw-ondernemer te kwalificeren, aangezien de fiscale eenheid als één ondernemer zal worden behandeld. Moeiende houdstervennootschappen die op zichzelf al

³⁵ HvJ 16-07-2015, C-108/14 en C-109/14, Larentia en Minerva

³⁶ HvJ 25-06-2013, C-65/11, Commissie/Nederland

kwalificeren kunnen uiteraard ook onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid als wordt voldaan aan de overige voorwaarden.

Het is daarbij niet eenvoudig om als zuivere houdstervenootschap aan deze verwevenheden te voldoen omdat deze ook betrekking hebben op de activiteiten van de houdster. Bij de invoering van de holdingresolutie merkte de staatssecretaris op dat het doorgaans onmogelijk is om aan de voorwaarde van economische verwevenheid te voldoen door een zuivere holding als deze op zichzelf geen economische activiteiten verricht.³⁷ Wel zijn er houdstervenootschappen die voldoen aan de omschrijving van zuivere holding, maar toch op een kenmerkende manier onderscheidend van het enkele individuele aandeelhouderschap optreden tegenover de dochtervenootschappen waardoor het niet in lijn met de doel en strekking van de BTW zou zijn als deze houdstervenootschappen niet in de fiscale eenheid toe zouden kunnen treden.³⁸ Volgens de holdingresolutie doet deze situatie zich voor bij een houdstervenootschap die binnen een concern een sturende en beleidsbepalende functie vervult ten dienste van de binnen de concern opererende werkmaatschappijen. Wanneer deze houdstervenootschap als beleidsbepalend en sturend orgaan volledig in dienst van de gelieerde werkmaatschappijen staat, wordt dit gezien als het vervullen van een wezenlijke economische functie binnen concernverband. In dat geval wordt het houden van aandelen niet als beleggingsdoel gezien, maar als de uitoefening van zeggenschap over de ondernemersactiviteiten van de werkmaatschappijen en het dragen van de verantwoordelijkheid daarvan.

Met betrekking tot houdstervenootschap en haar aandelentransacties is het belangrijkste punt dat de holdingresolutie als uitbreiding geeft op de wet OB 1968 dat houdstervenootschappen met een bepaalde verwevenheid of beleidsbepalende rol binnen concernverband toch als ondernemer kunnen worden aangemerkt via een toevoeging aan de fiscale eenheid. Dit zou niet mogelijk zijn onder de wet OB 1968 omdat daar wordt gesproken over enkel ondernemers die deel mogen uitmaken van de fiscale eenheid.

2.4 Herstructureringen van concerns binnen de btw

Wanneer specifiek naar herstructureringen van concerns wordt gekeken komt naar voren dat het hierbij doorgaans gaat over het verkopen van een deelneming uit de groepsstructuur van het concern. Zoals eerder besproken en ook is te zien in de zaak EDM uit 2004 van het Hof van Justitie geldt dat de enkele verkoop van aandelen niet als een economische activiteit kan worden gezien en eerder wordt gekenmerkt als vermogensbeheer waardoor deze handeling niet kan zorgen voor een kwalificatie als

³⁷ Bijl, D.B., (1991), Ministeriele resolutie van 18 februari 1991, nr. 91/347, punt 5, FED 1991/266

³⁸ Bijl, D.B., (1991), Ministeriele resolutie van 18 februari 1991, nr. 91/347, punt 6, FED 1991/266

btw-ondernemer.³⁹ EDM was onderdeel van een groep die in Portugal onderzoek deed in de mijnbouwsector met het oog daar te investeren. Dit onderzoek is dan ook de hoofdactiviteit van EDM terwijl EDM ook occasioneel deelnemingen in vennootschappen verkocht. Tussen EDM en de deelnemingen werden facturen uitgereikt voor onderlinge diensten. Deze rekeningen dienden echter enkel om de overeengekomen percentages van de verdeling van uitgaven te vereffenen.

In de zaak EDM werd uiteindelijk besloten dat het verkopen van aandelen niet als economische activiteit kan worden gezien. Hierbij werd verwezen naar de zaak Wellcome Trust van 1996. Hierin werd besloten dat de verkoop van aandelen en andere effecten door een trustee worden gezien als vermogensbeheer en daardoor niet binnen de btw vallen. De zaak EDM is in het kader van onderhavig onderzoek interessant omdat dit een van de eerste zaken was die de contouren van een herstructurering van een concern had.

2.4.1 Uitzonderingen bij aandelenverkopen

Aandelenverkopen kunnen in uitzonderlijke gevallen toch worden beschouwd als handelingen die zien op het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die kwalificeren als economische activiteit. Voor de beoordeling of de aandelenverkoop door een houdstervennootschap een economische activiteit is, wordt aangeknoopt bij de drie mogelijkheden die voor houdstervennootschappen gelden om als btw-ondernemer te kwalificeren.⁴⁰ Dit betekent dus dat belastingplicht kan ontstaan voor houdstervennootschappen bij de verkoop van een aandelenbelang in de gevallen dat:

- het houden van de aandelen door de houdstervennootschap samengaat met directe of indirecte inmenging in het beheer van de deelneming en deze inmenging gepaard gaat met btw-belastbare handelingen;
- de houdstervennootschap de aandelen verhandelt in het kader van bedrijfsmatig handelen in effecten; of als
- de aandelenoverdracht een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de houdster, moeder of groep.

Zodra bij een aandelenverkoop één van de drie bovenstaande situaties aanwezig blijkt te zijn, betekent dit niet dat de verkoop met btw belast is. De uitgaande prestatie van de aandelenverkoop zal dan vallen onder de vrijstelling van artikel 11 lid i van de wet OB en artikel 135 lid 1 onderdeel f van de btw-richtlijn.

³⁹ HvJ EG 29-04-2004, C-77/01, EDM

⁴⁰ Rookmaaker-Penners, T.K.M., (2020)Cursus Belastingrecht, OB.2.1.6.E.c2 Ondernemer; verkoop en overdracht van aandelen

Zoals eerder besproken zal de situatie dat een houdstervennootschap bedrijfsmatig handelt in effecten zich in het geval van een herstructurering van een concern doorgaans niet voordoen. Deze situatie zal daarom verder niet worden besproken.

2.4.2 Aandelenverkopen door moeiende houdstervennootschappen en als verlengstuk

Bij aandelenaankopen lijkt de btw-behandeling van de aankoop als economische activiteit de btw-kwalificatie als ondernemer bij het moeien door een houdstervennootschap zonder problemen te volgen waardoor de aankoop wordt meegetrokken in de btw.⁴¹ Uit de jurisprudentie die hierna zal worden besproken betreffende aandelenverkopen door moeiende houdstervennootschappen blijkt dat dit niet zonder meer geldt bij aandelenverkopen. De moeilijkheid in deze gevallen zit in het verband tussen de aandelenverkoop en de economische activiteiten van de groep. Waar bij een aandelenaankoop het verband tussen een aandelenaankoop en het latere moeien in de gekocht deelneming makkelijk te leggen is, is dit niet zo eenvoudig bij een aandelenverkoop aangezien niet meer kan worden gemoeid na de verkoop. Het extra criterium omtrent dit verband bij een moeiende houdstervennootschap heeft veel overeenkomsten met het kwalificeren van de aandelenverkoop als economische activiteit via de verlengstukgedachte. De verlengstukgedachte is namelijk volledig gebaseerd op het verband tussen de aandelenverkoop en een economische activiteit. De situaties met betrekking tot een moeiende houdstervennootschap en die met betrekking tot het verlengstuk blijken uit de jurisprudentie veelal met elkaar in verband te staan en door elkaar te lopen.

De discussie omtrent het btw-ondernemerschap bij aandelenverkopen bestaat daarnaast uit de onduidelijkheid van de situatie van het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteiten. De betekenis van ‘rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk’ heeft in het verleden voor veel vragen en jurisprudentie gezorgd. Enerzijds omtrent de verlengstukgedachte zelf, anderzijds om de toepassing van deze gedachte op de aandelenverkopen door een houdstervennootschap.

Ter verduidelijking geef ik hier kort een herhaling van de belangrijkste jurisprudentie van het Hof van Justitie die de basis vormen voor de huidige problematiek omtrent het ondernemerschap van houdstervennootschappen.⁴² In de zaken Polysar⁴³, Floridienne⁴⁴ en Welthgrove⁴⁵ werd verduidelijkt dat zuivere houdstervennootschappen niet als ondernemer kunnen kwalificeren. Uit de zaken Polysar,

⁴¹ Zie o.a. HvJ 17-10-2018, C-249/17, Ryanair Ltd en HvJ 05-07-2018, C-320/17, Marle Participations

⁴² Hilten, van, M.E., (2005), BNB 2005/313

⁴³ HvJ 20-06-1991, C-60/90, Polysar

⁴⁴ HvJ 14-11-2000, C-142/99, Floridienne/Berginvest

⁴⁵ HvJ 12-07-2001, C-102/00, Welthgrove

Wellcome Trust⁴⁶, Harnas & Helm⁴⁷ en Kretztechnik⁴⁸ blijkt dat het verwerven, houden en uitgeven van aandelen geen economische activiteiten zijn. Rond deze tijd werd ook duidelijk dat het verkopen van aandelen geen economische activiteit is door de eerdergenoemde zaak EDM.⁴⁹

2.4.2.1 De zaak Kretztechnik

In de zaak Kretztechnik uit 2005 oordeelde het Hof van Justitie dat het uitgeven van aandelen door middel van een aandelenemissie niet als een economische activiteit kon worden gezien en daarmee dus ook niet binnen de btw kon vallen.⁵⁰ Het Hof oordeelde echter dat omdat de emissie werd gedaan om de algemene activiteit van de groep te versterken de kosten van emissie toch binnen de btw kunnen worden getrokken. Dit brengt niet met zich mee dat de aandelenemissie op zichzelf kan zorgen voor ondernemerschap.

Ook al gaat de zaak over een aandelenemissie, is deze toch interessant voor de behandeling van aandelenverkoop omdat dit de deur opende voor het binnen de btw trekken van handelingen via een bepaald verband met de economische activiteit van de vennootschap, moeder of groep, die op zichzelf niet worden gezien als economische activiteit. De verlengstukgedachte zoals deze in de vorige paragraaf geïntroduceerd is, lijkt daarin veel op het idee achter de beoordeling van het Hof van Justitie in de zaak Kretztechnik.

2.4.2.2 De zaak AB SKF

Een van de belangrijkste recente zaken omtrent de herstructurering van een concern is die van het Hof van Justitie betreffende het Zweedse AB SKF in 2009.⁵¹ Het ging in deze zaak om een moedermaatschappij, AB SKF, die zich actief mengt in het beheer van haar dochtermaatschappijen en daarbij btw-belaste handelingen verricht aan deze dochters. AB SKF wil in het kader van een herstructurering de aandelen in een 100% dochter en een 26,5% deelneming afstoten. De btw-kwalificatie van deze verkoop zorgt uiteindelijk voor prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie beslist dat de verkoop van de 100% dochter van AB SKF kwalificeert als een economische activiteit. Het Hof oordeelt dat de aandelenverkoop rechtstreeks samenhangt met de

⁴⁶ HVJ 20-06-1996, C-155/94, Wellcome Trust

⁴⁷ HVJ 06-02-1997, C-80/95, Harnas & Helm

⁴⁸ HVJ 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

⁴⁹ HvJ EG 29-04-2004, C-77/01, EDM

⁵⁰ HVJ 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

⁵¹ HvJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF

organisatie van de activiteit van de groep en dus een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit van de groep vormt. Het Hof voegt daar aan toe dat dit ook gebaseerd op het beginsel van fiscale neutraliteit het geval is. De beëindiging van het moeien in een deelneming behoort dezelfde btw-behandeling te volgen als de moeder of houdster die moeit in een deelneming. De verkoop van de 26,5% deelneming wordt verder niet besproken omdat ten tijde van de verkoop niet actief gemoeid wordt in het beheer van deze deelneming en deze verkoop daardoor enkel de verkoop van een aandelenbelang inhoudt. Deze zal dus geen economische activiteit zijn.

De conclusie van het Hof omtrent de economische activiteit doordat het om een moeiende houdstervennootschap gaat en de conclusie betreffende de economische activiteit door de verlengstukgedachte zorgden voor verwarring in de fiscale praktijk. Een logische gedachte leek dat het in de situaties bij het beoordelen van de economische activiteiten om het één of het ander zou moeten gaan. Doordat het Hof de aandelenverkoop beoordeelt als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit, lijkt het daarmee te zeggen dat de enkele verkoop van de aandelen door een moeiende houdster geen economische activiteit inhoudt.⁵² Dit vindt zijn basis in de onderbouwing van het Hof betreffende de conclusie omtrent de economische activiteit bij de moeiende houdstervennootschap met de zaak Kretztechnik uit 2005 waarin werd gesproken over een nauwere samenhang tussen de aandelenverkoop en de economische activiteit van de groep.⁵³ Dat de aandelenverkoop nauw samenhangend is met de economische activiteit van de groep lijkt dan weer een tegenstrijdige conclusie als deze wordt vergeleken met de beoordeling van de economische activiteit door het moeien van de houdstervennootschap. Als werd gemoeid leek de verkoop van de aandelen dus in die gedachte op zichzelf al een economische activiteit. Dat deze verkoop dan nauw samenhangend is met de economische activiteit lijkt dan overbodig te zijn. Uit de conclusie van het Hof zou kunnen worden opgemaakt dat de aandelenverkoop dus niet per sé de btw-behandeling van het moeien volgt.

Wat daarmee ook onduidelijk bleef na deze zaak is de onderbouwing bij de verlengstukgedachte. Deze luidt volgens rechtsoverweging 33: *“De overdracht door de moedermaatschappij met het oog op de herstructurering van een groep vennootschappen kan worden beschouwd als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen”*. Hierbij wordt enkel verwezen naar de zaak Kretztechnik waarna later de volgende conclusie volgt: *“Deze handeling hangt rechtstreeks samen met de organisatie van de activiteit van de groep en vormt dus het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit van de belastingplichtige. Een dergelijke handeling valt dus binnen de werkingssfeer van de btw.”*. Hierdoor kan geen duidelijk antwoord worden gegeven op de vraag wat een rechtstreeks, duurzaam en

⁵² Molenaar, I.F., (2009), Zaak AB SKF, BTW-brief 2009/37

⁵³ HvJ EG 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van een groep nou werkelijk is.⁵⁴ Bijvoorbeeld in de zaak Kretztechnik onderbouwde het Hof de beoordeling van de samenhang van de aandelenemissie en de activiteit van de groep vooral met betrekking tot de aftrekbaarheid van de kosten die bij de aandelenemissie werden gemaakt, terwijl het bij de verlengstukgedachte gaat over de samenhang van de verkoop om de aandelenverkoop als economische activiteit te kwalificeren. Waarom het Hof van mening is dat het verband tussen de aandelenverkoop rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk van aard is, blijkt niet uit de zaak AB SKF.

Een ander punt wat wordt gemaakt door het Hof is dat lidstaten zich op het standpunt kunnen stellen dat verkoop van een 100% dochter moet worden gezien als de overgang van een algemeenheid van goederen waardoor deze niet binnen de btw zal vallen. In de latere zaak van het Hof betreffende X BV blijkt dat het enkel mogelijk is de verkoop van de deelneming als algemeenheid van goederen te kwalificeren als de gehele deelneming door één ondernemer aan een andere ondernemer wordt overgedragen.

Het oordeel dat het Hof geeft met betrekking tot de mogelijkheid om een aandelenverkoop te zien als de overgang van algemeenheid van goederen maakt de behandeling van de aandelenverkopen voor de btw niet eenvoudiger. Daarbij geeft het Hof in haar oordeel ook niet aan of het in de zaak AB SKF om de overgang van een algemeenheid van goederen gaat. Zij stelt zich daarbij op het argument dat het in deze situatie voor het Hof niet mogelijk is om te achterhalen of het om een algemeenheid van goederen gaat. Wel kan worden onderbouwd dat alle activa en passiva van een entiteit overgaan naar de nieuwe eigenaar. De kwalificatie als overgang van algemeenheid van goederen is echter geen economische activiteit en kan daardoor op zichzelf niet zorgen voor ondernemerschap. De kwalificatie van de aandelenverkoop als een overgang van een algemeenheid van goederen brengt met zich mee dat deze verkoop wanneer deze binnen de btw valt, ook gelijk zal worden vrijgesteld net als een normale aandelenverkoop die wordt gezien als economische activiteit.⁵⁵

2.4.2.3 De zaak C&D Foods Acquisition

De zaak C&D Foods Acquisition 2018 is het belangrijkste recente arrest van het Hof van Justitie omtrent de behandeling van herstructureringen van concerns in de btw.⁵⁶ Het gaat in deze zaak om een Deense vennootschap die deel uitmaakt van een internationale groep. Deze Deense vennootschap is hoofdzakelijk actief als moedermaatschappij van de houdstervenootschap van de groep. De Deense

⁵⁴ Swinkels, J.J.P., (2010), BNB 2010/251

⁵⁵ Beelen, S.T.M., (2010), Aftrek van BTW als (belaste) omzet ontbreekt, FM nr.134 2010/4.4.13

⁵⁶ HvJ 08-11-2018, C-502/17, C&D Foods Acquisition

vennootschap en de houdstervennootschap hebben een managementovereenkomst gesloten. Op 13 augustus 2008 werd Kaupthing Bank eigenaar van de internationale groep tegen betaling van één euro doordat niet wordt voldaan aan de betalingsverplichtingen van een lening van de bank aan de groep.

De bank is voornemens één van de deelnemingen van de groep, genaamd Arovit Petfood, te verkopen om zelf niet langer schuldeiser te zijn en op deze manier de het geld van de verstrekte lening binnen te krijgen. Daarbij heeft het voor rekening van de Deense moedervennootschap consultancyovereenkomsten gesloten voor de verkoop. Uiteindelijk gaat deze verkoop niet door. Het Hof van Justitie oordeelt dat de beoogde aandelenverkoop niet kwalificeert als economische activiteit. Het Hof is van mening dat de verkoop van de aandelen niet in het verlengde ligt van de economische activiteit van de groep en ook niet in het verlengde ligt van het moeien van de moedermaatschappij waardoor deze niet de btw-behandeling volgen van de moeiende moeder. Doordat geen verband is met de economische activiteit van de groep kan ook geen rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verband aanwezig zijn.

Uit het oordeel van het Hof blijkt dat de aandelenverkoop van een deelneming niet in alle gevallen de btw-behandeling te volgen van een moeiende houdstervennootschap.⁵⁷ Zowel bij een moeiende houdstervennootschap als bij de beoordeling van het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk lijkt het Hof een nieuwe voorwaarde te introduceren in de C&D Foods zaak. Doordat de opbrengsten van de verkoop van de deelneming worden gebruikt voor het aflossen van schulden aan de nieuwe eigenaar van de groep, ziet het Hof geen verband tussen de verkoop van de deelneming en de economische activiteit van de groep. Het neemt daarbij ook niet mee wat de oorzaak van de schulden is die worden afgelost. Of deze vanuit de bedrijfsvoering en dus de economische activiteit van de groep noodzakelijk waren, lijkt niet van belang onderbouwd met het gegeven dat het enige doel van de bank om de C&D Foods groep over te nemen was dat de lening aan de bank zo kon worden afbetaald⁵⁸ De verkoop van de deelneming heeft voor de bank, en daarmee ook voor de groep, verder dus ook geen enkele samenhang met de verdere economische activiteit.

Het belangrijkste wat hieruit kan worden opgemaakt is dat het Hof van mening is dat, in tegenstelling tot bij aandelenaankopen door moeiende houdstervennootschappen, het bij aandelenverkopen door houdstervennootschappen niet mogelijk is om gelijk te spreken van een economische activiteit doordat de houdstervennootschap moeit. Ook al moeit de houdster in de deelneming, moet nog steeds worden

⁵⁷ Redactie Vakstudie Nieuws, (2018), Arrest-C&D Foods: Voorgenomen verkoop aandelen in kleindochter geen economische activiteit, V-N 2018/62.16

⁵⁸ Merkx, M.M.W.D., (2018), BNB 2019/10

nagegaan of de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van de economische activiteit.

2.5 Aandelenverkoop dochter fiscale eenheid in de btw

Een andere bijzondere situatie die zich voor kan doen bij een aandelenverkoop is dat de moeder, een houdstervennootschap en onderdeel van een fiscale eenheid, de aandelen verkoopt van een deelneming in de dochter die ook onderdeel uitmaakt van deze fiscale eenheid. Het is de vraag of deze aandelenverkoop anders dient te worden beoordeeld dan een aandelenverkoop door een normale houdstervennootschap, aangezien de moeder en dochter in de fiscale eenheid volgens de wet OB als één belastingplichtige worden gezien. Uit de zaak van 9 juli 2004 kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad in dit opzicht van mening is dat als het gaat om een verkoop van aandelen in een dochter van de fiscale eenheid, het per definitie moet gaan om een verkoop in het kader van de onderneming.⁵⁹

Duidelijke Europese jurisprudentie betreffende deze situatie is niet aanwezig. Dit kan gebaseerd zijn op de gedachte dat een herstructurering vanuit de fiscale eenheid als voldoende samenhang met de algehele bedrijfsactiviteit kan worden gezien zoals de gedachte was in de zaak AB SKF. Aangezien dit onderzoek meer gericht is op de situaties in de zaken AB SKF en C&D Foods zal verder aan de fiscale eenheid summier aandacht worden besteed.

2.6 Nederlands beleid btw-kwalificatie aandelenverkopen

Sinds augustus 2004 is in Nederland het besluit heffing van omzetbelasting met betrekking tot de verkoop van aandelen in werking.⁶⁰ Hierin onderscheiden zich wederom drie situaties. Deze verschillen echter wel van de eerdergenoemde situaties die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en zijn daarbij beperkter in de onderbouwing. De drie situaties in het Nederlandse beleid zijn als volgt:

1. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn geen economische activiteiten.
2. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn economische activiteiten omdat deze handelingen worden verricht in het kader van een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschap waarin wordt deelgenomen en deze inmenging gepaard gaat met handelingen die aan de BTW zijn onderworpen.

⁵⁹ HR 09-07-2004 nr. 38 026

⁶⁰ Besluit van 3 augustus 2004, CPP2004/1709M

3. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn economische activiteiten, omdat deze handelingen worden verricht als handelaar.⁶¹

In het eerste opzicht lopen het Nederlandse beleid en de rechtspraak van het Hof van Justitie niet volledig gelijk op het punt van de verlengstukgedachte ook al behoort Nederland de rechtspraak van het Hof te volgen. Volgens de staatssecretaris valt het verwerven, houden en verkopen van aandelen waarbij deze handeling een duurzaam, rechtstreek en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit is echter onder de derde situatie in het besluit, waardoor dit verschil wordt rechtgetrokken.⁶² Betreffende de verkoop van een dochter van de fiscale eenheid door de moeder loopt het Nederlandse beleid gelijk met de uitspraak van de Hoge Raad die hierboven wordt genoemd.

2.7 Conclusie houdstervennootschappen en aandelentransacties

Houdstervennootschappen zijn een bijzonder onderdeel van de omzetbelasting. Zuivere houdstervennootschappen voldoen niet aan de voorwaarden van het verrichten van een economische activiteit en kwalificeren daardoor niet als ondernemer voor de btw. Zodra wordt gemoeid in het beheer van haar deelnemingen, de handelingen betreffende aandelen als effectenhandelaar worden gedaan of als de handelingen in het verlengstuk liggen van de economische activiteit van een groep kan dit betekenen dat een houdstervennootschap toch als btw-ondernemer kan worden gezien.

In het geval van herstructurerings van een concern gaat het dan vooral om het verband tussen een verkoop van een deelneming en de verdere bedrijfsvoering van de groep. Uit de recente zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition komt niet duidelijk naar voren wat de afbakening van dit verband is. Het Hof zet niet uiteen wat de regels zijn omtrent het rechtstreeks, duurzaam en verbonden zijn van een aandelenverkoop als verlengstuk van de economische activiteit van een groep of moeder.

⁶¹ Besluit van 3 augustus 2004, CPP2004/1709M, Punt 3

⁶² Besluit van 3 augustus 2004, CPP2004/1709M, N.B., punt 3

Hoofdstuk 3: Recht op aftrek van voorbelasting

In dit hoofdstuk wordt het recht op aftrek van voorbelasting besproken. Eerst wordt een algemene inleiding van het recht op aftrek gegeven. Hierna wordt specifiek gekeken naar het aftrekrecht bij herstructureringen van concerns. Een belangrijk onderdeel hiervan is de discussie omtrent de kwalificatie van kosten als algemeen of direct. Deze discussie zal bij de uitleg omtrent de herstructureringen van concerns uiteen worden gezet.

3.1 Recht op aftrek van voorbelasting algemeen

Het recht op aftrek van voorbelasting is een belangrijk onderdeel van de btw voor ondernemers. Dit recht op aftrek zorgt dat de belastingdruk, die uiteindelijk door de consument zou moeten worden gedragen, niet blijft hangen in de schakel van de ondernemer. Het systeem van het recht op aftrek van voorbelasting is gebouwd op het aftrekrecht van btw die een ondernemer betaalt op de kosten die worden gemaakt om uiteindelijk een belaste of onbelaste prestatie te leveren. Op deze manier hoeft de ondernemer uiteindelijk enkel de btw te voldoen over de waarde die hij zelf toevoegt.

Het recht op aftrek van voorbelasting is in de Btw-richtlijn opgenomen in artikel 167 tot en met 192. Het beginsel van het aftrekrecht in de Nederlandse btw bevindt zich in artikel 2 van de wet OB. De uitwerking van dit recht gebeurt vervolgens in artikel 15, 16 en 16a van de wet OB. In artikel 15 lid 1 van de wet OB is geregeld dat de belasting die een ondernemer mag aftrekken, bestaat uit de belasting die door andere ondernemer aan hem in rekening is gebracht. Op basis van de slotzin van artikel 15 lid 1 is het alleen mogelijk om de btw in aftrek te brengen die worden gebruikt voor uitgaande belaste prestaties. Hieruit kan worden opgemaakt dat het recht op aftrek van de btw op de gemaakte kosten direct in verband staat met de prestatie waarvoor deze kosten worden gemaakt. In artikel 168 van de Btw-richtlijn staat dan ook dat enkel recht op aftrek bestaat over kosten die voor belaste handelingen worden gebruikt. Het verband met onbelaste handelingen komt in twee vormen voor. De eerste vorm is dat de gemaakte kosten in verband staan met een niet-economische activiteit en de tweede vorm is dat de gemaakte kosten in verband staan met een vrijgestelde handeling in de zin van artikel 11 van de wet OB.

3.1.1 Niet-economische activiteiten

De als eerste benoemde vorm van de onbelaste handeling brengt met zich mee dat enkel de btw op kosten die worden gemaakt voor het verrichten van een belaste economische activiteit in aanmerking komt voor aftrek. Worden de kosten gemaakt in het kader van een prestatie die niet kwalificeert als belaste economische activiteit, dan is de btw op deze kosten niet aftrekbaar. In dat geval is het voor het btw-systeem niet noodzakelijk om de belastingdruk naar de volgende schakel of consument te

verschuiven. Met de gedachte van het btw-systeem en het recht op aftrek zou het niet deugen als een ondernemer aftrekrecht verkrijgt op kosten die worden gebruikt voor het leveren van prestaties die geen economische activiteit zijn.⁶³ De ondernemer die de kosten alleen voor niet-economische activiteiten gebruikt, treedt voor het btw-systeem immers op als eindgebruiker. Hiermee dient hij het grootste gedeelte van de belastingdruk te dragen voor de keten waarvan hij eindgebruiker is, in dit geval de keten van de afgenomen prestatie.

3.1.2 Vrijgestelde handelingen

De tweede vorm van een onbelaste handelingen waar geen recht op aftrek voor bestaat is de handeling die vrijgesteld is op basis van artikel 11 van de wet OB. Het gaat hier dan om prestaties die wel als een economische activiteit worden gezien maar om bepaalde redenen toch onbelast blijven. De gedachte achter het niet aftrekbaar zijn van btw op kosten die worden gemaakt in het kader van een prestatie die volgens artikel 11 is vrijgesteld ligt in het idee dat een vrijstelling ervoor moet zorgen dat de consument de belastingdruk van de btw op bepaalde producten niet of in minimale vorm moet dragen en voelen. Het aftrekrecht in combinatie met de vrijstellingen zorgt sinds het begin van de invoer van het btw-systeem al voor onenigheid. Lauré noemde het in 1957 al 'le cancer des exonérations'.⁶⁴ Een goed voorbeeld hiervan is de medische vrijstelling. Wanneer 21 procent btw op medische diensten zou drukken, zouden mensen een grotere drempel voelen om medische zorg te zoeken terwijl zij dat wellicht wel nodig hebben. Dit heeft een negatief effect op de gezondheid van de bevolking en de medische zorg is daarom vanuit politiek opzicht niet bedoeld om als consumptie te belasten. De ondernemer die de medische zorg verricht is daarmee de dupe van de vrijstelling. De btw op de kosten die hij maakt voor deze vrijgestelde prestatie is niet aftrekbaar, waardoor hij de schakel is die de belastingdruk van de btw draagt.

Dat dit voor een verhoogde belastingdruk bij de vrijgesteld presterende ondernemer en het toch doorsijpelen van deze belastingdruk naar de consument van vrijgestelde prestaties via de prijs van deze prestaties zorgt, is een feit. Als een ondernemer de btw op de gemaakte kosten niet kan aftrekken, zal hij de kosten van de btw via het verhogen van zijn prijzen op een bepaalde manier terug proberen te verdienen. De prijs voor de consument wordt daarmee dus wel hoger dan de originele prijs exclusief de btw. Dit probleem wordt echter geaccepteerd, omdat de prijs voor de consument daarmee lager zal liggen dan de originele prijs inclusief de btw. De vraag komt dan nog op waarom de vrijgesteld presterende ondernemer geen aftrekrecht heeft. Hij zal nu de belastingdruk dragen die de consument eigenlijk zou moeten dragen. Een belangrijke reden is dat de aftrek van voorbelasting door een vrijgestelde presterende ondernemer een groot deel van voordruk zal kunnen mitigeren. Dit betekent

⁶³ Rookmakers-Penners T.K.M., (2020) Cursus Belastingrecht OB.1.0.3.c Geen recht op aftrek

⁶⁴ Lauré, M., (1957) Au secours de la T.V.A

dat de opbrengst van btw die bij de eerdere schakels, waar belast wordt gepresteerd, wordt opgehaald in negatieve zin wordt gecompenseerd. Feitelijk wordt de consumptie dan niet belast. De totale opbrengst van de btw zou daardoor veel lager liggen, wat erg ongunstig zou zijn.

3.1.3 Overige uitzonderingen

In artikel 15 lid 5 is een andere uitzondering op het aftrekrecht te vinden. In dit lid wordt aangegeven dat de btw of horecabestedingen niet aftrekbaar is voor de afnemer van deze diensten en leveringen. Dit heeft te maken met het consumptieve karakter van deze diensten. De afnemende ondernemer is namelijk ook de consument van de dienst of prestatie en daarmee de eindgebruiker. Deze gedachte komt ook terug in de eerste twee uitzonderingen die artikel 16 lid 1 OB zijn gedefinieerd. Hierin staat dat aftrek kan worden geweigerd als de kosten worden gemaakt voor het voeren van een zekere staat of het bevredigen van behoeften van anderen dan ondernemers. Bij het voeren van een zekere staat is de ondernemer zelf, net als bij de horecabestedingen, feitelijk de consument en daarmee de eindschakel in de btw-keten. Hij behoort daarom dus ook de uiteindelijke belastingdruk te dragen. Bij het bevredigen van behoeften van anderen dan ondernemers moet worden gedacht aan relatiegeschenken, giften en voorzieningen aan het personeel van de onderneming. Ook hier speelt het consumptieve karakter van de btw een duidelijke rol, aangezien geen vergoeding voor deze prestaties wordt verkregen. Hierdoor is de ondernemer in die gevallen zelf andermaal de consument.

3.1.4 Splitsing voorbelasting

Btw-ondernemers zullen doorgaans niet één enkele prestatie verrichten. Dit betekent dat een mix van niet-economische activiteiten, vrijgestelde prestaties en belaste handelingen tot de mogelijkheid behoort voor de uitgaande prestaties van een btw-ondernemer. Artikel 15 lid 6 introduceert de regels betreffende een splitsing die in dit geval dient te worden gemaakt bij het aftrekrecht binnen de Nederlandse wet OB. Het gaat hier om de splitsing van voorbelasting. Artikel 15 lid 6 geeft zoals eerder besproken aan dat enkel aftrekrecht bestaat voor de btw op kosten die worden gebruikt voor belaste handelingen. In onderdeel 3.2 betreffende de directe- en algemene kosten wordt de methodiek voor deze splitsing nader uiteengezet. Deze splitsing zorgt ervoor dat een ondernemer slechts voor het gedeelte van de gemaakte kosten recht op aftrek van voorbelasting kan krijgen dat ziet op belaste uitgaande prestaties.

3.2 Directe versus algemene kosten

De beoordeling of de btw op gemaakte kosten aftrekbaar is bestaat uit een kwalificatie als directe of algemene kosten. Hiermee wordt bedoeld dat gekeken moet worden naar of de gemaakte kosten een bepaald verband hebben met één of meerdere uitgaande prestaties, aangezien de kwalificatie van die uitgaande prestatie doorslaggevend is voor het recht op aftrek van voorbelasting op desbetreffende kosten. Deze kwalificatie van kosten wordt uiteengezet in artikel 11 lid 1 onderdelen a tot en met c van

de Uitvoeringsbeschikking Omzetbelasting 1968 (hierna Uitv. Besch. OB) op basis van de eerdergenoemde splitsing van artikel 15 lid 6 wet OB.

3.2.1 Directe kosten

Onderdelen a en b van artikel 11 lid 1 Uitv. Besch. OB gaan over het recht op aftrek van voorbelasting op directe kosten. Directe kosten zijn kosten die volledig kunnen worden toegerekend aan een bepaalde prestatie die wordt geleverd door de ondernemer. Denk hierbij aan de aankoopkosten van een fietsenmaker voor onderdelen van een fiets of aan de aankoopkosten van aandelen door een effectenhandelaar. Onderdeel a regelt dat de voorbelasting op kosten die volledig worden gemaakt voor prestaties waar recht op aftrek voor bestaat ook volledig aftrekbaar is. Onderdeel b regelt dat de voorbelasting op kosten die volledig worden gemaakt voor prestaties waar geen recht op aftrek voor bestaat ook volledig niet-aftrekbaar is. De fietsenmaker zal op basis van onderdeel a volledig recht op aftrek van voorbelasting hebben omdat hij deze enkel voor het repareren van fietsen zal gebruiken wat een met btw belaste prestatie is. Als tegenpool kan het voorbeeld van een huisarts worden gebruikt. Deze maakt enkel kosten in het kader van een vrijgestelde activiteit, namelijk de medische zorg van mensen. Art 11 lid 1 onderdeel b Uitv. Besch. OB zorgt hierdoor voor een volledige beperking van het aftrekrecht van de btw op gemaakte kosten door de huisarts.

Om de kosten als directe kosten te kunnen kwalificeren moet worden voldaan aan een bepaalde voorwaarde. Deze voorwaarde stelt dat de gemaakte kosten een *rechtstreekse* en *onmiddellijke* samenhang hebben met de uitgaande prestaties waar deze kosten op zien, volgt uit onder andere de zaken BLP Group en Midland Bank van het Hof van Justitie.⁶⁵ Hierbij dient de beoordeling van deze voorwaarde te worden gedaan op basis van de objectieve feiten en omstandigheden van het geval.⁶⁶ In het bovenstaande voorbeeld van de fietsenmaker zal niet veel discussie zijn over het voldoen aan deze voorwaarde, waardoor deze probleemloos de btw op de kosten kan aftrekken. Dat dit voor weinig discussie zorgt is niet altijd het geval. De voorwaarde van het rechtstreekse en onmiddellijke verband en de belangrijkste arresten betreffende dit onderwerp worden in onderdeel 3.2.3 over de kwalificatieproblemen van de directe- en algemene kosten nader besproken.

3.2.2 Algemene kosten

Dat niet alle kosten kunnen worden aangemerkt als rechtstreeks en onmiddellijk samenhangend met specifieke uitgaande prestaties is niet verrassend. Een bedrijf dat zowel economische als niet-economische activiteiten verricht kan kosten maken die zien op zowel de economische, niet-

⁶⁵ Willemsen, B., (2017), Het gambiet van het recht op aftrek van voorbelasting, TFO 2017/149.1

⁶⁶ HvJ 08-06-2000, C-98/98, Midland Bank

economische activiteiten en vrijgestelde prestaties. Daarbij is het ook mogelijk dat een ondernemer kosten maakt die niet dat rechtstreekse en onmiddellijke verband met uitgaande prestaties hebben. De kosten die worden gemaakt in het kader van de algemene bedrijfsvoering worden algemene kosten genoemd. Deze zijn niet toe te rekenen aan één specifieke prestatie. Dit zorgt voor een probleem bij de aftrek van de btw op deze kosten aangezien een deel niet zal kwalificeren voor aftrek van voorbelasting terwijl de gemaakte kosten voor een deel toch een bepaald verband hebben met de economische activiteit van de groep, maar dienen te worden toegerekend aan een onbelaste uitgaande prestatie.

Met betrekking tot de kosten die niet en rechtstreekse en onmiddellijke samenhang hebben met bepaalde belaste prestaties heeft het Hof van Justitie een aanvullend criterium geïntroduceerd.⁶⁷ De btw op kosten die wél een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang hebben met de gehele bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige kunnen tóch in aanmerking komen voor aftrek, ook al zien deze kosten eigenlijk op niet-economische of vrijgestelde activiteiten. Dit betekent echter niet dat de btw op deze kosten gelijk volledig mag worden afgetrokken. De aftrek van btw moet gebeuren naar verhouding van het gemengde gebruik. Dit brengt het probleem met zich mee omdat dit gemengde gebruik moeilijk te kwantificeren is.

Het antwoord op dit probleem wordt voor de Nederlandse btw gegeven in onderdeel c van artikel 11 lid UB OB. Naar de hoofdregel wordt op basis van dit artikel gebaseerd op het omzetpercentage van belaste prestaties bepaald welk gedeelte van btw op algemene kosten mag worden afgetrokken. In dit artikel staat dat de btw op kosten die zowel voor belaste handelingen als niet-belaste handelingen worden gebruikt de btw-ondernemer aftrek van voorbelasting kan ontvangen naar verhouding van de vergoeding ontvangen voor belaste handelingen tegenover de totale ontvangen vergoeding voor alle economische activiteiten.⁶⁸ Deze verhouding wordt de pro rata genoemd, en behelst simpelweg de verhouding van de belaste prestaties tegenover de totale economische activiteiten van een ondernemer. Ook is het volgens artikel 11 lid 2 Uitv. Besch. OB 1968 mogelijk om deze pro rata op werkelijk gebruikt baseren. Een voorbeeld van een toegestane berekening en een toegestane kwantificatie van gebruik is de verhouding van het gebruik van het aantal vierkante meters voor belaste en onbelaste prestaties die in de vastgoedsector veelal wordt gebruikt. Als de ondernemer kan bewijzen dat het werkelijke gebruik tot een andere splitsing leidt, wordt deze methode toegestaan.

Wat duidelijk naar voren komt is dat in de berekening van de pro rata de omzet van de belaste activiteiten wordt gedeeld door de omzet uit alle economische activiteiten. Dit betekent dat in de pro rata-berekening geen plek is voor niet-economische activiteiten. De splitsing van economische en niet-

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 22-02-2001, C-408/98, Abbey National I

⁶⁸ Rookmaakers-Penners T.K.M., (2020), Cursus belastingrecht OB.2.4.4.F.c

economische activiteiten dient te gebeuren voordat de pro rata wordt toegepast. Dit wordt gedaan middels de pre pro rata.⁶⁹ De pre pro rata wordt berekend door de omzet uit economische activiteiten te delen door de omzet uit zowel de economische activiteiten als de zelfstandige niet-economische activiteiten. Met zelfstandige niet-economische activiteiten worden activiteiten bedoeld die op zichzelf niet als economische activiteit kwalificeren en ook niet een samenhang vertonen met de algehele economische activiteit van de ondernemer. Deze pre pro rata dient plaats te vinden voor de berekening van de pro rata.

Via de pre pro rata wordt op deze manier eerst een splitsing gemaakt voor de algemene kosten naar economische activiteit, waarna via de pro rata een splitsing wordt gemaakt naar de belastbaarheid van de economische activiteiten. Op deze manier wordt geregeld dat enkel het deel van de btw op de algemene kosten dat ziet op de economische activiteit of ziet op handelingen die daarmee een bepaalde samenhang hebben, kan worden afgetrokken.

3.2.3 Kwalificatieproblemen directe of algemene kosten

Zoals eerder kort is benoemd is het niet altijd even eenvoudig om te beoordelen of gemaakte kosten moeten worden geschaard onder directe- of algemene kosten. De toets die wordt gedaan is of de gemaakte kosten een rechtstreeks en onmiddellijke verband hebben met bepaalde prestaties of dat de kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de algehele bedrijfsvoering van een ondernemer. In het eerste geval zullen de kosten als directe kosten kwalificeren en de btw-behandeling volgen van de prestatie. In het tweede geval zullen de kosten als algemene kosten worden behandeld.

3.2.3.1 De zaak *Midland Bank*

Een belangrijk arrest met betrekking tot de beoordeling van kosten als directe- of algemene kosten is de zaak betreffende de Britse *Midland Bank* van het Hof van Justitie uit 2000.⁷⁰ In dit arrest gaf het Hof meer duidelijkheid over wat het rechtstreekse en onmiddellijke verband inhoudt bij de gemaakte kosten. Het ging in deze zaak om de begeleiding van een aandelenverkoop door *Midland Bank* in 1987 aan een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap. Doordat deze vennootschap buiten de Europese Unie gelegen was had de bank recht op aftrek van de btw op de gemaakte kosten voor de begeleiding.⁷¹ De bank levert zowel belaste als vrijgestelde prestaties en heeft doorgaans geen volledig aftrekrecht van de btw op algemene kosten. In 1988 raakt de bank betrokken bij gerechtelijke procedures met betrekking tot deze begeleiding en schakelt het een advocatenkantoor in. Dit advocatenkantoor brengt btw in rekening op de kosten die het maakt voor de werkzaamheden betreffende de gerechtelijke procedure.

⁶⁹ Rookmakers-Penners T.K.M., (2020) Cursus Belastingrecht, OB.2.4.4.G.e

⁷⁰ HvJ 08-06-2000, C-98/98, *Midland Bank*

⁷¹ Artikel 169 lid 1 onderdeel c van de Btw-richtlijn

De bank wil vervolgens de btw op deze gemaakte kosten volledig in aftrek brengen omdat zij van mening is dat deze kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de eerdere met btw belaste begeleiding van de aandelenaankoop.

Het Hof van Justitie oordeelt in dit geschil dat enkel van een rechtstreekse en onmiddellijke verband gebaseerd op objectieve elementen van de zaak kan worden gesproken als de kosten die worden gemaakt een bestanddeel zijn van de prijs van de uitgaande prestatie. In deze zaak betekent dat dat Midland Bank geen volledig recht op aftrek kan krijgen voor de btw op de gemaakte juridische kosten aangezien deze kosten pas na de verrichte belaste prestatie, de begeleiding bij de aandelenaankoop, opspeelden en niet in de prijs van deze prestatie zaten verwerkt. Het onderdeel zijn van gemaakte kosten van de prijs van de uitgaande prestaties is een belangrijke indicatie van het rechtstreekse en onmiddellijke verband tussen kosten en uitgaande prestaties. Ook blijkt uit bijvoorbeeld de zaak Kretztechnik dat van een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen gemaakte kosten en de algemene activiteit van een groep kan worden gesproken als gemaakte kosten worden verrekend in de prijs van de algemene activiteit.⁷²

3.2.3.2 De zaak *Investrand*

Een tweede belangrijke zaak met betrekking tot de beoordeling van kosten als direct of algemeen is de zaak *Investrand* uit 2007.⁷³ In deze zaak gaat het om een passieve houdstervennootschap die 1989 een aandelenbelang verkocht met als tegenprestatie onder meer een winstrecht. Vanaf 1993 is de houdstervennootschap managementdiensten gaan verrichten en daarmee belastingplichtig geworden voor de btw aangezien de houdstervennootschap nu als btw-ondernemer kwalificeert. Over de hoogte van het eerder verkregen winstrecht is een geschil ontstaan waardoor in 1996 een arbitrageprocedure is ingesteld. *Investrand* is in dit geval van mening deze kosten kwalificeren als algemene kosten omdat deze zien op haar algemene economische activiteit en de btw daarom (gedeeltelijk) aftrekbaar is.

Ten eerste oordeelt het Hof in deze zaak in lijn met eerdere jurisprudentie dat een enkele aandelenverkoop geen economische activiteit is in de zin van de btw.⁷⁴ Daarbij oordeelt dat het Hof dat de gemaakte kosten bij de arbitrageprocedure enkel verband houden met de eerdere aandelenverkoop, die buiten de btw valt. Hierdoor kunnen de gemaakte kosten niet zien op de latere belastbare activiteiten die *Investrand* verricht als btw-ondernemer, namelijk de managementdiensten vanaf 1993. Dit brengt

⁷² HvJ EG 26-05-2005, C-465/03, *Kretztechnik*

⁷³ HvJ 08-02-2007, C-435/05, *Investrand*

⁷⁴ Zie HvJ 20-06-1996, C-155/94, *Wellcome Trust*, punten 33-37; HvJ EG 29-04-2004, C-77/01, EDM punten 57-62, en *Kretztechnik*,

met zich mee dat deze kosten dus ook niet zien op de algemene economische activiteit van Investrand en dus niet kwalificeren als algemene kosten. De gemaakte kosten zien enkel op een niet-economische activiteit en de btw op deze kosten is daardoor niet aftrekbaar.

Wat duidelijk wordt uit deze twee zaken is dat het in bepaalde gevallen zeker niet eenvoudig is om te beoordelen of kosten als directe- of algemene- kosten kwalificeren of verband houden economische of niet-economische activiteiten. Wat wel duidelijk is, is dat het van belang is of de gemaakte kosten onderdeel zijn van de prijs van de uitgaande prestaties om te kunnen spreken van een rechtstreeks en onmiddellijk verband met bepaalde prestaties of de algemene activiteit. Ook blijkt uit de Investrandzaak dat secuur en objectief moet worden gekeken naar de activiteit van een ondernemer bij de beoordeling als algemene kosten, en dat deze beoordeling niet als vangnet voor alle gemaakte kosten kan dienen.

3.3 Recht op aftrek van voorbelasting en aandelentransacties

Zoals in de vorige paragraaf is besproken, hangt het recht op aftrek van btw op gemaakte kosten direct af van de prestaties waarvoor deze kosten worden gemaakt. Kosten die worden gemaakt voor prestaties die niet binnen de btw vallen kunnen daardoor per definitie niet rekenen op het recht van aftrek.⁷⁵ Dit probleem prevaleert ook bij het kopen, houden en verkopen van aandelen. Daarbij komt ook dat wanneer de aandelenverkoop wel als economische activiteit wordt aangeduid, deze normaal gesproken vrijgesteld zal zijn van btw op basis van artikel 11 lid 1 i onderdeel 2 wet OB. Op deze handelingen drukt doorgaans geen omzetbelasting, maar in samenhang met deze handelingen worden wel kosten gemaakt. Hierbij kan worden gedacht aan kosten die bijvoorbeeld worden gemaakt om een onderneming te analyseren waarin de btw-ondernemer interesse heeft te investeren door middel van een overname van aandelen. Ook kan worden gedacht aan consultancykosten bij de beoordeling of het afstoten van een deelneming een gunstige handeling zou kunnen zijn.⁷⁶

Voor deze gevallen zal op zichzelf geen aftrekrecht aanwezig zijn omdat de gemaakte kosten direct in verband staan met een prestatie die niet met btw belast is met uitzondering van gemaakte kosten door een btw-ondernemer die bedrijfsmatig in effecten handelt. De effectenhandel valt wel binnen de btw maar is tevens volgens artikel 11 lid 1 i onderdeel 2 vrijgesteld. Hierdoor is de btw op de kosten met betrekking tot de effectenhandel uiteindelijk dikwijls ook niet aftrekbaar.

⁷⁵ Rookmakers-Penners T.K.M., (2020), Cursus Belastingrecht OB.1.0.3.c Geen recht op aftrek

⁷⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ 20-06-1991, C-60/90, Polysar

3.4 Recht op aftrek van voorbelasting en houdstervennootschappen

Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren is gekomen bestaat veel discussie over het ondernemerschap van houdstervennootschappen. Logischerwijs heeft een entiteit die niet kwalificeert als btw-ondernemer en daarmee ook geen belastingplichtige is, geen recht op aftrek van voorbelasting. Via de eerder besproken uitzonderlijke situaties dat een houdstervennootschap toch als btw-ondernemer kwalificeert is het alsnog de vraag in welke mate deze recht op aftrek van voorbelasting kan genieten. Vooral als wordt gekeken naar de activiteiten omtrent aandelen die een houdstervennootschap uitvoert, is het een moeilijk verhaal om als houdstervennootschap volledig of gedeeltelijk recht op aftrek van voorbelasting te hebben. Bij zowel aan- als verkopen van aandelen zorgt dit voor veel discussie.⁷⁷

3.4.1 Recht op aftrek van voorbelasting bij aankopen van aandelen

Zoals eerder besproken, kan een houdstervennootschap kosten maken bij het aankopen van deelnemingen. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld analyses van het rendement op de aankoop van de aandelen. Met betrekking tot het aftrekrecht op kosten die worden gemaakt bij de aankoop van deelneming door btw-ondernemers zijn meerdere belangrijke uitspraken gedaan door het Hof van Justitie. Met betrekking tot het aankopen van deelnemingen blijkt het moeien in de deelneming van groot belang te zijn. De beoordeling van het aftrekrecht bij aandelenaankopen belicht waardevolle aspecten van het aftrekrecht bij houdstervennootschappen die van belang kunnen zijn bij de beoordeling van het aftrekrecht bij aandelenverkopen.

3.4.1.1 De zaak *Cibo Participations*

Een belangrijk voorbeeld voor de behandeling van het aftrekrecht bij aandelenverkopen is de zaak *Cibo Participations* uit 2001.⁷⁸ In dit arrest oordeelde het Hof dat het inmengen in het beheer van een deelneming een economische activiteit vormde. Dit bracht met zich mee dat de belanghebbende de btw op de gemaakte kosten die zagen op de aankoop van de deelneming in aftrek wilde brengen. Het Hof oordeelde dat de gemaakte kosten met betrekking tot de aankoop van de deelneming een rechtstreeks en onmiddellijke samenhang vertoonden met het geheel van de bedrijfsactiviteiten van de ondernemer. Een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de gemaakte kosten en latere prestaties van *Cibo* was niet aanwezig aangezien de kosten niet in de prijs van deze latere prestatie werden verrekend. Hierdoor kwamen de kosten wel op in de prijs van de latere prestaties die *Cibo* ging leveren, waardoor de kosten kwalificeren als algemene kosten. *Cibo* kreeg hiermee dus het recht op aftrek van voorbelasting. Het Hof stelde echter wel als voorwaarde dat enkel recht op aftrek bestaat voor de btw op de kosten die zien

⁷⁷ Rookmakers-Penners T.K.M., (2020), *Cursus Belastingrecht*, OB.2.4.4.D.a1.IV Aftrek; aan- en verkoop van aandelen

⁷⁸ HvJ EG 27-09-2001, C-16/00, *Cibo Participations*

op handelingen die recht op aftrek geven. Cibo kon hierdoor naar verhouding van belaste activiteiten de btw op de algemene kosten aftrekken.

3.4.1.2 De zaken Larentia & Minerva en Marenave

In de zaken Larentia & Minerva en Marenave uit 2015 blijkt het Hof van Justitie deze ingezette lijn door te trekken.⁷⁹ In deze zaken ging het om het aftrekrecht van de btw van aankoopkosten bij de verwerving van deelneming waarbij de houdstervennootschap ging moeien in de deelneming en hierbij de bemoeienis gepaard ging met btw-belaste handelingen. Dit bracht volgens het Hof van Justitie met zich mee dat een onverkort recht op aftrek aanwezig kan zijn op basis van hetzelfde oordeel als in de zaak Cibo Participations. De toevoeging die de zaken Larentia & Minerva en Marenave gaven op het oordeel dat eerder in de zaak Cibo Participations werd gegeven ligt in het gegeven dat niet enkel deelnemingen werden verworven waarin later gemoeid zou worden. Naast dat in combinatie met economische handelingen werd gemoeid in bepaalde deelnemingen, verworven de houdsters ook belangen in deelnemingen waarin niet werd gemoeid. Larentia & Minerva en Marenave probeerde in deze zaak ook recht op aftrek van de btw op de aankoopkosten van deze deelnemingen te krijgen door te beargumenteren dat deze kosten ook als algemene kosten moeten worden gezien. Het Hof was het daar niet mee eens en oordeelde dat enkel de btw op de gemaakte kosten die zien op de verwerving van deelnemingen waarin later met economische handelingen wordt gemoeid, aftrekbaar is. Hieruit volgt dat enkel de btw op de gemaakte kosten die zien op het verwerven van deelnemingen waarin later met economische handelingen wordt gemoeid mag worden meegenomen in de pro rata-berekening van de algemene kosten.

3.4.1.3 De zaak Ryanair

De zaak Ryanair uit 2018 bouwt voort op de in Larentia & Minerva en Marenave geïntroduceerde leer omtrent het beogen te moeien.⁸⁰ Ook in deze zaak oordeelt het Hof dat de btw op aankoopkosten aftrekbaar is in het geval dat de houdstervennootschap voor ogen had om in combinatie met btw-belaste managementactiviteiten te gaan moeien in de deelneming, op dezelfde basis als eerdergenoemd in de zaken Cibo Participations en Larentia & Minerva. Als toevoeging op deze leer blijkt uit de zaak Ryanair dat de mislukking van de aankoop deze aftrekbaarheid niet in de weg staat. Ryanair was namelijk voornemens Air Lingus te kopen, maar werd daarin geblokkeerd door een overheidsorgaan dat de open markt in de gaten houdt. Ryanair kreeg dus toch volledig recht op aftrek van de btw op de gemaakte kosten.

⁷⁹ HvJ EU 16-07-2015, C-108/14 en C-109/14, Larentia & Minerva/ Marenave

⁸⁰ HvJ EU 17-10-2018, zaak C-249/17, Ryanair

3.4.1.4 De zaak Marle Participations

Het laatste toonaangevende arrest met betrekking tot de aankopen van deelneming en het aftrekrecht daarbij is de zaak Marle Participations eveneens uit 2018. Zoals in het hoofdstuk omtrent het btw-ondernemerschap bij houdstervennootschappen is besproken, bleek uit dit arrest dat alle btw-belaste handelingen die gepaard gingen met het beheer in een deelneming kunnen zorgen voor inmenging in het beheer van een deelneming. Deze kwalificatie van het ondernemerschap blijkt daarbij, op basis van de rechtspraak in de zaak Cibo Participations en verder, ook gelijk genoeg te zijn om volledige aftrek van btw op de gemaakte kosten te krijgen.

Uit de uitspraken van het Hof van Justitie kan worden opgemaakt dat de aankoop van aandelen doorgaans de btw-behandeling van de moeiende houdster volgt. Hieruit blijkt dat daarmee ook een volledig recht op aftrek mogelijk is van de btw op de gemaakte kosten. Bij aandelenverkoop door moeiende houdstervennootschappen wordt door vaste rechtspraak die haar oorsprong vindt in de zaak Cibo Participations geoordeeld dat als de aankoopkosten van aandelen niet in de prijs van de uitgaande prestatie zijn verrekend, deze kosten als algemene kosten worden gezien en recht op aftrek van de btw aanwezig is. De situatie dat een aandelenaankoop op zichzelf niet wordt aangeduid als een economische activiteit maar wel via de verlengstukgedachte binnen de btw kan vallen is in tegenstelling tot de situatie bij een aandelenverkoop nog niet in de jurisprudentie van het Hof van Justitie voorgekomen.

3.4.2 Recht op aftrek van voorbelasting bij verkopen van aandelen.

Bij de verkoop van aandelen lijkt de beoordeling van het aftrekrecht toch lastiger te zijn dan bij de aandelenaankoop. Het is immers niet mogelijk om een deelneming te verkopen met het oog te gaan moeien in deze deelneming omdat deze deelneming niet meer in eigendom is van de houdstervennootschap. De vraag of gemaakte kosten bij de aandelenverkoop moeten worden gezien als directe- of algemene kosten komt prominenter naar voren dan bij de aandelenaankopen. Bij aandelenverkoop is het namelijk de verkoop zelf waarbij moet worden getoetst of de kosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan, waar dit niet mogelijk is bij een aandelenaankoop aangezien dat geen uitgaande prestatie is.

3.4.2.1 De zaak BLP

Het eerste belangrijke arrest dat betrekking heeft op de aftrekbaarheid van btw op gemaakte kosten bij een aandelenverkoop is het BLP-arrest van het Hof van Justitie uit 1995.⁸¹ In dit arrest ging het om financiële kosten die door BLP waren gemaakt in het kader van een gedwongen verkoop van een 95%

⁸¹ HvJ EG 6-04-1995, C-4/94, BLP

aandelenbelang. BLP was van mening dat deze kosten zagen op zowel de belaste als vrijgestelde prestaties die zij uitvoerde, omdat de opbrengsten van de aandelenverkoop zouden worden gebruikt voor het gezond maken van de onderneming en daarom recht had op (gedeeltelijk) recht op aftrek van voorbelasting van de btw op deze kosten.

Het Hof oordeelde dat de gemaakte kosten enkel werden gebruikt voor de aandelenverkoop en deze niet zagen op andere activiteiten van BLP. Daarbij vond het Hof de gezondmaking van BLP ook niet van belang voor de beoordeling van de kosten. Feitelijk gebruikte BLP namelijk de verkregen gelden van de aandelenverkoop om openstaande schulden af te lossen. BLP kreeg dus geen aftrek van de btw op de gemaakte kosten. De reden waarom dit oordeel werd uitgesproken ligt waarschijnlijk in het gegeven dat de prejudiciële vraag die werd gesteld in de BLP-zaak enkel ging om de beoordeling van het gebruik van pro rata en niet om de beoordeling of deze kosten als directe- of algemene kosten moesten kwalificeren.

3.4.2.2 De zaak Kretztechnik

Een tweede arrest dat van belang is bij de beoordeling van het aftrekrecht bij aandelenverkopen is een arrest dat niet over een aandelenverkoop gaat namelijk, het arrest Kretztechnik uit 2005.⁸² In dit arrest ging het om een aandelenemissie door een vennootschap. Het Hof oordeelde daarbij dat deze aandelenemissie geen economische activiteit was. Kretztechnik als btw-ondernemer. Zij was daarbij van mening dat de btw op de gemaakte kosten in het kader van de emissie aftrekbaar moeten zijn aangezien ze de algemene activiteit van de groep dienen en daardoor algemene kosten zijn.

Het Hof oordeelt in rechtsoverweging 36 dat de aandelenemissie geen economische activiteit is. Daarbij oordeelt zij dat Kretztechnik de aandelenemissie deed om met het vergaarde kapitaal de algemene economische activiteit van de groep te versterken. Door dit laatste is het Hof van mening dat de gemaakte kosten onderdeel uitmaken van de algemene kosten van Kretztechnik en als zodanig bestanddeel van de prijs van haar producten is. Hierdoor heeft Kretztechnik (gedeeltelijk) aftrekrecht voor de btw op de gemaakte kosten bij de aandelenemissie. Opvallend is dat het Hof in dit geval rekening houdt met het oogmerk van de aandelenemissie, terwijl dat in de BLP-zaak niet van belang leek te zijn. Dit kwam in de BLP-zaak echter waarschijnlijk door de vorm van de prejudiciële vraag die in die zaak gesteld werd. Spreken van het omgaan van het Hof van Justitie lijkt dus niet aan de orde.

⁸² HvJ 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

3.4.2.3 De zaak AB SKF

De derde belangrijke zaak met betrekking tot het aftrekrecht bij aandelenverkopen door houdstervennootschappen is de zaak AB SKF.⁸³ Zoals eerder uiteengezet gaat het in deze zaak om een moedervennootschap die haar belang verkoopt in een deelneming waarin zij moeit. Dit wordt gedaan met het oog op herstructurering van het concern. De verkoop vindt plaats om kapitaal vrij te maken voor andere activiteiten van de groep. Dit is een grote gelijkenis met het oogmerk van aandelenemissie van de hiervoor besproken Kretztechnik-zaak. SKF wil de btw op kosten die worden gemaakt bij de verkoop aftrekken. Ten eerste, omdat het van mening is dat de aandelenverkoop een economische activiteit is en ten tweede omdat het in verband zou staan met de economische activiteit van de groep.

Zoals in het hoofdstuk betreffende het ondernemerschap is besproken heeft het Hof in deze zaak besloten dat de aandelenverkoop zowel op basis van het moeien door de houdstervennootschap als de verlengstukgedachte een economische activiteit is voor de btw. Dit brengt volgens het Hof met zich mee dat de aandelenverkoop onder de vrijstelling van nu artikel 135 lid 1 onderdeel f van de Btw-richtlijn betreffende activiteiten met betrekking tot handelingen bij aandelen valt. Dit zou doorgaans betekenen dat de btw op de gemaakte kosten met betrekking tot de aandelenverkoop aftrekbaar zijn. Dit geldt ook als de aandelenverkoop als algemeenheid van goederen wordt aangemerkt.

Het Hof is van mening dat moet worden nagegaan of de kosten gemaakt bij de aandelenverkoop deel uitmaken van de algemene kosten en dus zien op de algehele economische activiteit van de groep. Het Hof noemt hier expliciet dat het van belang is dat de kosten voor de aandelenverkoop zijn opgenomen in de prijs van de andere uitgaande leveringen en diensten. Het Hof doet hier verder geen uitspraak over en verwijst deze beoordeling naar de nationale rechter. Deze zal moeten beoordelen of een rechtstreeks en onmiddellijk verband aanwezig is tussen de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop en de algehele economische activiteit van de groep.

3.4.2.4 De zaak C&D Foods Acquisition

De meeste recente en wellicht meest spraakmakende zaak is de eerder besproken zaak C&D Foods Acquisition uit 2018.⁸⁴ Zoals in het hoofdstuk omtrent het Btw-ondernemerschap naar voren kwam ging het hier om een de herstructurering van een concern waarbij de verkregen gelden bij de aandelenverkoop werden gebruikt om een schuld af te lossen aan de nieuwe eigenaar (een bank). Het ging hierbij wederom om een aandelenbelang waarbij werd gemoeid. In dit geval oordeelde het Hof dat

⁸³ HvJ EG 29-10-2009, C-29/08, SKF

⁸⁴ HvJ EU 8-11- 2018, C-502/17 (C&D Foods), HR 09-07-2004 nr 38 026

de aandelenverkoop geen economische activiteit was, de verkoop niet een uitsluitend directe oorzaak vond in de belastbare economische activiteit van de betrokken vennootschap en geen rechtstreeks duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van de groep vormde, waardoor de verkoop niet binnen de btw viel. Hiermee deed het Hof de zaak af en gaf daarmee zonder nadere uitleg aan dat geen aftrek mogelijk was op basis van algemene kosten. Een beoordeling van de kosten en de samenhang met de algehele activiteit bleef afwezig.

3.5 Recht op aftrek van voorbelasting bij verkoop dochter fiscale eenheid

Ook betreffende het aftrekrecht bij de verkoop van de aandelen in een dochter die onderdeel is van de fiscale eenheid is de zaak van 9 juli 2004 van de Hoge Raad van belang.⁸⁵ De beoordeling dat de aandelenverkoop van een dochter binnen het kader van de onderneming valt, zorgt volgens de Hoge Raad dat de kosten gemaakt bij deze verkoop kunnen worden gezien als gemaakt in het kader van de onderneming. Dit betekent dat de kosten als algemene kosten dienen te worden behandeld en daarom mogelijk recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Het Nederlandse beleid dat hierna wordt besproken is mede gebaseerd op dit arrest van de Hoge Raad.

3.6 Nederlands Beleid recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen

In het eerdergenoemde besluit betreffende de heffing van omzetbelasting met betrekking tot de verkoop van aandelen wordt naast de beoordeling als economische activiteit ook het Nederlandse beleid omtrent het aftrekrecht van voorbelasting voor aandelenverkopen besproken. Dit besluit werd uitgevaardigd door de Staatssecretaris nadat hij het niet volledig eens was met de uitspraken van de Hoge Raad in zijn arresten van 14 maart 2003 en 9 juli 2004 betreffende de beoordeling van kosten bij een aandelenverkoop als algemene kosten.⁸⁶ De arresten betroffen zaken waarbij de Hoge Raad oordeelde dat de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop door een moeiende houdstervenootschap kwalificeren als algemene kosten. De Staatssecretaris meende echter dat de gemaakte kosten in verband stonden met een onbelaste prestaties.⁸⁷ In dit beleid worden twee kwalificaties van elkaar onderscheiden. De eerste situatie is dat de verkoop binnen het kader van de onderneming plaatsvindt, terwijl de tweede situatie ziet op de verkoop buiten het kader van de onderneming. Dit is terminologie die in dit onderzoek nog

⁸⁵ HR 09-07-2004 nr 38 026

⁸⁶ HR 14-03-2003, nr. 38 253 en HR 09-07-2004, nr. 38 026

⁸⁷ Redactie Vakstudie Nieuws,(2004), Besluit heffing van omzetbelasting met betrekking tot de verkoop van aandelen, V-N 2004/47.13

niet eerder voorbij is gekomen. Verkopen buiten het kader van de onderneming zijn verkopen die buiten de btw vallen. Deze verkopen hebben via dit besluit als gevolg dat geen recht op aftrek mogelijk is.

Vier situaties kunnen volgens dit beleid worden bestempeld als binnen het kader van de onderneming. Als een aandelenverkoop wordt gedaan door een moeiende houdster of als een dochter in de fiscale eenheid door een moeder wordt verkocht, kunnen de verkoopkosten volgens de Staatssecretaris worden aangemerkt als algemene kosten. Dit lijkt voor gevallen met een fiscale eenheid onverkort te gelden. Aandelenverkopen die voldoen aan de verlengstukgedachte en aandelenverkopen door een aandelenhandelaar staan volgens de staatssecretaris in rechtstreekse en onmiddellijk verband met een vrijgestelde aandelenverkoop. De btw op de kosten gemaakt bij de verkoop zijn in deze gevallen dan ook niet aftrekbaar.

3.7 Conclusie recht op aftrek van voorbelasting

Uit de wet OB, de Btw-richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad blijkt dat doorgaans geen recht op aftrek van voorbelasting mogelijk is bij kosten betreffende aandelenverkopen. Dit komt doorgaans omdat de aandelenverkoop niet kwalificeert als economische activiteit, en als deze dat wel doet vrijgesteld is op grond van artikel 11 wet OB. Via het systeem betreffende directe- en algemene kosten is het toch mogelijk om een recht op aftrek van voorbelasting te krijgen als blijkt dat de gemaakte kosten geen rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop maar wel een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de algehele bedrijfsactiviteit. De zaak C&D Foods Acquisition heeft in dit aspect voor verwarring gezorgd door de beoordeling als algemene kosten te passeren omdat het Hof dit meer nodig achtte nadat was geoordeeld dat de aandelenverkoop geen rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk was van de economische activiteit van de groep.

Hoofdstuk 4: Btw-kwalificatie aandelenverkoop door houdstervennootschap in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition

In dit onderdeel zullen de meest recente zaken betreffende de kwalificatie van aandelenverkopen als economische activiteit nader worden besproken. De uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition en de gevolgen voor de kwalificatieproblemen worden hierbij uitgelicht. De plaats van deze zaken in het huidige recht en de plaats van de zaken in het gewenste recht zullen daarna langskomen. De antwoorden op de problemen die naar voren komen in deze zaken betreffende de kwalificatie van een aandelenverkoop als economische activiteit vormen de basis van het antwoord op het gedeelte van de onderzoeksvraag van dit onderzoek betreffende de economische activiteit van een aandelenverkoop bij herstructurering binnen concernverhoudingen.

Om deze laatste twee punten juist uit te kunnen lichten, is het belangrijk om duidelijk te bespreken wat het huidige en gewenste recht is voor de situatie van een aandelenverkoop van een deelneming door een houdstermaatschappij. In het tweede hoofdstuk is het huidige recht betreffende de btw-kwalificatie van deze handelingen aan bod gekomen. Uit het huidige recht lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat het Hof van Justitie van mening is dat een aandelenverkoop binnen de btw moet vallen wanneer deze in een bepaalde mate in verband staat met andere economische activiteiten van de groep ofwel de gehele economische activiteit. Het leek zo te zijn dat een aandelenverkoop door een moeiende houdster binnen de btw zou vallen door het moeien van de houdster. Ook is het mogelijk dat de aandelenverkoop binnen de btw valt als de verkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van economische activiteit van de groep is.

Het is dan de vraag of dit ook als gewenst kan worden gezien in de gedachte van het Europese btw-systeem. Uit de eerdere jurisprudentie en de richtlijnen blijkt duidelijk dat een aandelenverkoop niet kan worden gezien als een economische activiteit. Uit de jurisprudentie die volgt kan worden opgemaakt dat handelingen die in een bepaald verband staan met de andere economische activiteiten van een belastingplichtige toch binnen de btw kunnen worden getrokken door dit verband. Dit lijkt een redelijke gedachte, aangezien een verband met de economische activiteit aanwezig is. Een enkele aandelenverkoop kan in dit geval nog steeds niet kwalificeren als een economische activiteit of een verlengstuk daarvan. Een aandelenverkoop met een sterke samenhang met de economische activiteit zou dit wel kunnen. Dit zou dan ook in de lijn van het btw-systeem liggen.

4.1 AB SKF en C&D Foods Acquisition

Zoals in het tweede hoofdstuk naar voren is gekomen, heeft het Hof van Justitie drie belangrijke oordelen met betrekking tot de kwalificatie van een aandelenverkoop uitgesproken in de zaak AB SKF.

AB SKF is een Zweedse moeiende houdstervennootschap van een 100%-deelneming. Daarbij verleent het btw-belaste diensten aan de deelneming. SKF wil in het kader van een geplande herstructurering deze dochter afstoten. De herstructurering wordt gedaan om kapitaal vrij te maken voor de financiering van andere activiteiten van de groep. Tijdens de verkoop moeit SKF niet meer in de deelneming. Bij de verkoop wordt wel door SKF diensten afgenomen met betrekking tot de taxatie van waardepapieren, bijstand bij onderhandelingen en gespecialiseerde juridische hulp.⁸⁸

Ten eerste oordeelde Het Hof dat de aandelenverkoop door de moeiende houdstervennootschap de btw-kwalificatie behoort te volgen van het moeien van deze houdster.⁸⁹ Ten tweede oordeelde het Hof dat in deze zaak de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk was van de economische activiteit van de groep.⁹⁰ Ten derde oordeelde het hof dat het voor de lidstaten van de EU mogelijk is om een overdracht van een 100%-deelneming te zien als een overdracht van een algemeenheid van goederen.⁹¹

Zoals eerder besproken is de situatie in de zaak C&D Foods Acquisition in grote mate vergelijkbaar met die in de zaak AB SKF. Wederom gaat het om de aandelenverkoop van een deelneming door een moeiende houdstervennootschap waarbij onduidelijk is of deze verkoop kan worden aangemerkt als economische activiteit. Net als in de zaak AB SKF is in het geding of via het moeien van de houdster de aandelenverkoop binnen de btw kan worden getrokken en of dat anders ook mogelijk zou zijn via de verlengstukgedachte. De verschillen tussen deze twee zaken zitten in het voornemen, geïnitieerd door de nieuwe deelnemer van C&D Foods Acquisition, om met de verkregen gelden van de verkoop bepaalde schulden af te lossen, waar deze bij AB SKF zouden worden gebruikt voor andere activiteiten van de groep. Ook gaat het in de zaak C&D Foods Acquisition om een aandelenverkoop die uiteindelijk niet zijn doorgang zal vinden. Wellicht is het belangrijkste verschil dat de enige reden dat de bank in de situatie van de zaak C&D Foods Acquisition de bedrijfsstructuur in gaat, is om de lening aan zichzelf, die niet kon worden betaald, toch te innen.

4.2 Aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap

In het tweede hoofdstuk kwam naar voren dat de gedachte bij een aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap als economische activiteit gebaseerd is op het idee dat deze verkoop moet worden gezien als de beëindiging van een onderneming door de moeiende houdstervennootschap.⁹²

⁸⁸ HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, Rechtsoverweging 21

⁸⁹ HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, Rechtsoverweging 30

⁹⁰ HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, Rechtsoverweging 33

⁹¹ HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, Rechtsoverweging 41

⁹² V-N Redactie Vakstudie Nieuws, (2009), Zaak AB SKF, V-N 2009/56.13

Daarmee zou de verkoop moeten worden gezien als economische activiteit. Uit de arresten AB SKF en C&D Foods Acquisition blijkt dat dit niet zo simpel kan worden aangenomen.

4.2.1 Aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap in de zaak AB SKF

Het Hof concludeert in haar arrest met betrekking tot de zaak AB SKF dat de aandelenverkoop de btw-kwalificatie dient te volgen van de inmenging in het beheer, oftewel het moeien, van de houdstervennootschap in haar deelneming. Dit kwam eerder naar voren in onder andere het Wellcome Trust-arrest.⁹³ De gedachte hierachter is dat de aankoop en verkoop van een deelneming, waarbij wordt ingemengd in het beheer, kan worden gezien als de start of het einde van een onderneming door de moeiende houdstervennootschap. Het moeien moet dan uiteraard wel voldoen aan de voorwaarden die uit de jurisprudentie naar voren zijn gekomen.⁹⁴ Het belangrijkste is daarbij dat het moeien gepaard dient te gaan met btw-belaste handelingen. In het geval van AB SKF was dit zonder twijfel aan de orde. AB SKF leverde tegen betaling diensten aan de deelneming op het gebied van beheer, administratie en marketing.

Het op de bovenstaande manier lezen van het oordeel van het Hof was wat tot aan de uitspraak in de zaak AB SKF ook voor waar werd aangenomen betreffende de beoordeling van een aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap. De aandelenverkoop leek het moeien te volgen in de btw-kwalificatie. Het oordeel in rechtsoverweging 33 van zaak AB SKF kan ook op een andere manier worden gelezen die wellicht de logica in de latere zaak C&D Foods Acquisition beter onderbouwt. In deze rechtsoverweging stelt het Hof de aandelenverkoop door de moeiende houdstervennootschap om kapitaal voor andere activiteiten te verkrijgen gelijk aan het verkrijgen van duurzame opbrengsten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen. Waar werd gedacht dat deze gelijkstelling voortkomt uit het moeien van de houdster, is dat wellicht een foutieve gedachte. Het duurzame karakter zou ook kunnen zitten in het gegeven dat de opbrengsten die worden behaald met de verkoop worden gebruikt voor het behalen van duurzame opbrengsten uit andere toekomstige activiteiten.⁹⁵ Dit vereiste komt in de zaak C&D Foods Acquisition op een meer afgezonderde en expliciete manier terug. Het is mogelijk dat het Hof in de zaak AB SKF verder geen uitleg geeft over de gelijkstelling van de aandelenverkoop met het verkrijgen van duurzame opbrengsten, omdat het duidelijk achtte dat de duurzaamheid aanwezig was doordat de opbrengsten van de aandelenverkoop voor de andere bedrijfsactiviteiten van de groep werden gebruikt.

⁹³ HvJ 20-06-1996, Wellcome Trust, C-155/94

⁹⁴ Zie o.a. HVJ 27-09-2001, C-16/00, Cibo Participations & HvJ 05-07-2018, C-320/17, Marle Participations

⁹⁵ Berkhuisen-van Egmond, A.E.H., (2018), Het arrest C&D Foods Acquisition ApS, Btwbrief 2018/99

Opvallend is dat naast het oordeel van het hof dat in de zaak AB SKF de aandelenverkoop de kwalificatie van de moeiende houdster dient te volgen, ook wordt uitgesproken dat de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van de economische activiteit van de groep. Dit laatste oordeel zelf zal in de volgende paragraaf worden besproken, maar de gevolgen die het kan hebben voor de conclusie met betrekking tot het volgen van de kwalificatie van de moeiende houdster zijn in huidig onderdeel van belang.

Als wordt gekeken naar wat het Hof van Justitie zegt over deze twee manieren van het binnen de btw laten vallen van een aandelenverkoop, valt het volgende op. De eerste prejudiciële vraag verwacht enkel de verduidelijking of de aandelenverkoop een economische activiteit is. Logischerwijs begint het Hof van Justitie dan met de beoordeling van de kwalificatie van de aandelenverkoop als economische activiteit op het punt dat de aandelenverkoop wordt gedaan door een moeiende houdster. Uit het bevestigende antwoord op deze vraag komt naar voren dat de aandelenverkoop een economische activiteit is en daarop volgt dan logischerwijs de vraag of het dan gaat om een belaste- of onbelaste handeling. Hierna vervolgt het Hof haar uitspraak door verder te gaan met de vraag of het mogelijk is dat de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van de economische activiteit van de groep, waar daarbij ook een bevestigend antwoord op de vraag wordt gegeven.

De volgorde waarop het Hof te werk gaat met betrekking tot de achtereenvolgende beoordeling van beide mogelijkheden die een opening bieden tot het binnen de btw vallen van de aandelenverkoop wordt onderschreven door zowel Swinkels in BNB 2010/251 als de Redactie Vakstudie Nieuws.⁹⁶ Toch valt op dat het Hof na het bevestigende antwoord bij de kwalificatie van de moeiende houdstervennootschap, het noodzakelijk acht om te bespreken of de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van de economische activiteit van de groep.⁹⁷ In de eerdere rechtsoverweging nummer 30 van het arrest oordeelt het Hof namelijk dat de aandelenverkoop op zichzelf al een economische activiteit is. De beoordeling van de aandelenverkoop als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit lijkt daarmee zijn belang in deze zaak te verliezen. De aandelenverkoop is immers bestempeld als economische activiteit. Aangezien de aandelenverkoop nu dus een economische activiteit is, lijkt het voor de btw-kwalificatie niet meer van belang om te onderzoeken of de aandelenverkoop een bepaalde samenhang heeft met de economische activiteit van de groep en dus een verlengstuk is van deze economische activiteit.

Dat de verlengstukgedachte nog aan bod komt na de beoordeling van de aandelenverkoop als op zichzelf staande economische activiteit insinueert dat de kwalificatie van de aandelenverkoop via het

⁹⁶ Redactie Vakstudie Nieuws, (2009), Zaak AB SKF, V-N 2009/56.13

⁹⁷ Ditzhuijsen, J.N.T., Geersheuvels, E.A.M., (2019) De verkoop van aandelen als economische activiteit. BtwBrief 2019/24

moeien van de houdstervennootschap niet zonder meer genoeg is om als economische activiteit te worden gezien, ook al is dat drie rechtsoverwegingen eerder wel uitgesproken. Wellicht dat het toetsen van beide mogelijkheden te maken heeft met het gegeven dat tijdens de verkoop niet meer werd gemoeid door SKF in de deelneming.⁹⁸ Dit lijkt echter in de uitspraak van het Hof verder volledig buiten beschouwing te worden gelaten. Het Hof lijkt dit dus niet van belang te vinden.

Jammer genoeg wordt de verhouding tussen deze twee manieren verder niet door het Hof besproken en eigenlijk wordt deze ook maar summier aangekaart in de aantekeningen bij dit arrest. Wat achteraf wel duidelijk naar voren komt in de later te bespreken zaak C&D Foods Acquisition is dat de kwalificatie als economische activiteit via het moeien van de houdstervennootschap niet zomaar kan. De samenhang van de aandelenverkoop met de economische activiteit van de groep blijkt in deze zaak toch wel doorslaggevend voor de kwalificatie als economische activiteit, ook al wordt er gemoeid. Wellicht dat het Hof dit tijdens de zaak AB SKF al in het achterhoofd had, maar het in die zaak simpelweg niet aan de orde is gekomen omdat het zo duidelijk was dat voldoende verband aanwezig was tussen de aandelenverkoop door SKF en de economische activiteit van SKF en de groep. Aangezien in de zaak C&D Foods Acquisition het verband tussen de aandelenverkoop van een moeiende houdster met de economische activiteit van de groep prominenter naar voren komt, zal dit bij de verdere bespreking van die zaak uitgebreider aan bod komen. Na de zaak AB SKF was de veronderstelling in de praktijk namelijk onveranderd. De consensus was dat een aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap behoorde binnen de btw te vallen doordat er werd gemoeid.

4.2.2 Aandelenverkoop moeiende houdstervennootschap in de zaak C&D Foods Acquisition

In het C&D Foods Acquisition wordt veel verwezen naar de AB SKF-zaak. Op het punt betreffende de aandelenverkoop als economische activiteit wordt in rechtsoverweg 33 enkel verwezen naar de rechtsoverwegingen uit de AB SKF-zaak zonder dat het Hof in de C&D Foods Acquisition-zaak nog dieper ingaat op de verkoop als moeiende houdster of als verlengstuk van de economische activiteit van de groep. Hierna wordt herhaald dat het mogelijk is bij deze situaties dat een aandelenverkoop kan worden gezien als een duurzame opbrengst uit activiteiten die verder gaat dan de enkele verkoop van aandelen.

Nadat dit is gedaan slaat het Hof echter een andere weg in. In de plaats van de beoordeling van de verkoop als moeiende houdster of de beoordeling van de rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verbanden tussen de aandelenverkoop en de economische activiteit van de groep vestigt het Hof alle

⁹⁸ Mierop, R., Bouwmeester, J., (2010) AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?, WFR 2010/414

aandacht op het verband van de verkoop van aandelen met de economische activiteit. In rechtsoverweging 36 spreekt het Hof over de nood om na te gaan of gebruikte goederen of diensten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met een belastbare handeling in een later stadium. Hierbij wordt verwezen naar rechtsoverweging 24 van het Becker-arrest van het Hof in 2013.⁹⁹ Problematisch is dat deze rechtsoverweging ziet op de beoordeling of gemaakte kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met een uitgaande prestatie voor het recht op aftrek van voorbelasting, en niet over de economische activiteit van een prestatie. Het Hof lijkt hiermee dus de voorwaarden van de beoordeling van een aandelenverkoop als economische activiteit door elkaar te halen met de voorwaarden van de beoordeling van de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop voor het recht op aftrek van voorbelasting. Het door elkaar halen van deze twee toetsen betreffende de samenhang met een de economische activiteit van de groep is niet geheel onverwachts. De beoordeling van de aandelenverkoop door een moeiende houdster als economische activiteit na het C&D Foods-arrest, de beoordeling van een aandelenverkoop als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteiten en de beoordeling van het verband tussen gemaakte kosten en de uitgaande prestatie voor het recht op aftrek van voorbelasting hebben bijzonder veel gelijkenissen.

Als gevolg van deze wellicht ongelukkig gekozen onderbouwing volgt dat het Hof van mening is dat een aandelenoverdracht enkel binnen de werkingssfeer van de btw kan vallen als deze handeling de directe oorzaak vindt in de belastbare economische activiteit van de groep of een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de belastbare activiteit van de groep. Op deze manier lijkt het Hof een criterium dat eigenlijk bestemd is voor de beoordeling van de gemaakte kosten toegevoegd te hebben aan de situatie dat een aandelenverkoop de btw in wordt getrokken door de btw-behandeling van de moeiende houdster die verkoopt. De verlengstukgedachte die al een ‘samenhang met de economische activiteit’-criterium kende lijkt hierdoor niet echt aangepast omdat deze, zoals eerder besproken, al grote gelijkenissen toonde met de het criterium van de samenhang met de algehele economische activiteit wat in de beoordeling van de gemaakte kosten als algemene kosten naar voren komt. Dat het doel van de gemaakte kosten bepalend is voor het aftrekrecht van de btw over deze kosten is niet een nieuwe gedachte en ligt in lijn met de eerdere uitspraken van het Hof in de zaken Sveda¹⁰⁰ en Iberdrola.¹⁰¹ Uit de zaak C&D Foods lijkt echter te kunnen worden opgemaakt dat de analyse van de aftrekbaarheid ook meteen de analyse voor de btw-behandeling van de aandelenverkoop als economische activiteit inhoudt, en dat is verwarrend.

⁹⁹ HvJ 21-02-2013, C-104/12, Becker

¹⁰⁰ HvJ 22-10-2015, C-126/14, Sveda

¹⁰¹ HvJ 14-09-2017, C-132/16, Iberdrola

In de zaak C&D Foods Acquisition zorgt dit criterium van de directe oorzaak in de economische activiteiten gelijk voor problemen. Dit criterium wordt geïntroduceerd als een oorzaakvereiste terwijl het eigenlijk meer weg heeft van een doel. Het is immer doorslaggevend waar de verkregen gelden voor zullen worden gebruikt, niet wat daadwerkelijk gezorgd heeft voor de verkoop van een deelneming. De oorzaak is namelijk nooit objectief te achterhalen. Het objectieve karakter van de btw laat daarbij ook niet toe dat een soort doelvereiste wordt toegevoegd aan de beoordeling of een handeling een economische activiteit is. Alle aandelenverkoop moeten op zichzelf als gelijk worden behandeld. Het is daarom maar de vraag of dit vereiste in lijn is met het btw-systeem.

Als wordt gekeken naar hoe hiermee om is gegaan in de AB SKF-zaak blijkt dat het vergaren van kapitaal via de aandelenverkoop voor de andere bedrijfsactiviteiten van de groep kan worden gezien als het hebben van een directe oorzaak in de economische activiteit van de groep en daarmee het meer zijn dan alleen het verkopen van aandelen. Uit het C&D Foods-arrest blijkt dat het afbetalen van een lening niet kan worden gezien als een voldoende directe oorzaak in de economische activiteit. De onderbouwing in beide zaken betreffende de directe oorzaak is echter summier. In de zaak C&D Foods wordt geconcludeerd dat het afbetalen van schulden aan de nieuwe eigenaar niet zorgt voor een uitsluitend directe oorzaak van de aandelenverkoop in de belastbare activiteit. Hierbij is dan ook niet van belang of deze schulden zelf weer de oorzaak vinden in de belastbare activiteit van de groep. Dat het Hof dit oordeelt ligt waarschijnlijk in het gegeven dat het Hof geen volledig beeld heeft van de lening die moet worden afbetaald aan de bank. De situatie die nu wordt beoordeeld door het Hof in de C&D Foods-zaak is namelijk dat een de bank enkel de structuur binnengaat om het geld bij elkaar te krijgen om de onbetaalde lening aan de bank, zichzelf dus, af te kunnen betalen. In dat geval is het logisch dat het Hof van mening is dat dit geen directe oorzaak heeft in de economische activiteit van de groep, de hele aandelenverkoop wordt immers gedaan om een lening af te lossen aan de bank zelf, zonder enkele andere motivatie betreffende economische activiteiten van de C&D Foods groep.

Kortgezegd betekent bovenstaand criterium voor aandelenverkoop door moeiende houdsters dat deze niet zonder meer de btw-kwalificatie van de houdster kunnen volgen. Beargumenteerd kan worden dat het Hof geen nieuw criterium heeft toegevoegd aan de beoordeling van de kwalificatie als economische activiteit van de verkoop van de deelneming, maar de toets die daarbij hoort enkel verder heeft uitgelegd. Zoals bekend is, gaat het Hof vrijwel nooit om in haar beslissingen. In de eerder zaken wordt uitgesproken dat de verkoop door moeiende houdster kan kwalificeren als het 'duurzame opbrengsten uit een vermogensbestanddeel halen' omdat het beheer en de aandelenverkoop meer behelzen dan het enkele houden en verkopen van aandelen.¹⁰² Dit zou kunnen betekenen dat de gedachte dat het enkele

¹⁰² Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 33 van de zaak HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF

moeien voor een aandelenverkoop genoeg is om deze binnen de btw trekken, gebaseerd is op onvolledige interpretatie van de eerdere uitspraken van het Hof. In bijvoorbeeld de zaken Kretztechnik en AB SKF wordt gesproken over aandelenverkopen en -uitgiften die meer dan enkel de verkoop en uitgiften zijn. Nergens wordt expliciet aangegeven dat dit ‘meer dan’ bestaat uit de verhouding met de moeiende houdster. De zaak C&D Foods legt daarbij alleen uit dat de aandelenverkoop een bepaald verband moet hebben met de economische activiteit van de groep. Dit is een redelijk criterium aangezien dit een van de bouwstenen is van het btw-systeem. Economische activiteiten vallen binnen de btw en niet-economische activiteiten niet, tenzij een voldoende verband aanwezig is met de verdere economische activiteit. Doordat het Hof in deze zaak dit verband ‘de uitsluitende oorzaak vinden in’ noemt en dit begrip niet eerder bij deze situatie is gebruikt, klinkt het alsof een nieuw verband wordt geïntroduceerd. Dit hoeft niet zonder meer waarheid te zijn.

4.2.3 Conclusie aandelenverkoop moeiende houdstervenootschap

Door de uitspraken van het Hof in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition is een verandering van de gedachte in de praktijk naar voren gekomen. Waar werd gedacht dat een aandelenverkoop door een moeiende houdstervenootschap een economische activiteit was doordat wordt gemoeid in de deelneming, lijkt het dat deze aandelenverkoop moet worden bekeken als een niet-economische activiteit die via een samenhang met de economische activiteit van de ondernemer binnen de btw kan vallen. Die samenhang zou dan bestaan uit het moeien van de houdster in de deelneming en de vraag of de oorzaak van de aandelenverkoop ligt in de economische activiteit van de ondernemer. Het moeien door de houdster kan namelijk onder deze voorwaarden niet op zichzelf worden gezien als de economische activiteit van de ondernemer. Het duurzame karakter van de opbrengsten bij de aandelenverkopen lijkt te zitten in de latere activiteiten waarvoor de opbrengsten van de aandelenverkoop worden gebruikt.

4.3 De verlengstukgedachte

In het tweede hoofdstuk kwam naar voren dat een aandelenverkoop binnen de btw kan vallen wanneer deze verkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de economische activiteit. Het idee hierachter is dat een aandelenverkoop, die op zichzelf geen economische activiteit is, toch binnen de btw kan vallen wanneer deze een bepaalde sterke samenhang heeft met de economische activiteit van de groep. De aandelenverkoop dient een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk te zijn van deze economische activiteit.

De verlengstukgedachte kent een ingewikkelde en inconsequente geschiedenis in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.¹⁰³ Zoals Cornielje aangeeft is de enige lijn die te ontdekken valt, dat het criterium kan worden ingezet voor een toets van de bijkomstigheids van financiële handelingen of handeling inzake investeringsgoederen. Het criterium is in eerdere zaken veelal gebruikt bij leningen, die een andere btw-behandeling volgen dan aandelentransacties. Vanuit deze jurisprudentie kan daarom maar weinig duidelijkheid worden verschaft over de verlengstukgedachte bij aandelentransacties, daar AB SKF de eerste zaak was waarbij deze gedachte werd aangehaald bij een aandelenverkoop.

4.3.1 De verlengstukgedachte in de zaak AB SKF

De zaak AB SKF is de eerste zaak betreffende een aandelenverkoop waarbij het Hof de mogelijkheid opent om deze verkoop via de verlengstukgedachte als een economische activiteit te kwalificeren. In rechtsoverweging 33 onderbouwt het Hof waarom het van mening is dat de aandelenverkoop een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit van de belastingplichtige is. Het rechtstreekse karakter van de aandelenverkoop lijkt het Hof te onderbouwen met de tekst: “Deze handeling hangt rechtstreeks samen met de organisatie van de activiteit van de groep”. Het is hierbij de vraag wat precies wordt bedoeld als de ‘organisatie’ van de groep en wat het rechtstreekse verband van de aandelenverkoop hiermee dan is. Het klinkt logisch als de samenhang met de organisatie gebaseerd is op het voornemen om een herstructurering door te voeren, aangezien de juridische organisatie van de groep dan wordt aangepast. Dit brengt echter met zich mee dat elke aandelenverkoop binnen concernverhouding op deze manier een rechtstreeks verband met de organisatie zou moeten hebben aangezien de juridische verhoudingen veranderen. Het lijkt dan ook beter om ervan uit te gaan dat de ‘organisatie’ moet worden gezien als de verhoudingen van het algehele beheer van de groep. Hiermee wordt de invloed van een entiteit in de deelnemingen bedoeld. Dit heeft echter weer veel weg van een inmenging in het beheer, oftewel het moeien, in een deelneming.

Dat de verlengstukgedachte en het moeien in het beheer dicht langs elkaar liggen als het gaat om aandelenverkopen binnen concernverhoudingen, komt ook naar voren in de beoordeling van het duurzame karakter van het verlengstuk. Het Hof oordeelt over dit criterium namelijk dat SKF haar deelneming beëindigt in de verbonden ondernemingen en de handeling kan worden beschouwd als een handeling die bestaat in het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen, en daarom als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk kan worden gezien. Deze motivatie van de verkoop lijkt op zichzelf dan weer in grote mate op de motivatie waarom de inmenging in het beheer van een deelneming een economische activiteit is zoals in de kernarresten betreffende de btw-kwalificatie van moeiende houdstervenootschappen. De

¹⁰³ Cornielje, S.B., 2016, Fusies en overnames in de Europese BTW (FM nr.146) 2016/6.3.5.7

aandelenverkoop door een moeiende houdster kon in die gevallen worden gezien als de beëindiging van een onderneming, en dat betekende een economische activiteit. De aandelenverkoop lijkt bij deze uitspraak dus een duurzaam en rechtstreeks verlengstuk van de economische activiteit van de groep te zijn omdat het de verhouding tussen een moeiende houdster en haar deelneming beëindigt. Een vreemde uitleg, aangezien kon worden aangenomen dat het verlengstuk en de verkoop als moeiende houdster twee los van elkaar staande situaties waren.

Tot dusver lijkt de beoordeling van een aandelenverkoop als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit dus bijzonder veel op de gedachte dat een aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap binnen de btw behoort te vallen. Het Hof verwijst met betrekking tot de beoordeling van de aandelenverkoop als verlengstuk naar rechtsoverweging 20 van de zaak Kretztechnik.¹⁰⁴ Hierin wordt eigenlijk niks anders gezegd dan in de onderhavige rechtsoverweging van de zaak AB SKF. Wel wordt verwezen naar punt 41 van de zaak BBL¹⁰⁵ en punt 59 van de zaak EDM¹⁰⁶, waar de verlengstukgedachte in beide zaken niet naar voren kwam. Deze arresten noemen enkel het ‘verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen’. Hieruit kan dus weinig worden opgemaakt. De ‘rechtstreekse’ en ‘duurzame’ samenhang van de aandelenverkoop lijkt dus in grote mate op de beoordeling van een aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap. Dat deze twee mogelijkheden zo veel overeenkomen is ook niet opvallend. Als een houdstervennootschap enkel aandelen houdt in een deelneming zal de aandelenverkoop niet snel onder de verlengstukgedachte kunnen vallen aangezien uit het Polysar-arrest kan worden geconcludeerd dat dan geen sprake is van economische activiteit. Het voldoen aan de criteria als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is in dat geval dan ook erg lastig, en is in de jurisprudentie niet eerder langsgekomen.

Het onderscheidende van de verlengstukgedachte tegenover de verkoop als moeiende houdstervennootschap leek dan ook te zitten in het ‘noodzakelijke’ van de aandelenverkoop om als verlengstuk te kwalificeren. Hierbij wordt door het Hof in rechtsoverweging 33 van de zaak AB SKF verwezen naar het doel van de verkoop, namelijk het opbrengsten verkrijgen in verband met de herstructurering van de vennootschap voor de verder economische activiteiten van de groep. Dit criterium lijkt daarbij ook het doorslaggevende element van de verlengstukgedachte betreffende het verband met de economische activiteit van de groep. Dit doel lijkt dan ook weer bijzonder veel op het criterium van de directe oorzaak dat in de zaak C&D foods naar voren komt. Verder laat het hof in de zaak AB SKF volledig in het midden waarop de toepassing van de verlengstukgedachte is gebaseerd.

¹⁰⁴ HvJ 26-05-2005, C-465/03, Kretztechnik

¹⁰⁵ HvJ 21-10-2004, C-8/03, BBL

¹⁰⁶ HvJ EG 29-04-2004, C-77/01, EDM

Na de zaak AB SKF was dus nog veel onduidelijk over de toepassing van de verlengstukgedachte bij aandelenverkoop binnen concernverhoudingen.

4.3.2 De verlengstukgedachte in de zaak C&D Foods Acquisition

In de zaak C&D Foods Acquisition wordt betreffende de theorie omtrent de verlengstukgedachte op zichzelf niks toegevoegd door het Hof. Het Hof neemt haar eerdere uitspraak in de zaak AB SKF betreffende de verlengstukgedachte volledig over in rechtsoverweging 31 tot en met 35, waarna in rechtsoverwegingen 36 en 37 het arrest Becker wordt aangehaald zoals is besproken in de vorige paragraaf betreffende het moeien in de verkochte deelneming. De enkele toevoeging die wordt gedaan, is het criterium van de uitsluitende directe oorzaak in de economische activiteit van de aandelenverkoop die eerder bij de aandelenverkoop door de moeiende houdster is besproken. De uitspraak van het Hof hierbij is als volgt: *“Hieruit (rechtsoverwegingen 31 tot en met 37) volgt dat, wil een aandelenoverdracht binnen de werkingssfeer van de btw kunnen vallen, deze handeling haar uitsluitende directe oorzaak in beginsel moet hebben in een belastbare economische activiteit van de betrokken moedermaatschappij of het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van die activiteit moet vormen.”* Hieruit lijkt te kunnen worden gelezen dat het criterium van de directe oorzaak niet geldt voor de verlengstukgedachte. Het zou echter wel heel vreemd zijn als een aandelenverkoop via de verlengstukgedachte wel kan kwalificeren als economische activiteit zonder dat deze een directe oorzaak vindt in de economische activiteit van de groep, terwijl dat niet kan bij de verkoop als moeiende houdster.

Wanneer wordt gekeken naar dit directe oorzaak-vereiste, blijkt dat deze in zeer grote mate overeenkomt met de beoordeling van de verlengstukgedachte. Aangezien het verlengstuk nooit een op zichzelf staande economische activiteit kan zijn, moet deze altijd een bepaalde samenhang met de economische activiteit van de ondernemer hebben. De enige koppeling die een aandelenverkoop kan hebben met de economische activiteit van de verkopende ondernemer is die van de oorzaak van de verkoop of het doel waarvoor de verkregen gelden van de verkoop worden gebruikt. Het is dan de vraag of het vereiste van de ‘uitsluitende directe oorzaak’ wezenlijk verschillend is van het vereiste van de samenhang met de economische activiteit bij de verlengstukgedachte. Voor het waarborgen van de gelijke behandeling van deze aandelentransacties lijkt dit niet het geval te kunnen zijn.

Wel kan worden geconcludeerd uit de uitspraak van het Hof in de zaak C&D Foods Acquisition dat het criterium van de directe oorzaak in de economische activiteit voor de verkoop als moeiende houdster en de beoordeling van de samenhang bij de verlengstukgedachte overeenkomen. Dit noodzakelijkheidsvereiste is voor beide gevallen een doelvereiste betreffende de opbrengsten bij de aandelenverkoop. Wat duidelijk naar voren komt in de zaak AB SKF is dat het belangrijk is dat de verkregen gelden bij de aandelenverkoop worden gebruikt voor de andere economische activiteiten van

de groep. Zoals eerder is besproken, werd het aflossen van de lening aan de bank niet gezien als een directe oorzaak in de economische activiteit in de zaak C&D Foods Acquisition. Bijzonder is dat wellicht ook andersom kan worden gekeken naar de introductie van het vereiste van de directe oorzaak. Aangezien dit vereiste en het vereiste van de samenhang van de verlengstukgedachte zo erg op elkaar lijken, zou kunnen worden beargumenteerd dat de beoordeling van de verkoop van de moeiende houdster juist een criterium van de beoordeling van de verlengstukgedachte heeft overgenomen.

Het criterium van de samenhang met de economische activiteit van de aandelenverkoop leek voor de uitspraak in de zaak C&D Foods Acquisition een voorwaarde die alleen betrekking had op de verlengstukgedachte, en was daarmee ook eigenlijk het enige echt onderscheidende tussen de verlengstukgedachte en de btw-kwalificatie als verkoop door moeiende houdster. De veronderstelling dat dit de situatie was voor de uitspraak in het C&D Foods-arrest, is ook volledig gebaseerd op aannames omtrent de verlengstukgedachte bij aandelenverkoop omdat het Hof eigenlijk in geen enkele zaak betreffende deze verkopen duidelijkheid heeft gegeven over de basis waarop de verlengstukgedachte wordt toegepast.

4.3.3 Conclusie verlengstukgedachte

Wat duidelijk naar voren is gekomen in de uitspraken van het Hof in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition, is dat het belangrijk is voor welk doel de verkregen gelden worden gebruikt voor de kwalificatie van een aandelenverkoop als economische activiteiten via de kwalificatie als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van een groep. Vooralsnog is eigenlijk nog steeds onduidelijk wat de kwalificatie als verlengstuk nou precies inhoudt, hoe de criteria van de kwalificatie moeten worden uitgelegd, en waar de beoordelingen als verlengstuk in de uitgesproken arresten van het Hof op zijn gebaseerd.

4.4 Conclusie btw-kwalificatie aandelenverkoop

Uit de arrest AB SKF en C&D Foods Acquisition kan worden opgemaakt dat het niet zonder meer mogelijk is dat een aandelenverkoop door een moeiende houdster binnen de btw valt door het moeien van de houdster. De aandelenverkoop moet zijn uitsluitende directe oorzaak vinden in de economische activiteit van de groep. Doorslaggevend is hierbij waarvoor de verkregen gelden van de aandelenverkoop worden gebruikt. Zodra deze worden gebruikt voor de andere economische activiteiten van de groep kan de aandelenverkoop binnen de btw vallen.

Dit criterium lijkt ook van toepassing te zijn bij de beoordeling van een aandelenverkoop als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk. Vooralsnog is verder vooral onduidelijkheid over de verlengstukgedachte aanwezig. Het Hof verduidelijkt vrijwel niets betreffende deze gedachte,

waardoor de praktijk met veel vragen achterblijft betreffende de kwalificatie van een aandelenverkoop als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk.

Dat het Hof de criteria voor het binnen de btw vallen van een aandelenverkoop verandert, of beter gezegd uitbreidt, hoeft niet te betekenen dat het Hof omgaat of een fout begaat in de C&D Foods-zaak of juist een fout is begaan in de eerdere zaken betreffende aandelenverkopen. De beoordeling van een aandelenverkoop als een economische activiteit is sinds het begin van de omzetbelasting een onderdeel van discussie. Het trachten te verduidelijken van het belang van de samenhang tussen de aandelenverkoop en de economische activiteit van de groep is belangrijk binnen deze discussie. Het Hof heeft op dat aspect ook zeker een verduidelijking gegeven, ook al verdient deze nog verdere uitwerking. De oorzaak van een aandelenverkoop is doorslaggevend voor het binnen de btw vallen van de aandelenverkoop, omdat een aandelenverkoop op zichzelf niet een economische activiteit is, maar wel een belangrijke samenhang met de algemene economische activiteit kan hebben. Het simpelweg aflossen van een schuld is daarbij niet voldoende verbondenheid met de economische activiteit van de ondernemer dat kan worden gesproken van een directe oorzaak, en dit is ook geen onlogische beslissing van het Hof. In volgende zaken, die zeer waarschijnlijk zullen komen, zal het Hof duidelijk moeten maken wat nou precies binnen deze juiste directe oorzaak in de economische activiteiten valt. Dit criterium zal ook van belang zijn voor de beoordeling van het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop.

Hoofdstuk 5: Recht op aftrek van voorbelasting en directe versus algemene kosten in de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition

In dit hoofdstuk worden de zaken AB SKF en C&D Foods nogmaals uitgebreid besproken. Hierbij zal het ditmaal gaan om de beoordeling van het aftrekrecht in deze twee zaken. Een onderdeel van deze bespreking zal wederom het huidige recht en het gewenste recht behelzen. Daarbij wordt uitgebreid gekeken naar de positie van het aftrekrecht bij aandelenverkopen van deelnemingen in het btw-systeem. Voor de verschillende situaties betreffende het aftrekrecht bij aandelenverkopen wordt uiteengezet hoe de beoordeling van het aftrekrecht behoort te geschieden. De antwoorden op de problemen omtrent het aftrekrecht in deze twee zaken vormen het antwoord op het gedeelte van de onderzoeksvraag van dit onderzoek betreffende het recht op aftrek van btw op gemaakte kosten bij herstructureringen binnen concernverhoudingen.

Als wordt gekeken naar het huidige recht betreffende het recht op aftrek van voorbelasting op gemaakte kosten bij aandelenverkopen van deelnemingen, zoals is gedaan in het derde hoofdstuk, valt een aantal dingen op. De discussie omtrent het aftrekrecht in deze gevallen ligt vaak in de toerekening van de kosten die worden gemaakt aan een uitgaande prestatie. Aangezien de aandelenverkoop geen belaste prestatie is, is het voor een belastingplichtige doorgaans niet mogelijk om de btw op de gemaakte kosten af te trekken. De theorie betreffende de algemene kosten heeft de deur geopend voor mogelijke aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen wanneer deze vrijgesteld dan wel geen economische activiteit zijn. De verrekening van deze kosten en het verband naar feiten en omstandigheden tussen de kosten en de uitgaande prestatie blijken in de beoordeling als algemene- of directe kosten van groot belang.

Het is de vraag of de recente ontwikkelingen passen binnen het gewenste recht van het aftrekrecht. Het idee achter dit aftrekrecht is dat de btw-last niet blijft hangen in de schakel van de ondernemer die niet handelt als eindconsument. Daarbij is wel van belang dat de gebruikte diensten en leveringen worden gebruikt voor uitgaande prestaties die economische activiteiten zijn. Dit is een belangrijk punt van discussie bij aandelenverkopen, aangezien deze op zichzelf niet als economische activiteit kwalificeren. Uit de discussie omtrent de directe- en algemene kosten blijkt dat het verband met de economische activiteiten van groot belang is, net als bij de discussie omtrent de kwalificatie als economische activiteit van de aandelenverkoop. Duidelijk is dat een enkele verkoop van een deelneming daarom ook niet kan zorgen voor aftrekrecht bij de verkopende houdster. Bestaat een bepaalde samenhang tussen de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop en de economische activiteit van de belastingplichtige via de samenhang van de aandelenverkoop met de andere economische activiteit van de belastingplichtige, dan kan het in lijn zijn met het btw-systeem om voor de btw op deze kosten toch recht op aftrek te krijgen. Het recht op aftrek van voorbelasting op gemaakte kosten die een samenhang hebben met uitgaande economische handelingen ligt in lijn met het idee van de btw als verbruiksbelasting

5.1 AB SKF en C&D Foods Acquisition

Zoals eerder is besproken, werd in de zaak AB SKF geoordeeld dat de aandelenverkoop in deze zaak kwalificeerde als een economische activiteit.¹⁰⁷ Deze bleek volgens het Hof vrijgesteld van btw te zijn. Wel gaf het Hof aan dat het mogelijk was voor de gemaakte kosten met betrekking tot aandelenverkoop binnen concernverhoudingen om te kwalificeren als algemene kosten. Het Hof verwees daarom de beslissing betreffende de beoordeling van de gemaakte kosten als directe- of algemene kosten naar een lagere rechter. Het gaf daarmee dus expliciet aan dat gemaakte kosten bij aandelenverkoop een bepaalde samenhang kunnen vertonen met de algemene economische activiteit van de groep, en daarmee als algemene kosten kunnen kwalificeren.

In de zaak C&D Foods Acquisition werd uitgesproken dat de aandelenverkoop in deze zaak geen economische activiteit was en daarbij ook niet de uitsluitend direct oorzaak had in de economische activiteit van de groep.¹⁰⁸ Het Hof van Justitie oordeelde hierbij dat de btw op de gemaakte kosten voor litigieuze diensten met betrekking tot de aandelenverkoop daarom niet aftrekbaar is. Een beoordeling van de gemaakte kosten als algemene- of directe kosten was ook niet aan de orde in de uitspraak van het Hof. Het Hof vond dat deze kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hadden met de enkele aandelenverkoop. De samenhang van de kosten met de algehele economische activiteit van de groep kwam daarom ook niet aan bot.

5.2 Het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkoop binnen concernverhouding

Het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelentransacties binnen concernverhoudingen blijkt uit voorgaande jurisprudentie veel te leunen op de beoordeling van de gemaakte kosten als directe- of algemene kosten. Voor de zaak AB SKF was het nog vrij onduidelijk of de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop als algemene kosten konden kwalificeren. Uit het BLP-arrest werd geconcludeerd dat dit niet het geval was, waarna het Kretztechnik-arrest de deur op een kier zette, omdat bij de uitgifte van aandelen wel sprake was van een kwalificatie van de gemaakte kosten als algemene kosten.

5.2.1 Het recht op aftrek van voorbelasting in de zaak AB SKF

Voor het AB SKF-arrest leek de veronderstelling te zijn dat de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop in overtuigende mate een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de verkoop van de aandelen. Immers, de kosten worden gemaakt voor de uitgaande prestatie van de aandelenverkoop. Dit bleek ook uit het BLP-arrest, alleen in die zaak werd zonder meer uitgegaan van een aantal feiten waardoor in die zaak eigenlijk enkel de behandeling als algemene kosten aan de orde

¹⁰⁷ Swinkels, J.J.P., (2010), BNB 2010/251

¹⁰⁸ Merckx, M.M.W.D., (2018), BNB 2019/10

kwam en niet de beoordeling van de kosten of deze als directe- of algemene kosten moesten worden behandeld. Uit rechtsoverweging 61 van het AB SKF arrest blijkt de veronderstelling dat de kosten verband hebben met de aandelenverkoop als uitgaande prestatie volgens het Hof in onderhavige zaak ook zeker waar te zijn, maar kunnen de kosten toch deel uitmaken van de algemene kosten van de onderneming wanneer deze geen onderdeel van de prijs zijn van de uitgaande prestatie waar ze op zien.¹⁰⁹ Het Hof oordeelt uiteindelijk dat door de nationale rechter moet worden beoordeeld of in deze zaak sprake is van algemene- of directe kosten.

Het Hof haalt de standaardarresten *Midland Bank*¹¹⁰ en *Investrand*¹¹¹ met betrekking tot de directe kosten aan om het belang van de verrekening van de kosten in de prijs aan te geven. De verdere theorie omtrent de algemene kosten wordt daarna geïntroduceerd door middel van deze twee zaken en wederom wordt, net als bij de kwalificatie van de economische activiteit van de aandelenverkoop, de zaak *Kretztechnik* uit 2005 hierbij betrokken¹¹². In de zaak *Kretztechnik* werd geoordeeld dat een niet-economische activiteit toch voor recht van aftrek kan zorgen als de gemaakte kosten in verband staan met de algehele economische activiteit van de groep. Deze lijn wordt doorgetrokken in de zaak *AB SKF*, waar het in de plaats van een niet-economische activiteit gaat om een vrijgestelde prestatie.¹¹³

Dat het Hof eerst oordeelt dat duidelijk is dat er een ‘rechtstreekse betrekking’ van de kosten is op de aandelenverkoop, om vervolgens uit te spreken dat moet worden onderzocht of de kosten niet tot de algemene kosten behoren, is niet vreemd. De kern van deze uitspraak is het gegeven dat de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop geen onderdeel van de prijs van de aandelen zijn. Uit de kernarresten *Midland Bank* en *Investrand* volgt dan dat het onderdeel van de prijs zijn van de kosten van groot belang is in de beoordeling van de kosten als directe- of algemene kosten. Zodra deze geen onderdeel zijn van de prijs van de uitgaande prestatie en daardoor wel in de prijs van de algemene economische activiteit van een ondernemer zitten, kan worden gesproken van algemene kosten. De uiteindelijke beslissing door het Zweedse hooggerechtshof betreffende de verwijzing van de zaak *AB SKF* was dat de kosten niet als algemeen konden worden beschouwd omdat een rechtstreeks en onmiddellijk verband aanwezig was met de aandelenverkoop.¹¹⁴ Bij de interpretatie van deze uitspraak moet wel in aanmerking worden genomen dat deze werd gedaan door een groep van vijf Zweedse rechters waarvan drie tegen de kwalificatie als algemene kosten waren en twee voor de kwalificatie als algemene kosten, en daarbij volledige aftrekrecht voor *AB SKF*, waren.

¹⁰⁹ Redactie Vakstudie Nieuws, (2009), Zaak AB SKF, V-N 2009/56.13

¹¹⁰ HvJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, rechtsoverweging 57 met verwijzing naar HVJ 8-6-2000, C-98/98, *Midland Bank*

¹¹¹ HvJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, rechtsoverweging 57 met verwijzing naar HVJ 8-2-2007, C-435/05, *Abbey National*

¹¹² HvJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, rechtsoverweging 57 met verwijzing naar HVJ 26-05-2005, C-465/03, *Kretztechnik*

¹¹³ Rechtsoverwegingen 68, 69 en 70

¹¹⁴ SE: SAC, 24 juni 2010, Case RA 2010, ref. 56

Hoe dan ook is de geschiedenis van het geschil van AB SKF met de Zweedse belastingdienst interessant. In de zaak van AB SKF tegen de belastingdienst waaruit de prejudiciële vragen kwamen voor het Hof van Justitie werd namelijk geoordeeld dat AB SKF volledig recht op aftrek van voorbelasting had op de gemaakte kosten bij de verkoop. Dit onderbouwde het Zweedse Hoogerechtshof met het gegeven dat de kosten op geen enkele manier onderdeel waren van de prijs van de verkochte aandelen. De belastingdienst was het hier niet mee eens en het Hof van Justitie moest uitleggen hoe deze situatie behandeld moet worden. Deze verwees op haar beurt de beslissing betreffende de beoordeling van de kosten als directe- of algemene kosten naar het hooggerechtshof met een gedeeltelijke uitleg.

Het Hoogerechtshof komt in deze verwijzingszaak met een wellicht verrassende, volledige andere dan voorheen en korte uitleg. Voor de door AB SKF in de eerste zaak met de Zweedse belastingrechter ingeleverde bewijsstukken aangegeven kosten oordeelde het Hoogerechtshof dat deze kosten een direct en onmiddellijk verband hadden met de vrijgestelde aandelenverkoop door AB SKF en daardoor de btw op deze kosten niet aftrekbaar was. Het ging hierbij om kosten die waren gemaakt voor onder andere waarderingen van de deelneming, assistentie bij de onderhandelingen omtrent de verkoop van de deelneming, litigieuze diensten betreffende contracten, een financiële due diligence en “een compensatie aan marktparticipanten die hebben geassisteerd in het volmaken van de verkoop door potentiële klanten te sturen”.¹¹⁵ Verdere onderbouwing voor deze beslissing wordt in het arrest niet gegeven. Problematisch is dat daarbij het onderdeel zijn van de kosten van de prijs van de aandelen niet wordt benoemd. De onderbouwing van het vermeende rechtstreekse en onmiddellijke verband is dus summier. Wel wordt in de uitspraak aangegeven dat de rechters Ståhl en Saldén Enérus van het Zweedse Hoogerechtshof het niet eens zijn met deze beslissing. Zij zijn van mening dat kosten gemaakt bij aandelentransacties waarbij de opbrengsten worden gebruikt voor verdere economische activiteit van de groep doorgaans wel moeten kwalificeren als algemene kosten. Wederom is daarbij het niet onderdeel zijn van de kosten van de prijs van de aandelen doorslaggevend voor deze rechters. Zij zijn daarom van mening dat de eerste uitspraak van het Hoogerechtshof in stand zou moeten blijven.

Wanneer wordt gekeken naar de manier waarop het Hof de beoordeling van de kosten verwijst naar de Zweedse rechter is deels duidelijk wat de mening van het Hof betreffende de kwalificatie van de kosten als directe- of algemene kosten is. Het Hof benoemt namelijk specifiek in rechtsoverweging 64 op basis

¹¹⁵ SE: SAC, 24 juni 2010, Case RA 2010, ref. 56

van de arresten Midland Bank¹¹⁶, Abbey National¹¹⁷, Cibo participations¹¹⁸ en Securenta¹¹⁹ dat zij in deze eerdere zaken herhaaldelijk recht op aftrek heeft verleend bij adviesdiensten voor financiële handelingen die rechtstreek behoren tot de economische activiteiten van de belastingplichtigen. Aangezien het Hof in de eerdere beoordeling van de aandelenverkoop heeft aangegeven dat deze een economische activiteit is geeft dit aan dat het Hof zeer waarschijnlijk van mening is dat recht op aftrek op zijn plaats is in onderhavige situatie. Doordat het Hof niet de volledige informatie heeft over de kosten en van mening is dat de lidstaten de problematiek omtrent de directe- en algemene kosten via de nationale rechtspraak nu zelf af kunnen doen, doet zij verder geen uitspraak. Ook al beslist het Zweedse Hooggerechtshof uiteindelijk dat de specifiek genoemde kosten in de AB SKF-zaak moeten worden gezien als directe kosten, kan worden geconcludeerd dat de mogelijkheid aanwezig is dat de btw op gemaakte kosten aftrekbaar is bij een aandelenverkoop die is vrijgesteld via de leer van de algemene kosten.

De kern die kan worden opgemaakt uit het arrest van het Hof van Justitie betreffende AB SKF, is dat het Hof van mening is dat de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop van een deelneming niet zonder meer een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop wanneer deze kosten geen onderdeel zijn van de prijs van de aandelen. Bij aandelenverkopen moet dus worden uitgezocht of de gemaakte advieskosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de algemene bedrijfsactiviteit van de ondernemer en daarmee kunnen kwalificeren als algemene kosten.

5.2.2 Het recht op aftrek van voorbelasting in de zaak C&D Foods Acquisition

In het C&D Foods Acquisition is de gestelde prejudiciële vraag enkel gericht op het verduidelijken van het recht op aftrek van voorbelasting voor de btw op de gemaakte kosten. Het Hof doet deze vraag af door uitgebreid antwoord te geven op de vraag of de aandelenverkoop een economische activiteit is, om vervolgens de beoordeling van de kosten in één zin af te doen. De btw op de gemaakte litigieuze diensten is niet aftrekbaar. Een beoordeling van de samenhang van deze kosten met de algemene economische activiteit van de groep komt daarbij niet meer aan de orde. Dit is mede het geval omdat het Hof bij de beoordeling van de aandelenverkoop als economische activiteit de verkeerde jurisprudentie gebruikt die eigenlijk betrekking heeft op de beoordeling van de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop, namelijk rechtsoverweging 24 van de zaak Becker.¹²⁰

¹¹⁶ HvJ 08-06-2000, C-98/98, Midland Bank

¹¹⁷ HvJ 22-02-2001, C-408/98, Abbey National

¹¹⁸ HvJ 27-09-2001, C-16/00, Cibo Participations

¹¹⁹ HvJ 13-03-2008, C-437/06, Securenta

¹²⁰ HvJ 21-02-2013, C-104/12, Becker

Uit de beoordeling van het Hof op de vraag of de aandelenverkoop een economische activiteit is kan wel duidelijk worden opgemaakt wat de conclusie zou zijn geweest als het Hof het rechtstreekse en onmiddellijke verband van de directe- en algemene kosten had moeten beoordelen. Het Hof vindt niet dat de gemaakte kosten een voldoende verband hebben met de algehele economische activiteit van de onderneming dat deze moeten worden gezien als algemene kosten. Door de schijnbaar verkeerde toets die het Hof uitvoert bij de beoordeling van de economische activiteit, toetst het Hof niet of de gemaakte kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop. Het Hof lijkt deze mening wel te hebben in de uitspraak, blijkt uit de slotzin van rechtsoverweging 39, die volgt op de eerdere beslissing dat de aandelenverkoop geen economische activiteit is. “Hieruit volgt dat de btw over de litigieuze diensten niet aftrekbaar is” zegt het Hof. Dit lijkt de mening van het Hof van een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de verkoop en de kosten ook gelijk te duiden.

Zoals ook blijkt uit het de zaak Kretztechnik, is het voor kosten die worden gemaakt bij een niet-economische activiteit maar wel een bepaalde samenhang hebben met algemene economische activiteit van de groep mogelijk om te kwalificeren als algemene kosten. Aangezien de toets betreffende de economische activiteit en de toets betreffende de beoordeling van de gemaakte kosten in de zaak C&D Foods worden verstrengeld, lijkt het alsof voorbij wordt gegaan aan deze mogelijkheid. Uit de beoordeling van het Hof betreffende de economische activiteit van de aandelenverkoop kan echter worden opgemaakt dat de gemaakte kosten volgens het Hof een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop, ook al is deze geen economische activiteit.

Het is jammer dat het Hof deze toets verder niet uitvoert. Als objectief wordt gekeken naar de situatie van het C&D Foods Acquisition-arrest is duidelijk dat de enige reden van de verkoop van de deelneming is dat de bank de schuld aan zichzelf met de opbrengsten van de aandelenverkoop kan aflossen. Alle samenhang tussen de aandelenverkoop en daarmee de gemaakte kosten met de algemene economische activiteit is daarmee uitgesloten. Had het Hof deze toets uitgevoerd, dan was de onduidelijkheid betreffende de aftrek van btw op gemaakte kosten bij een aandelenverkoop op z'n minst in minimale mate verminderd. Het rechtstreekse en onmiddellijke verband van deze kosten met de aandelenverkoop wordt in de uitspraak van het C&D Foods Acquisition-arrest nu vrijwel volledig overgeslagen. De zaak wordt nu simpelweg afgedaan met een uitspraak die lijkt op ‘het is zo omdat ik dat zeg’, terwijl het Hof de ruimte had om een duidelijke en redelijke onderbouwing van de behandeling van de kosten te geven.

5.3 De problemen na de zaak C&D Foods Acquisition

Zoals uit de eerder besproken theorie, het AB SKF-arrest en het C&D Foods-arrest naar voren komt is de discussie betreffende de beoordeling van de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop als directe- of algemene kosten het grootste struikelpunt richting het verduidelijken van de btw op deze kosten. Het

onderdeel dat doorslaggevend blijkt te zijn bij de aandelenverkoop is de samenhang tussen de gemaakte kosten en de algemene economische activiteit van de groep, ook wanneer de verkoop wordt gedaan door een moeiende houdstervennootschap. De verwarring bij de beslissing van het Hof in de C&D Foods zaak betreffende de economische activiteit slaat over naar de bepaling van het recht op aftrek doordat aspecten van dit laatste zijn meegenomen in de toets van de economische activiteit.

De vraag die snel opkomt, is de vraag waarom een aandelenaankoop door een houdstervennootschap gebaseerd op arresten zoals Marle participations en Ryanair zoveel makkelijker binnen de btw valt en daarbij volledig recht op aftrek krijgt dan bij een aandelenverkoop. De samenhang tussen de gemaakte kosten en de algemene economische activiteit van de groep lijkt bij een aandelenaankoop veel minder aan bod te komen. Deze schijn is echter geen werkelijkheid. Ten eerste omdat bij een aandelenaankoop het moeien in de toekomst zal worden gedaan en daarmee de gemaakte kosten bij een aandelenaankoop in verband staan met een latere uitgaande prestatie die op zichzelf kan worden gezien als de economische activiteit van een ondernemer. Ten tweede staan de kosten bij een aandelenaankoop voor de btw dus niet in verband met de aandelentransactie aangezien die geen uitgaande prestatie is, terwijl dit bij een aandelenverkoop wel het geval is.¹²¹ Het is daarmee ook logisch dat de behandeling van het aftrekrecht verschillend is tussen een aankoop en een verkoop. Bij een aankoop is de ondernemer immers de afnemer van een dienst of goed, terwijl het bij de verkoop juist de verlener of leverancier is.

Wel kunnen de kosten bij een aandelenaankoop en -verkoop op een andere manier langs elkaar worden gelegd. Kosten die worden gemaakt voor een aandelenaankoop komen niet in aanmerking voor een btw-behandeling als deze puur zien op de aandelenaankoop. Een aandelenaankoop is immers geen economische activiteit. Wel kan worden beargumenteerd dat de kosten worden gemaakt betreffende de latere prestatie die voortkomt uit de aandelenaankoop, namelijk het moeien in de gekochte onderneming. Op deze manier hebben de kosten toch een samenhang met de economische activiteit van een ondernemer. Wat van belang is betreffende de vergelijking tussen de behandeling van kosten bij de aan- en verkoop van aandelen is dat de economische activiteit van het moeien een ‘ondersteunende activiteit’ van de algemene economische activiteit van de groep is. Dit is nou net wat doorslaggevend is bij de behandeling van kosten die worden gemaakt bij een aandelenverkoop. De aandelenverkoop is op zichzelf niet meer van belang voor de beoordeling van de gemaakte kosten als een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de gemaakte kosten en de latere algemene economische activiteit van de groep.

¹²¹ Toet, M.J.M.A., (2018) C&D Foods Acquisition: geen aftrek btw op kosten voor voorgenomen verkoop aandelen kleindochter, NTFR 2018/2886

Wat hieruit kan worden opgemaakt is dat het bij aan- en verkopen van aandelen bij de beoordeling van de gemaakte kosten eigenlijk om hetzelfde probleem gaat. De kosten moeten in verband staan met de algemene economische activiteit van de ondernemer. Dit blijkt ook uit de uitspraken van het Hof van Justitie betreffende de aftrekbaarheid van btw op gemaakte kosten bij aandelenaankopen. In alle zaken oordeelt het Hof dat de kosten moeten worden behandeld als algemene kosten, en daarmee dus een verband moeten tonen met de algehele economische activiteit van de groep. Het enkele verschil tussen de beoordeling van de algemene kosten tussen aan- en verkopen van aandelen is dat het bij een houdstervennootschap die gaat moeien in de aangekochte deelneming vrijwel altijd zo is dat de kosten een verband hebben met de algemene economische activiteit van de ondernemer aangezien het om het moeien in de deelneming gaat. Zoals blijkt uit de bespreking van de arresten AB SKF en C&D Foods Acquisition is het een veel moeilijker opgave om te de kosten te laten kwalificeren als met een rechtstreeks en onmiddellijk verband met de algemene economische activiteit van de groep. Dat de kosten bij een aandelenverkoop anders worden behandeld dan bij een aandelenaankoop is echter dus een onjuiste constatering. Dezelfde toets wordt ingesteld.

Waar het uiteindelijk misgaat betreffende de verduidelijking voor de aftrekbaarheid van voorbelasting bij aandelenverkopen is dat geen duidelijk kader wordt gegeven van wat nou precies een voldoende verband is tussen de gemaakte kosten en de algemene economische activiteit van de ondernemer. Vooralsnog heeft het Hof enkel aangegeven per situatie of deze in aanmerking komt voor een beoordeling als algemene kosten, of dat deze beoordeling niet eens aan de orde was. Dit laatste gebeurde vooral in de zaken BLP en C&D Foods. In deze zaken was het Hof kort in de uitspraak en gaf het aan dat een rechtstreeks en onmiddellijk verband aanwezig was tussen de kosten en de aandelenverkoop die niet binnen de btw viel. De vraag of het in die gevallen om algemene kosten ging kwam daarom ook niet expliciet aan de orde. Het kan worden betwijfeld of dit een juiste manier van afhandelen was door het Hof. Als de gemaakte kosten geen onderdeel zijn van de prijs is het namelijk eigenlijk niet mogelijk om de kosten als direct te kwalificeren blijkt uit de arresten Midland Bank en Investrand. In de zaak C&D Foods arrest waren de gemaakte kosten geen onderdeel van de prijs van de aandelen. Het is daarnaast ook zeker mogelijk om bepaalde kosten als algemene kosten te kwalificeren als deze ogenschijnlijk in eerste instantie worden gemaakt voor een vrijgestelde of niet-belaste prestatie zolang deze kosten niet in de prijs van de uitgaande vrijgestelde of niet-belaste prestatie worden verrekend blijkt uit de zaken Kretztechnik en AB SKF.

Het bekende gegeven dat de bank enkel de aandelenverkoop deed om de schuld aan zichzelf af te lossen is een duidelijke en geldige reden waarom het Hof vond dat de kosten voor de adviesdiensten enkel zien op de aandelenverkoop en niet op de economische activiteit van de groep. Wederom is het daarom teleurstellend dat het Hof de beoordeling van het rechtstreekse en onmiddellijke verband van kosten met de aandelenverkoop zo summier onderbouwt. Een uitgebreide onderbouwing betreffende dit

verband zou ook voor de situaties dat wel moet worden beoordeeld of de kosten kwalificeren als algemene kosten van waarde zijn. Het benoemen van de enkele motivering van de bank om de aandelen te verkopen gebeurt nergens in de zaak, ook niet betreffende de economische activiteit. Deze motivering, dan wel oorzaak of doel, is een belangrijk aspect dat dient te worden belicht bij de beoordeling van de samenhang tussen gemaakte kosten bij een aandelenverkoop en de economische activiteit van de groep. Het Hof lijkt nu koste wat het kost aftrek van btw op de gemaakte kosten te blokkeren, waarschijnlijk omdat het van mening is dat in dergelijke situaties misbruik zou worden gemaakt van het recht op aftrek wanneer het zou worden toegekend. Om dit tegen te gaan wordt nu ook voor het recht van aftrek van voorbelasting aangesloten bij het verband tussen de aandelenverkoop en de economische activiteit van de groep, in plaats van het verband tussen de gemaakte kosten en de aandelenverkoop of de algemene activiteit van de groep. En dat is geen correcte toets.

5.4 Suggestie oplossing recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkoop

De kern van alle problematiek omtrent de het recht op aftrek van voorbelasting op de kosten bij de aandelenverkoop die voortkomt uit de zaak C&D Foods Acquisition ligt in de volgorde en de manier waarop het Hof de economische activiteit in combinatie met het recht op aftrek beoordeelt. De manier waarop dit nu gebeurt zorgt voor een situatie waarbij de aandelenverkoop als economische activiteit en het recht op aftrek van voorbelasting niet meer los van elkaar kunnen worden beoordeeld. Dit zorgt op zijn beurt weer voor problemen bij de beoordeling van het recht op aftrek van voorbelasting op de kosten. De criteria uit de arresten Midland Bank en Securenta betreffende onder andere het onderdeel zijn van de kosten van de prijs van de uitgaande prestatie worden op de in de zaak C&D Foods gebruikte manier deels overgeslagen. Dit gebeurt omdat het Hof eigenlijk te vroeg voor de kosten oordeelt of deze voldoende samenhang hebben met de algehele economische activiteit, namelijk al tijdens de beoordeling van de aandelenverkoop als activiteit. Het Hof wilde uiteraard geen recht op aftrek van voorbelasting toestaan omdat de aandelenverkoop in haar ogen niks te maken had met de algehele economische activiteit. De verkoop werd alleen gedaan om de schuld aan de nieuwe eigenaar af te lossen.

Wellicht was het Hof bang dat als dezelfde manier van beoordelen werd gebruikt als in de zaak AB SKF, de uitkomst van de zaak zou betekenen dat in de zaak C&D Foods Acquisition recht op aftrek van voorbelasting zou krijgen, en wilde zij dit ten strengste voorkomen. Het criterium van de uitsluitende oorzaak in de economische activiteit heeft daarom veel weg van een soort antimisbruikbepaling. Daar is in principe niks mis mee, activiteiten die geen band hebben met de economische activiteit van de ondernemer horen niet voor recht op aftrek van voorbelasting te zorgen. De manier waarop deze bepaling nu aan de beoordeling van de economische activiteit en recht op aftrek van voorbelasting wordt toegevoegd is echter problematisch voor de beoordeling van het recht op aftrek bij situaties

waarbij het helemaal niet zeker is of misbruik wordt gemaakt van het btw-aftrekrecht. Uit de uitspraak van het Hof in de zaak C&D Foods Acquisition lijkt nu bijvoorbeeld geconcludeerd te kunnen worden dat litigieuze diensten een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop. Dit komt echter niet overeen met de regels omtrent de beoordeling van de directe- en algemene kosten, aangezien niet kan worden onderbouwd dat de kosten onderdeel zijn van de prijs van de aandelen.

Het terugbrengen van de volgorde van de beoordeling van de economische activiteit en het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten, zoals onder andere in het arrest AB SKF gebeurde, kan uitkomst bieden betreffende de onduidelijkheid van de aftrekbaarheid van de btw op de gemaakte kosten bij aandelenverkopen. Dit kan wanneer een extra stap aan het einde van de beoordeling wordt toegevoegd in de vorm van een soort antimisbruikbepaling. De kern van de onduidelijkheid betreffende het recht op aftrek van voorbelasting op gemaakte kosten bij aandelenverkopen en de beoordeling van deze kosten als algemene kosten ligt in de samenhang van de aandelenverkoop en kosten met de algehele economische activiteit van de ondernemer of de groep. Als enkel wordt aangesloten bij de criteria zoals, in onder andere Midland Bank en Securenta, zijn geïntroduceerd door het Hof van Justitie kan dit betekenen dat bepaalde aandelenverkopen waarbij geen voldoende verband aanwezig is met de algehele economische activiteit, zoals in het C&D Foods-arrest, toch kan worden gerekend op recht op aftrek van voorbelasting omdat de kosten bijvoorbeeld geen onderdeel zijn van de prijs van de aandelen. Dit is de situatie die het Hof probeert te bestrijden met de uitspraak in het C&D Foods Acquisition-arrest, alleen doet zij dit op een manier die de volledige beoordeling juist uitermate verwarrend maakt.

Om deze verwarring op te lossen is het dus essentieel dat de toets van het verband van de aandelenverkoop met de economische activiteit van de ondernemer en de toets van het verband van de kosten met de aandelenverkoop of juist de algemene economische activiteit van de groep los van elkaar worden getrokken. In de zaak C&D Foods Acquisition ziet de toets van de directe oorzaak in de economische activiteit nu ook gelijk op de beoordeling of de gemaakte kosten kunnen worden gezien als directe- of algemene kosten. Dit behoort niet het geval te zijn. Dit kan opgelost worden door een bepaalde vorm van het 'directe oorzaak vinden in de economische activiteit'-criterium toe te voegen aan de beoordeling van de gemaakte kosten als directe- of algemene kosten. Dit zou op meerdere manieren kunnen.

Een voorbeeld hiervan is dat, voor het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen, een 'tenzij'-criterium wordt toegevoegd aan het einde van de volledige beoordeling van de aandelenverkoop als economische activiteit en die van het recht op aftrek van voorbelasting van de gemaakte kosten. Dit 'tenzij'-criterium zou dan bestaan uit de beoordeling of de aandelenverkoop echt niet de samenhang heeft met of de uitsluitend directe oorzaak vindt in de algehele economische activiteit. Als wordt voldaan aan dit 'tenzij'-criterium wordt geen recht op aftrek van voorbelasting verleend. Dit criterium

ligt dichtbij het criterium van de uitsluitende oorzaak van de aandelenverkoop in economische activiteit zoals het Hof in de zaak C&D Foods Acquisition heeft geïntroduceerd, alleen ziet deze specifiek op het recht op aftrek. Het veranderen van dit criterium naar een negatief criterium zorgt daarbij voor de mogelijkheid om dit criterium als stok achter de deur te gebruiken, zoals bij bijvoorbeeld de situatie dat een aandelenverkoop enkel wordt gedaan om een schuld af te lossen wat gebeurde in de zaak C&D Foods Acquisition. Op deze manier kan de leer van de algemene kosten zoals deze in de kernarresten uiteen is gezet, zonder onduidelijkheid voortbestaan.

Hoe dit in zijn werk zal gaan is als volgt. Ten eerste wordt de beoordeling van de economische activiteit gedaan. Dit gaat volgens de bekende regels betreffende aandelentransacties zoals in het desbetreffende hoofdstuk van dit onderzoek is uiteengezet. Voor de beoordeling van het latere recht op aftrek van voorbelasting maakt het in dit geval door de toevoeging van het tenzij-criterium niet veel uit of het criterium van de directe oorzaak een onderdeel is van de beoordeling van de economische activiteit. Of de aandelenverkoop wordt gezien als een niet-economische activiteit of als een economische activiteit maakt namelijk niet uit. Zodra de aandelenverkoop als een economische activiteit wordt aangemerkt wordt deze namelijk vrijgesteld onder de vrijstelling van artikel 135, lid 1, sub f van de BTW-richtlijn en daarmee ook onder de vrijstelling van artikel 11 lid 1, sub i, onderdeel 2 van de wet OB. In beide gevallen is de aandelenverkoop dus onbelast. In het AB SKF-arrest sprak het Hof van Justitie uit dat het recht op aftrek bij een aandelenverkoop die is vrijgesteld en een aandelenverkoop die buiten de werkingssfeer van de btw valt, gelijk moet zijn ten behoeve van de fiscale neutraliteit.¹²² De behandeling van de zaak Kretztechnik is onderdeel van de onderbouwing van dit punt en laat zien dat gemaakte kosten ook onderdeel van de algemene kosten kunnen zijn als de uitgaande prestatie waarmee ze in eerste instantie een verband leken te hebben een niet-economische activiteit is.

In beide gevallen wordt dan beoordeeld of de gemaakte kosten kwalificeren als directe kosten. Hierbij wordt dan volgens de bekende regels gekeken naar de rechtstreekse en onmiddellijke verband van de gemaakte kosten met de aandelenverkoop. Het onderdeel zijn van de kosten van de prijs van de aandelen is daarbij van groot belang. Is dit rechtstreekse en onmiddellijke verband aanwezig tussen de kosten en de aandelenverkoop, resulteert dit in een uitsluiting van het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop. De kosten zijn dan immers enkel gemaakt voor een niet-belaste of vrijgestelde activiteit. Zodra het rechtstreekse en onmiddellijke verband niet aanwezig is met de aandelenverkoop kan worden gekeken naar het rechtstreekse en onmiddellijke verband met de gehele economische activiteit van de groep. Hierbij wordt dan de gebruikelijke beoordeling van algemene kosten toegepast. Hierbij moet worden onderzocht of onder andere de gemaakte kosten

¹²² HVJ 29-10-2009, C-29/08, AB SKF, rechtsoverweging 66

onderdeel zijn van de prijs van de andere uitgaande prestaties van de ondernemer. In deze beoordeling komt het eerdergenoemde ‘tenzij’-criterium naar voren.

Als blijkt dat in een situatie het doel van de aandelenverkoop geen zodanig verband heeft met de economische activiteit van de ondernemer of groep, dan wordt het recht op aftrek voor de gemaakte kosten uitgesloten. Hierbij moet worden gedacht aan situaties waar in feite misbruik gemaakt wordt van de mogelijkheid om de btw op de gemaakte kosten af te trekken, wanneer het doel van de aandelenverkoop geen verband heeft met de economische activiteit van de ondernemer of groep. Wanneer een dergelijke situatie aanwezig is zal moeten blijken uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie in de toekomstige zaken betreffende het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij aandelenverkoop. De kosten die onder het uitsluitel van het recht op aftrek vallen, kunnen dan worden onderscheiden door de vraag te beantwoorden of de kosten gemaakt zouden zijn in het geval dat de aandelenverkoop niet geïnitieerd zou zijn. In dat geval worden zowel de kosten met een rechtstreeks en onmiddellijk verband met de aandelenverkoop als kosten die via de regels van de directe kosten niet een dergelijk verband hebben, uitgesloten van het recht op aftrek van voorbelasting. Op deze manier krijgen alleen houdsters waarvan de aandelenverkoop en/of de gemaakte kosten een voldoende verband hebben met de algehele economische activiteit van de houder of groep de mogelijkheid om de btw op de gemaakte kosten in aftrek te brengen. Misbruiksituaties kunnen hun doorgang zo niet vinden. Houdsters die een aandelenverkoop doen die niet binnen de werkingssfeer van de btw valt, maar waarvan de gemaakte kosten wel een duidelijk verband hebben met de economische activiteit kunnen zo toch recht op aftrek van voorbelasting krijgen.

De onzekerheid voor belastingplichtigen na de zaak C&D Foods Acquisitions zou door deze antimisbruikregel betreffende de beoordeling van de verkoop als economische activiteit in aanzienlijke mate worden verminderd. Deze beoordeling wordt immers losgekoppeld van de verkeerd gebruikte jurisprudentie uit de zaak Becker. De zekerheid betreffende het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten zal afhangen van de beoordeling van het Hof van Justitie van de omstandigheden van de verkoop als mogelijke misbruik. Het kader van deze beoordeling is vooralsnog niet duidelijk en deze antimisbruikregel zorgt daarbij dan ook niet direct voor zekerheid betreffende het aftrekrecht. Het geeft wel ruimte aan het Hof om het kader van de beoordeling van situatie als misbruik los te bekijken van de regels betreffende de verkoop als economische activiteit en de regels omtrent de gemaakte kosten als directe- of algemene kosten. Dit zorgt voor een eenvoudigere beoordeling door het Hof die op den duur kan zorgen voor een duidelijke regel betreffende het blokkeren van het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij aandelenverkoop wanneer dit aftrekrecht niet gewenst is.

5.5 Conclusie recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkoop

Het Hof heeft in het AB SKF-arrest duidelijk aangegeven dat de btw op de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop op recht op aftrek kan rekenen zodra deze kwalificeren als algemene kosten, onder de aanname dat er sprake is van een economische activiteit die belast is. Het heeft daarmee duidelijk gemaakt dat de kosten bij een aandelenverkoop dus niet per se een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop. Deze kosten zijn onderworpen aan dezelfde criteria als de kosten voor andere handelingen door de ondernemer, en moeten daardoor onder andere onderdeel zijn van de prijs van de uitgaande prestatie om te kunnen kwalificeren als directe kosten. Uitsluitel over de beoordeling van de gemaakte kosten bij de aandelenverkoop als vrijgestelde activiteit verwees het Hof naar het Zweedse Hoogerechtshof. Deze verwijzing geeft aan dat het Hof van mening is dat het ook voor een aandelenverkoop die is vrijgesteld kan betekenen dat gemaakte kosten kunnen kwalificeren als algemene kosten.

Het C&D Foods-arrest zorgde voor meer verwarring betreffende de aftrekbaarheid van de btw op gemaakte kosten bij aandelenverkopen. Het Hof ging hier zonder echt duidelijke uitleg snel over op een kwalificatie van de gemaakte kosten als direct met als gevolg dat de btw op deze kosten niet aftrekbaar is. Hierdoor blijft na deze zaak veel onduidelijk over de beoordeling van de kosten bij aandelenverkopen als direct of algemeen. Het Hof zal in haar komende arresten betreffende het recht op aftrek bij aandelenverkopen duidelijkheid moeten verschaffen over de beoordeling van de gemaakte kosten. Dat kosten kunnen kwalificeren als algemeen heeft het Hof eerder uitgesproken, uitleggen hoe deze beoordeling bij aandelenverkopen moet geschieden is de volgende stap die het Hof kan zetten. Een mogelijke oplossing zou zijn om aan de beoordeling van de algemene kosten een soort antimisbruikbepaling toe te voegen die situaties zoals in het C&D Foods-arrest tegenhoudt.

Hoofdstuk 6: Suggestie Nederlands beleid

In dit hoofdstuk wordt een suggestie gegeven voor verandering in het Nederlandse beleid betreffende de beoordeling van een aandelenverkoop als economische activiteit door een houdstervennootschap en de beoordeling betreffende het recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij deze aandelenverkoop. Het huidige beleid is gebaseerd op het eerder besproken besluit van de staatssecretaris uit 2004 genaamd Heffing van omzetbelasting met betrekking tot de verkoop van aandelen CPP2004/1709M.

Uit de in de vorige hoofdstukken besproken zaken van het Hof van Justitie blijkt dat veel onduidelijkheid bestaat over de behandeling van aandelenverkopen in de btw en de behandeling van het aftrekrecht van de btw op de kosten die worden gemaakt betreffende die aandelenverkopen. Het is daarom gewenst dat de Nederlandse overheid een duidelijke beoordeling introduceert voor de behandeling van deze twee zaken binnen de perken van het gewenste recht van het Europese btw-systeem. Dit zorgt voor een efficiëntere omgang met de situaties die nu voor problemen zorgen en voor een grotere rechtszekerheid voor belastingplichtigen.

Een belangrijk aspect om kort te belichten is dat bovengenoemd besluit gebaseerd is op de zaken van HR 14 maart 2003, nr. 38253 en HR 9 juli 2004, nr. 38026.¹²³¹²⁴ In deze zaken werd gebaseerd op vooral het *Cibo Participations* arrest besloten dat de verkoop van aandelen een economische activiteit was door het moeten door de houdstermaatschappij die de verkoop doet. Daarbij werd ook geoordeeld dat volledig recht op aftrek van btw op de gemaakte kosten bestond omdat de kosten als algemeen behoren te kwalificeren. Wederom was dit gebaseerd op de overtuigingen omschreven in het *Cibo Participations* arrest, namelijk het onderdeel zijn van de kosten van de prijs van de uitgaande prestatie. Het probleem bij de basis van het besluit in deze zaak is dat deze zaak niet over verkopen maar over aankopen van aandelen gaat. Zoals blijkt uit de in de vorige hoofdstukken besproken jurisprudentie zijn dit niet per se vergelijkbare situaties. Dat het huidige beleid nog wel eens de plank mis zou kunnen slaan, is dan ook niet uitgesloten.

¹²³ Hilten, van, M.E., (2003), Ter zake van verkoop deelneming in rekening gebrachte omzetbelasting pro rata aftrekbaar, *BNB* 2003/197

¹²⁴ Hilten, van, M.E., (2004), Aftrek BTW, in rekening gebracht wegens verkoop/overdracht van de aandelen in een tot een fiscale eenheid behorende dochtervennootschap, *BNB* 2004/363

6.1 Suggestie btw-kwalificatie van een aandelenverkoop

Het huidige besluit uit 2004 beschrijft drie mogelijke situaties die zich voor kunnen doen bij een aandelenverkoop:

1. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn geen economische activiteiten.
2. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn economische activiteiten omdat deze handelingen worden verricht in het kader van een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschap waarin wordt deelgenomen en deze inmenging gepaard gaat met handelingen die aan de BTW zijn onderworpen.
3. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een holding zijn economische activiteiten, omdat deze handelingen worden verricht als handelaar.¹²⁵

Situatie 2 is de situatie in de AB SKF en C&D Foods Acquisition-zaken dat een houdstervenootschap die aandelen verkoopt van een deelneming waarin wordt gemeoid. Wat duidelijk naar voren is gekomen uit de C&D Foods-zaak, is dat het enkele moeien in een onderneming die wordt verkocht niet genoeg is om de aandelenverkoop te laten kwalificeren als economische activiteit. Het Nederlandse beleid betreffende deze situatie is derhalve achterhaald en dient te worden aangepast naar de uitspraak van het Hof van Justitie.

In het besluit moet worden aangepast dat deze situatie een economische activiteit is, enkel wanneer deze zijn uitsluitend directe oorzaak in de economische activiteit van de ondernemer of groep vindt. Gebeurt dit niet, zorgt dat voor problemen voor Nederlandse belastingplichtigen. Een besluit is een beschikking waar belastingplichtigen zich op kunnen beroepen om hun positie te onderbouwen tegenover de belastinginspecteur of de rechtbank. Nederlandse belastingplichtigen zullen zich beroepen op het besluit in de veronderstelling dat dit een geldende rechtsbasis heeft en ook handelen naar dat recht. Nederlandse moeiende houdsters zullen in dat geval ervanuit gaan dat een aandelenverkoop per definitie een economische activiteit is door het moeien in de deelneming. Het Europese recht, de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak C&D Foods Acquisition, prevaleert in dit geval echter boven het Nederlandse recht. Dit betekent dat een aandelenverkoop door een Nederlandse moeiende houdster niet per definitie een economische activiteit is terwijl deze houdster daar wel vanuit is gegaan. Dit zorgt voor onverwachte negatieve fiscale gevolgen bij deze houdsters. Zij zullen dan geen recht op aftrek van voorbelasting op gemaakte kosten hebben terwijl zij dat wel verwachtten bij het maken van de kosten. Uiteraard kan dit niet gezien worden als een nadeel, aangezien de houdster dus geen recht op aftrek van voorbelasting heeft. Dat de belastingplichtigen dat aftrekrecht wel verwachten, is een slechte zaak. Daarom behoort het besluit aangepast te worden. De delen betreffende de enkele

¹²⁵ Besluit van 3 augustus 2004, CPP2004/1709M, Punt 3

aandelenverkoop en de aandelenverkoop als effectenhandelaar behoeven geen verandering betreffende de aandelenverkoop als economische activiteit.

6.2 Suggestie recht op aftrek van voorbelasting bij een aandelenverkoop.

Het gedeelte betreffende de aftrekbaarheid van btw op gemaakte kosten bij een aandelenverkoop in dit besluit is verwarrender dan het gedeelte betreffende de aandelenverkoop als economische activiteit. De staatssecretaris spreekt bij de aftrekbaarheid over het binnen en buiten de onderneming plaatsvinden van een verkoop van de aandelen. Dit is een verwarrende terminologie en systematiek, aangezien deze eigenlijk alleen in dit besluit wordt gebruikt bij aandelenverkoop.

Deze terminologie zou voor de duidelijkheid en het gelijklopen met de Europese richtlijn en jurisprudentie kunnen worden veranderd. Om gelijk te lopen met het Europese recht is dit echter geen vereiste. De uitwerking van deze termen in het besluit is namelijk in lijn met wat het Europese recht voorschrijft, ook al kan deze wel als verwarrend worden gezien. Het ‘buiten de onderneming plaatsvinden’ van een aandelenverkoop in onderdeel a van het besluit lijkt hetzelfde te zijn als dat de verkoop zelf geen economische activiteit is en de verkoop en de gemaakte kosten geen samenhang vertonen met de algemene economische activiteit van de groep, zoals in de jurisprudentie wordt beschreven. Het ‘binnen het kader van de onderneming plaatsvinden’ lijkt hierbij te zien op de situaties dat de aandelenverkoop wel een economische activiteit is of dat deze een vrijgestelde prestatie is. Deze uitleg van de twee termen zou meer duidelijkheid geven voor belastingplichtigen bij de situaties waarop dit besluit van toepassing is.

De behandeling van een niet-economische activiteit, waarbij de gemaakte kosten wellicht wel een voldoende verband heeft met de algemene economische activiteit van de groep, is na de zaak C&D Foods vrij onduidelijk. Het Kretztechnik-arrest geeft ruimte voor een toevoeging in het besluit om deze kosten ook het recht op aftrek van voorbelasting te geven. De onduidelijkheid uit het C&D Foods Acquisition-arrest drukt echter de nood om het besluit op het algemene punt van het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkoop aan te passen. Daarbij is in het besluit niets bepaald betreffende de beoordeling van de kosten als directe- of algemene kosten, dus zal daarin geen aanpassing nodig zijn en zal deze verandering vooral in de rechtspraak aanwezig zijn. De Nederlandse overheid kan uiteraard ook niet op eigen houtje beleid gaan aanpassen naar bijvoorbeeld de suggestie die is gedaan in paragraaf 5.4 van dit onderzoek. De Nederlandse overheid moet daarom eerst afwachten wat het Hof van Justitie de komende tijd zal uitspreken in zaken betreffende aandelenverkoop. De Nederlandse interpretatie van het Hof is daarbij ook nog niet duidelijk, aangezien nog geen zaken betreffende het onderwerp zijn uitgesproken betreffende het onderwerp sinds de zaak C&D Foods Acquisition.

6.3 Conclusie suggestie Nederlands beleid

Het Nederlandse besluit betreffende de aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen loopt op het punt van de economische activiteit niet meer gelijk met het Europese recht. Dit zorgt voor problemen bij nationaal gebruik van dit besluit. Op het gebied van de moeiende houdster en de verlengstukgedachte moet hier een aanpassing plaatsvinden betreffende de directe oorzaak van de aandelenverkoop in de economische activiteit van de ondernemer of groep.

Betreffende het recht op aftrek kan de staatssecretaris ervoor kiezen om de gebruikte terminologie samen te trekken met de terminologie die wordt gebruikt in de Europese jurisprudentie. Dit is geen vereiste zolang het Nederlandse besluit dezelfde uitwerking heeft als de Europese wetgeving en jurisprudentie vereisen. Het besluit vergt verder geen aanpassing betreffende de beoordeling van kosten als directe- of algemene kosten, aangezien dit geen onderdeel is van het besluit maar van de jurisprudentie.

Hoofdstuk 7: Conclusie & discussie

In dit hoofdstuk wordt een samenvatting gegeven van het onderzoek wat in de voorgaande hoofdstukken is gedaan. Daarna wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag:

‘In hoeverre valt de verkoop van een deelneming door een houdstervennootschap binnen de btw en in hoeverre heeft de houdstervennootschap recht op aftrek van de btw op de gemaakte kosten bij de verkoop van de deelneming? Past dit binnen het btw-systeem en hoe moet het Nederlandse beleid eruitzien?’

Na de inleiding is in hoofdstuk 2 het huidige recht betreffende de aandelenverkoop als economische activiteit uiteengezet. Voor de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition was de veronderstelling dat een aandelenverkoop door een moeiende houdster in principe altijd een economische handeling was. Daarbij is het ook mogelijk dat de aandelenverkoop een economische activiteit is omdat de verkoop gedaan wordt in het kader van het bedrijfsmatig handelen in effecten. Als laatste is het voor de aandelenverkoop mogelijk om te kwalificeren als economische activiteit als deze een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van de economische activiteit van de ondernemer.

In het derde hoofdstuk is het recht op aftrek van voorbelasting op de kosten bij een aandelenverkoop uiteengezet. Hieruit blijkt dat het verband tussen de gemaakte kosten en de uitgaande prestatie van groot belang is. Een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de kosten en de aandelenverkoop zorgt ervoor dat de kosten kwalificeren als directe kosten en enkel op recht op aftrek van voorbelasting kunnen rekenen als de aandelenverkoop een belaste economische activiteit is. Als dit verband niet aanwezig is, kunnen de kosten alsnog op recht op aftrek van voorbelasting rekenen wanneer de kosten kwalificeren als algemene kosten en dus een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de algehele economische activiteit van een ondernemer of groep. Bij de directe kosten is het belangrijk dat de kosten onderdeel zijn van prijs van de aandelen, terwijl bij de algemene kosten het belangrijk is dat de kosten onderdeel zijn van de prijs van de andere uitgaande prestaties.

In Hoofdstuk 4 is uiteengezet wat de uitwerking van de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition is geweest op de aandelenverkoop als economische activiteit, en daarmee het antwoord gegeven op het eerste gedeelte van de onderzoeksvraag. Uit vooral de laatste zaak kan worden geconcludeerd dat de aandelenverkoop door een moeiende houdstervennootschap op zichzelf niet voldoende is om de aandelenverkoop te kwalificeren als een economische activiteit. Daarvoor is het vereist dat de verkoop zijn uitsluitende oorzaak vindt in de economische activiteit van de ondernemer of groep. Deze uitsluitende oorzaak past op zichzelf in het btw-recht, aangezien het een uitwerking is van het begrip ‘duurzame opbrengsten uit activiteiten die meer zijn dan de enkele verkoop van aandelen.’ De theorie omtrent de aandelenverkoop als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is daarbij na deze

jurisprudentie niet duidelijker geworden. De gehele jurisprudentie omtrent het verlengstuk is verwarrend en de toepassing op de aandelenverkoop wordt door het Hof in haar uitspraken niet verduidelijkt. Toch is het wel mogelijk om via die weg een aandelenverkoop te kwalificeren als economische activiteit.

Betreffende het gedeelte van de onderzoeksvraag omtrent recht op aftrek van voorbelasting op de gemaakte kosten bij een aandelenverkoop is in hoofdstuk 5 de uitwerking van de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition uiteengezet. De introductie van het criterium van de uitsluitende oorzaak voor de beoordeling van de economische activiteit zorgt ervoor dat onduidelijkheid ontstaat betreffende de directe- en algemene kosten. Uit het AB SKF arrest blijkt dat een kwalificatie van de kosten als algemene kosten tot de mogelijkheden hoort voor zowel een vrijgestelde aandelenverkoop als een die buiten de werkingssfeer van de btw valt. Een soort antimisbruikbepaling in de beoordeling van de algemene kosten kan ervoor zorgen dat de normale regels omtrent de directe- en algemene kosten kunnen worden gevolgd. De kern van deze beoordeling is dat kosten die in verband staan met de economische activiteit op recht van aftrek kunnen rekenen en als een uitgaande prestatie geen voldoende verband heeft met de economische activiteit dit niet het geval is. Dit is in lijn met het gewenste recht betreffende het aftrekrecht.

Uit hoofdstuk 6 blijkt dat het Nederlandse besluit betreffende het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen achterhaald is sinds de uitspraak in de zaak C&D Foods Acquisition. Dit besluit dient te worden aangepast op het punt betreffende de verkoop door de moeiende houdster. Het besluit gaat ervanuit dat aandelenverkopen door deze moeiende houdster per definitie binnen de werkingssfeer van de btw vallen, waar uit de zaak C&D Foods blijkt dat dit niet het geval is. Voor de rechtszekerheid van belastingplichtigen is het daarom belangrijk dat het besluit wordt aangepast. Betreffende het recht op aftrek komt een aanpassing nu te vroeg. De Nederlandse interpretatie zal moeten wachten op duidelijkheid vanuit het Europese recht betreffende de regels omtrent het recht op aftrek van voorbelasting op de kosten gemaakt bij aandelenverkopen.

Een samengevat antwoord op de onderzoeksvraag luidt als volgt. Bij een aandelenverkoop door een houdster is het niet meer vanzelfsprekend dat deze binnen de werkingssfeer van de btw valt. Daarvoor is een directe oorzaak van de verkoop in de economische activiteit nodig. Daarbij is het ook mogelijk om de aandelenverkoop via de verlengstukgedachte te kwalificeren als economische activiteit, ook al blijft deze gedachte onduidelijk. Voor de kwalificatie van een aandelenverkoop als economische activiteit via bedrijfsmatige handel in effecten verandert niets. Voor aandelenverkopen die vrijgesteld zijn of niet binnen de werkingssfeer van de btw vallen, moet worden uitgezocht of de kosten die zijn gemaakt bij de aandelenverkoop een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de aandelenverkoop. Zo niet, dan moet het rechtstreekse en onmiddellijke verband van de kosten met de

algehele economische activiteit van de ondernemer of groep worden onderzocht. Dit is essentieel voor de beoordeling van het recht op aftrek van voorbelasting op deze kosten en dient te gebeuren volgens de normale regels betreffende directe- en algemene kosten. Een antimisbruikbepaling in deze kostenbeoordeling kan daarbij uitkomst bieden voor de duidelijkheid. Zodra dit gebeurt, ligt deze beoordeling in lijn met het gewenste recht omtrent het aftrekrecht. Kosten die in verband staan met een economische activiteit kunnen dan rekenen op recht op aftrek van voorbelasting, waar dit niet mogelijk is voor kosten die niet in verband staan met een economische activiteit. Het Nederlandse beleid loopt nu achter op het Europese recht betreffende de aandelenverkoop door de moeiende houdster. Dit dient in het besluit betreffende het recht op aftrek van voorbelasting bij aandelenverkopen door houdsters te worden aangepast.

Een aantal tekortkomingen zijn aanwezig in dit onderzoek. Ten eerste is in dit onderzoek enkel gekeken naar de omzetbelastingaspecten betreffende de verkoop van deelneming en recht op aftrek van de btw op de kosten die gemaakt zijn bij de aandelenverkoop. Een herstructurering is echter meer dan alleen de verkoop van aandelen in een deelneming. Verschuivingen van aandelen binnen de groep en de veranderingen in bijvoorbeeld inmenging in beheer van de deelnemingen worden niet besproken in dit onderzoek. De aspecten van de fiscale eenheid tussen een moeder en dochter en de verkoop van de dochter worden ook summier besproken. Daarbij zijn ook bepaalde onderdelen van de zaken AB SKF en C&D Foods Acquisition bewust achterwege gelaten in de bespreking van deze zaken. Het gaat dan voor de zaak AB SKF vooral om het oordeel van het Hof dat de overdracht van de aandelen gezien kan worden als overgang van een algemeenheid van goederen. De bijbehorende zaak X BV uit Nederland komt daarom ook verder niet aan bod.¹²⁶ Bij de zaak C&D Foods Acquisitions gaat het om een moeder die een kleindochter vervreemdt. Dit aspect lijkt niet belangrijk te zijn voor het Hof van Justitie voor het onderwerp van dit onderzoek en is daarom verder ook niet in dit onderzoek besproken.

Deze tekortkomingen zijn daarbij ook de basis voor suggesties van vervolgonderzoek betreffende het onderwerp. De beoordeling van de kosten als directe- of algemene kosten bij aandelenverkopen is iets wat een specifiek onderzoek nodig heeft, mede omdat het onderwerp nog niet volledig uitgekristalliseerd is. De leer van de directe- en algemene kosten is uitermate gecompliceerd en met de problematiek omtrent de aandelenverkopen als beëindiging van een onderneming zorgt dit voor een discussie met veel aspecten. Andere suggesties om de verwarring die is ontstaan bij de zaak C&D Foods Acquisitions op te lossen, naast de vorm als ‘tenzij’-bepaling waarin de suggestie in dit onderzoek is voorgesteld, zijn daarbij zeker interessant om te onderzoeken. Verder kan de suggestie voor het Nederlands beleid beter worden uitgewerkt. Deze is in het huidige onderzoek niet heel uitgebreid en als

¹²⁶ HvJ 30-05-2013, C-651/11, X BV

onderbouwing voor deze suggestie kan ook beter worden onderzocht wat de geschiedenis van het onderwerp in de Nederlandse rechtspraak is.

Hoofdstuk 8: Bibliografie

8.1 Literatuur

- Beelen, S.T.M., (2010), *Aftrek van BTW als (belaste) omzet ontbreekt*, FM nr.134 2010/4.4.13
- Berkhuizen-van Egmond, A.E.H., (2018), *Het arrest C&D Foods Acquisition ApS*, Btwbrief 2018/99
- Bijl, D.B., (1991), *Zaak Polysar*, FED 1991/266
- Cornielje, S.B., (2016) *Fusies en overnames in de Europese BTW*, FM nr. 146
- Cornielje, S.B., (2018), *Zaak C&D Foods Acquisition*, FED 2019/22
- Ditzhuijsen, J.N.T., Geersheuvels, E.A.M., (2019) *De verkoop van aandelen als economische activiteit*. BtwBrief 2019/24
- Hilten, van, M.E., (2000), *Zaak Midland*, BNB 2001/118,
- Hilten, van, M.E., (1996), *Zaak Régie Dauphinoise*, BNB 1997/38
- Hilten, van, M.E., (2005), *Zaak Kretztechnik*, BNB 2005/313
- Hilten, van, M.E., (2003), *Ter zake van verkoop deelneming in rekening gebrachte omzetbelasting pro rata aftrekbaar*, BNB 2003/197
- Hilten, van, M.E., (2004), *Aftrek BTW, in rekening gebracht wegens verkoop/overdracht van de aandelen in een tot een fiscale eenheid behorende dochtervennootschap*, BNB 2004/363
- Koeprijanov, D.A., Wu, L.S., (2019), *Btw-aspecten van handelingen inzake aandelen – Ryanair en C&D Foods nader beschouwd*, WFR 2019/23
- Lauré, M., (1957), *Au secours de la T.V.A*, Press universitaires de France, Parijs
- Merkx, M.M.W.D., (2018), *Zaak C&D Foods Acquisition*, BNB 2019/10
- Mierop, R., Bouwmeester, J., (2010) *AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-aftrek bij verkoop deelneming?*, WFR 2010/414
- Molenaar, I.F., (2009), *Zaak AB SKF*, BTWbrief 2009/37
- Redactie Vakstudie Nieuws, (2018), *Arrest-C&D Foods: Voorgenomen verkoop aandelen in kleindochter geen economische activiteit*, V-N 2018/62.16
- Redactie Vakstudie Nieuws,(2004), *Besluit heffing van omzetbelasting met betrekking tot de verkoop van aandelen*, V-N 2004/47.13

Redactie Vakstudie Nieuws, (2009), *Zaak AB SKF*, V-N 2009/56.13

Redactie Vakstudie Nieuws, (2000), *Zaak Abbey National*, V-N 2001/15.26

Redactie Vakstudie Nieuws, (2018), *Zaak C&D Foods Acquisition*, V-N/2018/57.13

Rookmakers-Penners, T.K.M., (2020) *Cursus Belastingrecht, Omzetbelasting*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn

Simons, A.L.C., (1984), *Een vereniging welke voor haar prestaties geen vergoeding in rekening brengt is geen ondernemer*, BNB 1984/295

Swinkels, J.J.P., (2010), *Zaak SKF*, BNB 2010/251

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

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

Zadelhoff, van, B.G. (2014), *Vastlegging verhandelde ter zitting aan Hof voorbehouden. Combinatie entiteiten als ondernemer*. BNB 2014/151

8.2 Wetgeving

Besluit van 3 augustus 2004, CPP2004/1709M

Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde

Wet op de Omzetbelasting 1968

8.3 Jurisprudentie

8.3.1 Europese jurisprudentie

Hof van Justitie EG, (20 juni 1991), C-60/90 Polysar

Hof van Justitie EG, (6 april 1995), C-4/94 BLP

Hof van Justitie EG, (20 juni 1996), C-155/94 Wellcome Trust

Hof van Justitie EG, (11 juli 1996), C-306/94 Régie Dauphinoise

Hof van Justitie EG, (6 februari 1997), C-80/95 Harnas & Helm

Hof van Justitie EG, (9 juni 2000), C-98/98 Midland Bank

Hof van Justitie EG, (14 november 2000), C-142/99 Floridienne/Berginvest

Hof van Justitie EG, (22 februari 2001, C-408/98 Abbey National I

Hof van Justitie EG, (11 juli 2001), C-102/00 Welthgrove

Hof van Justitie EG, (27 september 2001), C-16/00 Cibo Participations SA

Hof van Justitie EG, (29 april 2004), C-77/01, EDM

Hof van Justitie (21 oktober 2004), C-8/03, BBL

Hof van Justitie, (26 mei 2005), C-465/03 Kretztechnik

Hof van Justitie, (08 februari 2007), C-435/05 Investrand

Hof van Justitie, (13 december 2007), C-408/06 Götz

Hof van Justitie, (13 maart 2008), C-437/06 Securenta

Hof van Justitie, (29 oktober 2009), C-29/8 AB SKF

Hof van Justitie, (21 Februari 2013), C-104/12 Becker

Hof van Justitie, (25 juni 2013), C-65/11 Commissie/Nederland

Hof van Justitie, (30 mei 2013), C651/11 X BV

Hof van Justitie, (16 juli 2015), C-108/14 en C-109/14 Larentia en Minerva

Hof van Justitie, (22 oktober 2015), Sveda C-126/14

Hof van Justitie, (12 januari 2017), C-28/16 MVM

Hof van Justitie, (14 september 2017), C-132/16 Iberdrola

Hof van Justitie, (5 juli 2018), C-320/17 Marle Participations

Hof van Justitie, (8 november 2018), C-502/17 C&D Foods Acquisition ApS

Hof van Justitie, (17 oktober 2018), C-249/17 Ryanair

Hof van Justitie, (13 juni 2019), C-420/18 IO

8.3.2 Landelijke jurisprudentie

Hoge Raad (2 mei 1984), nr. 22 153

SE: SAC, (24 juni 2010), Case RA 2010, ref. 56

Hoge Raad, (14 maart 2003), nr. 38 253

Hoge Raad, (9 juli 2004), nr. 38 026

Hoge Raad (18 november 2016), nr. 12/02683