

Master Thesis Fiscale Economie

De btw gevolgen van een verkoop van aandelen en de overgang van een algemeenheid van goederen.

Naam: Jessica van de Velde
ANR: 581066
Datum: 23-08-2017
Opleiding: Master Fiscale Economie, Accent Indirecte Belastingen
Instituut: Fiscaal instituut Tilburg, Tilburg University
Examinatoren: Dr. A.H. Bomer
Prof. mr. dr. G.J. van Norden

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen.....	4
<i>Hoofdstuk 1</i> Inleiding	5
1.1 Inleiding	5
1.2 Probleemstelling	6
1.3 Verantwoording van de opzet	6
Hoofdstuk 2 Fiscale Neutraliteit	8
2.1 Inleiding	8
2.2 Fiscale neutraliteit als stelselbeginsel	8
2.3 Fiscale neutraliteit en het gelijkheidsbeginsel.....	10
2.3.1 Neutraliteit tussen belastingplichtigen	11
2.3.2 Neutraliteit tussen eindverbruikers	12
2.3.3 Neutraliteit tussen transacties	13
2.4 Tussenconclusie.....	14
Hoofdstuk 3 De aandelenoverdracht.....	15
3.1 Inleiding	15
3.2 De Belastingplichtige	15
3.3 De houdstermaatschappij als belastingplichtige.....	17
3.3.1 Direct of indirect moeien door de houdster	17
3.3.2 Effectenhandelaar	19
3.3.3 Verlengstukgedachte	19
3.4 De verkoop van een deelneming: een belastbare handeling?	20
3.5 Vrijstelling bij de verkoop van een deelneming	25
3.6 Aftrek van Voorbelasting.....	26
3.6.1 Belastbare handelingen.....	27
3.6.2 Onbelastbare handelingen	31
3.6.3 De pro rata	34
3.7 Een voorbeeld	36
3.8 Toetsing aan de fiscale neutraliteit.....	40
3.8.1 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel.....	40
3.8.2 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel	42
3.9 Tussenconclusie	45
Hoofdstuk 4 De overdracht van een algemeenheid van goederen	47

4.1	Inleiding	47
4.2	De ratio van artikelen 19 en 29 van de Btw-richtlijn	47
4.3	Voorwaarden voor de toepassing van een overdracht van een algemeenheid van goederen	48
4.4	De overdracht van een algemeenheid van goederen bij een aandelenverkoop	49
4.4.1	Het arrest 'X bv'	53
4.5	Het recht op aftrek van voorbelasting bij de overdracht van een algemeenheid van goederen	54
4.6	Een voorbeeld	55
4.7	Toetsing aan de Fiscale neutraliteit	58
4.7.1	Toetsing aan de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel	58
4.7.2	Toetsing aan de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel	59
4.8	Tussenconclusie	59
Hoofdstuk 5	Conclusie	61
	Literatuurlijst	63
	Jurisprudentielijst	65

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
art.	artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
btw	belasting over de toegevoegde waarde
Btw-richtlijn	Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, PbEU 2006 L347/1
EU	Europese Unie
FED	FED Fiscaal weekblad
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie ¹
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
p.	pagina
par.	paragraaf
r.o.	rechtsoverweging
t/m	tot en met
V-N	Vakstudie-Nieuws
Wet OB 1968	Wet op de omzetbelasting 1968
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

¹ Hier wordt ook onder verstaan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Inleiding

In het huidige economisch klimaat komen bedrijfsovernames regelmatig in het nieuws. Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek ging het in 2016 om 6.785 overnames. Deze overnames brengen allerlei soorten kosten met zich mee. Bij een overname moet daardoor ook rekening worden gehouden met de aftrekbaarheid van deze kosten voor de omzetbelasting.

Wanneer er een onderneming verkocht wordt kan dit op verschillende manieren plaatsvinden. In de eerste plaats is er in de Btw-richtlijn de kan-bepalingen art. 19 en art. 29 opgenomen.

Wanneer er aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, kan hierdoor een bedrijfsovername kwalificeren als een overgang van een algemeenheid van goederen en/of diensten. Als gevolg hiervan vindt er geen levering van goederen of diensten plaats en treedt de overnemer in de plaats van de overdrager zonder dat dit leidt tot een betaling van omzetbelasting. Er vindt dan een geruisloze overgang plaats.

Er is in de Btw-richtlijn naast art. 19 en art. 29 geen verdere algemene regeling getroffen om de belastingplichtige te ontzien van voorbelasting bij de overdracht van een onderneming.² Dit zorgt ervoor dat, wanneer de verkoop van de onderneming geen algemeenheid van goederen is, er in principe omzet van voorbelasting betaald zal moeten worden. De vraag is dan in hoeverre dit in aftrek kan worden gebracht. In het bijzonder wanneer een bedrijfsovername plaatsvindt door middel van een aandelenoverdracht ontstaat er een interessant vraagstuk. Voor een verdere uitwerking hiervan zal moeten worden gekeken naar de jurisprudentie. Er is over de jaren heen een uitgebreid aantal arresten geweest met betrekking tot de overdracht van een onderneming. Deze arresten zijn echter niet altijd even eenduidig geweest. Er is namelijk niet altijd duidelijkheid geweest of het houden en de verkoop van aandelen aangemerkt kan worden als economische activiteit. Het enkel houden, kopen of verkopen van aandelen levert namelijk geen economische activiteit op.³ Het gevolg hiervan is dat de verkoop van een onderneming een handeling zou zijn die niet binnen de reikwijdte van de btw valt. Het houden of verkopen van aandelen kan echter ook een economische activiteit zijn. Dit is het geval indien er sprake is van een moeiende houdster, er wordt gehandeld als een effectenhandelaar of indien er sprake is van de verlengstukgedachte. Echter is een verkoop van aandelen dan vrijgesteld op grond van art. 135, lid 1, sub f van de Btw-richtlijn. Dit leidt ertoe dat bij zowel de aandelenverkoop als economische en als niet economische activiteit er in beginsel geen recht bestaat op aftrek van voorbelasting.

Toch vindt het HvJ het van belang dat er in bepaalde situaties recht moet kunnen zijn op recht op aftrek van voorbelasting. Een belangrijk beginsel in de omzetbelasting is namelijk de fiscale neutraliteit. Er kan alsnog een recht op aftrek van voorbelasting verleend worden, indien het HvJ een situatie in strijd acht met het beginsel van fiscale neutraliteit. In mijn onderzoek zal ik een onderscheid maken tussen de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel en de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel. Het fiscale beginsel als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel ziet erop dat gelijksoortige handelingen gelijk worden behandeld. De fiscale

² Wel wordt er een uitzondering gemaakt wanneer een onderneming wordt overgedragen aan een afnemer die buiten de EU is gevestigd. Op grond van art. 169 lid c wordt er dan aftrek van voorbelasting mogelijk.

³ HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne & Berginvest), V-N 2000/53.17, r.o. 17.

neutraliteit als stelselbeginsel houdt in dat alle economische activiteiten moeten worden bevrijdt van voorbelasting, waardoor er geen cumulatie van btw op kan treden.⁴ Het is van belang te onderzoeken wanneer de overdracht van een onderneming tot verschillende uitkomsten leidt met betrekking tot de aftrek van voorbelasting. Vervolgens kan bepaald worden of deze behandeling ook daadwerkelijk gerechtvaardigd is met het oog op het beginsel van de fiscale neutraliteit.

1.2 Probleemstelling

Voor dit onderzoek ga ik bestuderen in hoeverre de voorbelasting op de kosten die gemaakt worden bij een overdracht van een onderneming aftrekbaar zijn voor de btw. Ik maak hierbij onderscheid tussen een overdracht door middel van aandelen en een overdracht door middel van een overdracht van een algemeenheid van goederen. Vervolgens ga ik dit toetsen aan een voor de btw belangrijk beginsel, namelijk de fiscale neutraliteit. Dit heeft geleid tot de volgende deelvragen:

1. *Hoe wordt de aftrek van voorbelasting behandeld in de situatie waarbij een deelneming wordt overgedragen door middel van een aandelentransactie en in hoeverre komt dit overeen met het beginsel van de fiscale neutraliteit?*
2. *In welke situatie kan de overdracht van de aandelen van een deelneming kwalificeren als een overdracht van een algemeenheid van goederen en in hoeverre komt dit overeen met het beginsel van de fiscale neutraliteit?*

1.3 Verantwoording van de opzet

Om tot een sluitend einde van dit onderzoek te komen zal ik in hoofdstuk twee eerst een toetsingskader vaststellen met het fiscale neutraliteitsbeginsel. Er is geen eenduidig begrip van fiscale neutraliteit te vinden in de literatuur. Dit komt omdat de fiscale neutraliteit als rechtsbeginsel meerdere gedaantes aanneemt. Het is van belang deze verschillende vormen te identificeren om het vervolgens toe te kunnen passen.

Vervolgens zal in hoofdstuk drie de overdracht van de onderneming door middel van een aandelentransactie behandeld worden. Hierbij is het voornamelijk van belang wanneer dergelijke transacties tot een economische activiteit leiden en wanneer niet. Dit zal aan het licht brengen in welke situaties de voorbelasting in aftrek kan worden genomen. Aan het einde van dit hoofdstuk zal ik een toets doen aan de fiscale neutraliteit.

Naast de overdracht door middel van de aandelentransactie bestaat er ook nog de overgang van een algemeenheid voor goederen. Deze behandel ik in hoofdstuk vier. Ik zal bespreken aan welke voorwaarden voldaan moet worden wil er sprake kunnen zijn van een algemeenheid van

⁴ A.H. Bommer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, p. 12.

goederen en de gevolgen hiervan op het recht van aftrek van de voorbelasting. Ook in dit hoofdstuk zal ik aan het einde een toets doen aan het beginsel van fiscale neutraliteit.

Tot slot zal er in hoofdstuk vijf een conclusie gedaan worden ter afsluiting van dit onderzoek. Hierbij zal een korte samenvatting gegeven worden en de deelvragen beantwoord worden.

Hoofdstuk 2 Fiscale Neutraliteit

2.1 Inleiding

Het beginsel van fiscale neutraliteit is nauw verbonden met het karakter van de omzetbelasting. In de Btw-richtlijn wordt echter niet direct gesproken over de betekenis van fiscale neutraliteit. Er is echter wel een verwijzing naar de fiscale neutraliteit te vinden in de considerans van de Btw-richtlijn. Volgens de considerans van de Btw-richtlijn moet worden gestreefd naar de grootste mate van neutraliteit.⁵ Men kan alleen een poging doen om een zo grootst mogelijke mate van fiscale neutraliteit te verkrijgen, aangezien het niet mogelijk is om een volledig optimale neutraliteit te verkrijgen.⁶ Volgens van Hilten is neutraliteit dan ook een relatief begrip, welke altijd betrekking heeft op bepaalde verhoudingen. Wanneer er in een bepaalde verhouding optimale fiscale neutraliteit is bereikt, kan dit in een andere verhouding juist leiden tot een verstoring hiervan. Men zal dus keuzes moeten maken in welke situatie het waarborgen van de neutraliteit het zwaarst weegt.⁷

Fiscale neutraliteit is een ruim beginsel en komt zodoende in verschillende verschijningsvormen voor. Het is daarom van belang een toetsingskader op te stellen voor mijn onderzoek. In de volgende paragrafen ga ik verder in op verschillende vormen van neutraliteit, in het bijzonder de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel en de fiscale neutraliteit als een uitwerking van het algemene gelijkheidsbeginsel.

2.2 Fiscale neutraliteit als stelselbeginsel

De fiscale neutraliteit als stelselbeginsel vloeit voort uit de werking van het systeem van de btw en is niet zozeer een rechtsbeginsel. Fiscale neutraliteit als stelselbeginsel streeft om economische activiteiten te bevrijden van voorbelasting zodat er geen cumulatie van belasting op kan treden.⁸ Uit art. 1 van de Btw-richtlijn volgt dat het btw-stelsel berust op het beginsel dat op goederen en diensten een algemene verbruiksbelasting wordt geheven die strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten, ongeacht het aantal handelingen die plaatsvonden tijdens het productie- en distributieproces.

De fiscale neutraliteit als stelselbeginsel houdt in dat de heffing van btw geen invloed mag hebben op de concurrentieverhoudingen tussen ondernemers en de allocatie van productiemiddelen.⁹ De tussenschakels in het productieproces mogen niet van invloed zijn op het uiteindelijke bedrag aan btw dat betaald moet worden door de eindverbruiker. Het moet dan ook niet uitmaken voor deze eindverbruiker hoe groot de bedrijfskolom is. Cumulatie binnen een

⁵ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, p.31.

⁶ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p 13.

⁷ M.E. van Hilten, Rede bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar indirecte belastingen aan de Vrije Universiteit Amsterdam op 19 maart 2010, p. 7.

⁸ A.H. Bomer, *Unierechtelijke beginselen en btw*, Deventer: Kluwer 2013, p. 12.

⁹ A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, p 43.

bedrijfskolom zou de prijs voor de uiteindelijke eindverbruiker beïnvloeden en het is van belang dat dit wordt voorkomen.

Van Doesum verwijst in zijn proefschrift ook naar de fiscaliteit als stelselbeginsel, maar noemt deze de economische neutraliteit. Hij stelt dat een aspect van het neutraliteitsbeginsel het evenredigheidsbeginsel is. Namelijk dat de btw een algemene verbruiksbelasting is die strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten.¹⁰ De tussenschakels in het productieproces moeten de belasting kunnen afwentelen op de eindverbruiker om dit te kunnen bereiken.

Een goed voorbeeld van de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel is te vinden in de jurisprudentie over startende ondernemingen. Bij de start van een onderneming wordt er vaak al kosten gemaakt voordat deze in aanmerking kunnen komen voor het recht op aftrek van de voorbelasting. Er is immers belastingplicht nodig alvorens er een claim mag worden gemaakt op aftrek van voorbelasting. In het arrest Trawertyn¹¹ verkrijgen twee natuurlijke personen een steengroeve, welke ze later in natura in een vennootschap inbrengen. Aangezien de inbreng een vrijgestelde prestatie betrof, konden de twee natuurlijke personen de btw niet in aftrek brengen. Ter verkrijging van de steengroeve zijn er ook nog overige kosten gemaakt, zoals notariskosten. Ook deze zijn in beginsel niet door de vennootschap aftrekbaar aangezien het gaat om kosten die gemaakt zijn voordat de vennootschap bestond. Het HvJ oordeelde echter dat het tegen de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel ingaat om de btw te laten drukken op de economische activiteiten die door de vennootschap worden verricht. Een startende ondernemer moet dus zijn economische activiteiten kunnen bevrijden van de voorbelasting om de fiscale neutraliteit te kunnen garanderen.

Vervolgens speelt de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel ook een rol bij administratieve verplichtingen. In het arrest Schmeink en Strobel¹² rijkt een belastingplichtige een factuur uit met een btw bedrag erop. Deze belastingplichtige is dan dit bedrag verschuldigd.¹³ Ook indien er sprake is van een vergissing, is volgens de bepaling in de Btw-richtlijn niet in een correctiemogelijkheid voorzien. In dit arrest werden vragen gesteld of de opsteller van de factuur die te goeder trouw is ook binnen het bereik van de bepaling valt en of in geval van herziening van de factuur de verschuldigdheid van de gefactureerde btw niet hoeft te worden voldaan. Het HvJ heeft geoordeeld dat indien degene die de factuur heeft opgesteld het gevaar voor verlies van belastinginkomsten tijdig en volledig heeft geëlimineerd, dat op grond van de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel de voordruk op economische activiteiten kan worden bevrijdt.¹⁴ Deze herziening mag niet afhankelijk gesteld worden van de goede trouw van de desbetreffende belastingplichtige.

¹⁰ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 32.

¹¹ HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-280/10 (Polski Trawertyn), V-N 2012/17.17.

¹² HvJ EU 19 september 2000, nr. C-454/98 (Schmeink en Strobel), BNB 2002/167.

¹³ Art. 203 van de Btw-richtlijn.

¹⁴ A.H. Bommer, *Unierechtelijke beginselen en btw*, Deventer: Kluwer 2013, p. 70.

2.3 Fiscale neutraliteit en het gelijkheidsbeginsel

Naast de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel komt het beginsel van fiscale neutraliteit ook voor als een specifieke uitdrukking voor de btw van het algemene gelijkheidsbeginsel. Het beginsel van fiscale neutraliteit vormt een uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de btw.¹⁵ Toepassing van dit gelijkheidsbeginsel vindt alleen plaats indien er sprake is van handelaars die met soortgelijke goederen en diensten met elkaar concurreren.¹⁶ Om te bepalen of van concurrentie sprake is, zal vanuit het oogpunt van de consument gekeken moeten worden of de goederen daadwerkelijk soortgelijk zijn aan elkaar en of deze aan dezelfde behoeften voldoen.¹⁷ Het beginsel van de fiscale neutraliteit reikt daarnaast niet zo ver dat het een regel van primair recht opzij kan zetten.¹⁸ Het fiscale neutraliteitsbeginsel als gelijkheidsbeginsel wordt enkel gebruikt voor de interpretatie en uitleg van de Btw-richtlijn.

Fiscale neutraliteit als een uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel is beperkter dan het algemene gelijkheidsbeginsel in de zin dat deze alleen ziet op de gelijke behandeling tussen concurrerende ondernemers.¹⁹ Het algemene gelijkheidsbeginsel is veel ruimer dan dit. Het algemene beginsel ziet ook op ongelijke behandelingen waarbij geen sprake is van concurrentie tussen twee ondernemers, maar deze toch door een vergelijkbare situatie ongelijk worden behandeld. Het algemene gelijkheidsbeginsel kan daarbij naast een interpretatiebeginsel ook toepasbaar kan zijn op de relatie overheid-burger als beginsel van formeel recht.²⁰ Dit maakt het algemene gelijkheidsbeginsel een vangnet wanneer de fiscale neutraliteit niet voldoende is om gelijkheid te garanderen. Een toetsing aan het algemene gelijkheidsbeginsel was aan de orde in het arrest Puffer.²¹ In dit arrest treden de verschillende partijen niet in concurrentie met elkaar zodat een beroep op het fiscale neutraliteitsbeginsel niet mogelijk is. In casu was er een belastingplichtige die een volledige aftrek geniet over een onroerend goed dat deels privévermogen en deels ondernemingsvermogen is. Een particulier heeft vaak geen recht op aftrek van een onroerend goed. Het HvJ oordeelde dat de situatie van een belastingplichtige en een particulier verschillend is zodat dit verschil in behandeling geoorloofd is.

Uit de jurisprudentie van het HvJ leidt Swinkels af dat er een aantal verschillende vormen van de fiscale neutraliteit als uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel bestaan, namelijk de neutraliteit tussen belastingplichtigen, de neutraliteit tussen eindverbruikers en de neutraliteit tussen transacties.²² Aan de hand van deze verschillende vormen zal ik de fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel verder uitwerken.

¹⁵ HvJ EU 10 juli 2008, nr. C-484/06 (Fiscale Eenheid Koninklijke Ahold NV), V-N 2008/41.23, r.o. 36.

¹⁶ HvJ EU 10 april 2008, nr. C-309/06 (Marks & Spencer III), V-N 2008/21.22, r.o. 47; A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

¹⁷ HvJ EU 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-260/10 (*Rank Group*), V-N 2011/62.20, r.o. 43 en 44; HvJ EU 3 mei 2001, nr. C-481/98 (Commissie/Frankrijk), V-N 2001/42.18, r.o. 22.

¹⁸ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank*), V-N 2012/42.15, r.o. 45.

¹⁹ HvJ EU 10 april 2008, nr. C-309/06 (Marks & Spencer III), V-N 2008/21.22, r.o. 49.

²⁰ A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, p. 147 en 148.

²¹ HvJ EU 23 april 2009, nr. C-460/07 (Sandra Puffer), V-N 2009/25.17.

²² J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, p. 20.

2.3.1 Neutraliteit tussen belastingplichtigen

De fiscale neutraliteit tussen belastingplichtigen ziet op een gelijkheid van behandeling tussen belastingplichtigen. Het belastingstelsel hoort in beginsel uit te gaan van een gelijkheid van fiscale behandeling van ondernemingen.²³

De fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel kan zelfs zo ver gaan dat indien er kosten worden gemaakt voor het opstarten van een onderneming deze gelijk moet worden gesteld met andere ondernemingen, ook al is er nog geen sprake van enige economische activiteit. In het arrest Rompelman wordt de vraag gesteld of een nog niet belastingplichtige die investeert in een nog te bouwen appartementsrecht en hiervoor al investeringen heeft gedaan recht heeft op aftrek van voorbelasting.²⁴ De intentie is om het toekomstige appartementsrecht te gaan verhuren. De Hoge Raad vroeg zich af of de investering en de intentie al voldoende om een economische activiteit te verrichten en als ondernemer te kwalificeren. Het HvJ heeft hierover positief geoordeeld. Er mag geen willekeurig onderscheid worden gemaakt tussen investeringsuitgaven vóór en tijdens de daadwerkelijke exploitatie van een onroerend goed.²⁵ Zelfs indien er wegens onvoorziene omstandigheden nooit economische activiteiten plaats gaan vinden blijft dit recht op aftrek bestaan.²⁶ Tevens speelt hier ook de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel een rol, namelijk het bevrijden van voorbelasting op de economische activiteiten van de startende ondernemer. Volgens Swinkels komt deze samenloop van vormen van neutraliteit voor, omdat de neutraliteit tussen belastingplichtigen door cumulatie kan worden aangetast.²⁷

Om aan toepassing van fiscale neutraliteit toe te komen moet er wel sprake zijn van een economische activiteit. In het arrest Wellcome trust wordt er gesteld dat de omvangrijke verkoop van aandelen een economische activiteit is.²⁸ Deze handeling moet net zoals beroepsmatige aandeelhandelaren binnen de reikwijdte van de btw vallen op grond van het beginsel van de fiscale neutraliteit. Het HvJ concludeert echter dat:

“wat het beginsel van fiscale neutraliteit betreft, dit heeft niet de strekking die verzoekster in het hoofdgeding daaraan toekent. Dit beginsel houdt weliswaar in, dat alle economische activiteiten gelijk moeten worden behandeld, doch het veronderstelt eveneens dat de betrokken activiteit als economische activiteit kan worden gekwalificeerd, wat in casu niet het geval is”²⁹

Hoewel Het HvJ bij startende ondernemingen ver gaat door een investering al als een economische activiteit aan te merken, kan een aandelentransactie, hoe omvangrijk ook, niet op grond van het fiscale neutraliteitsbeginsel binnen het bereik van de Btw-richtlijn komen. Wellcome trust wordt op dezelfde manier behandeld als iedere andere particuliere belegger.

²³ HvJ EU 1 februari 1977, nr. 51/76 (VNO), BNB 1978/18, r.o. 14.

²⁴ HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315.

²⁵ HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman) BNB 1985/315, r.o. 23; A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012 p. 211.

²⁶ HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-110/94 (Inzo) V-N 1996/1396, 27; HvJ EU 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal Terminal), V-N 1998/29.14; HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-400/98 (Breitsohl), V-N 2000/43.19.

²⁷ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, p. 25.

²⁸ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, 17.

²⁹ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 38.

Fiscale neutraliteit speelt ook een rol bij vrijstellingen. In het arrest JCM Beheer oordeelt het HvJ dat de keuze van de gedreven rechtsvorm van een onderneming om de fiscale neutraliteit te kunnen garanderen geen gevolgen mag hebben voor de toegang tot bepaalde vrijstellingen.³⁰ Men moet voor economische redenen voor een bepaalde rechtsvorm kunnen kiezen. Indien het gevolgen heeft op de vrijstellingen zou dit voor ondernemingen een stimulans kunnen zijn om hiervoor in een bepaalde rechtsvorm te gaan drijven. In de arresten Bulthuis-Griffioen³¹ en Gregg & Gregg³² wordt het belang van de neutraliteit over de rechtsvormkeuze wederom benadrukt. In het arrest Bulthuis-griffioen is het voor een natuurlijk persoon die economische activiteiten verricht niet mogelijk om een beroep te doen op een vrijstelling omdat deze vrijstelling uitsluitend bedoeld was voor instellingen. Dit stemt niet overeen met de fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel aangezien niet-instellingen geen beroep kunnen doen op dezelfde vrijstelling terwijl er wel dezelfde soort economische activiteiten worden verricht. Een correctie wordt dan ook gemaakt in het arrest Gregg & Gregg. De vrijstelling geldt niet alleen voor instellingen en moet geïnterpreteerd worden op een wijze dat ook natuurlijke personen hieronder vallen. De toepassing van een bepaalde vrijstelling is dus, vanwege de toepassing van de fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel, niet afhankelijk van de keuze van de rechtsvorm.

Ook bij de publiek rechtelijke lichamen speelt de fiscale neutraliteit een rol. Er speelt hier de kans dat er een concurrentievervalsing op kan treden in situaties wanneer de overheid niet als belastingplichtige wordt aangemerkt, terwijl andere bedrijven over dezelfde soort prestaties wel btw moeten afdragen. Een overheidsbedrijf kan hier dan een marktvoordeel uit halen wanneer er gepresteerd wordt aan niet aftrekgerechtigde bedrijven of particulieren omdat zij tegen een lagere prijs kan leveren. Dit is in strijd met de fiscale neutraliteit als neutraliteitsbeginsel. Om concurrentievervalsing te voorkomen is art. 13 aan de Btw-richtlijn toegevoegd. Wanneer er sprake is van concurrentievervalsing zal het publiek rechtelijke lichaam wel als belastingplichtige aangemerkt worden.

2.3.2 Neutraliteit tussen eindverbruikers

In ons btw-systeem wordt de btw indirect geheven van de eindverbruikers door de belastingplichtige ondernemers. Deze eindverbruikers, veelal de consument, kunnen deze btw niet meer in aftrek brengen, terwijl de bedrijfskolom die naar deze eindverbruiker toe leidt de betaalde btw veelal wel in aftrek kan brengen. Het is dus van belang dat voor deze eindverbruikers de btw heffing zo neutraal mogelijk plaatsvindt. Dit houdt als allereerst in dat op ieder product hetzelfde percentage belasting dient te drukken.³³ Als tweede houdt dit in dat er een correctie nodig is wanneer er een goed onttrokken wordt of voor privédoeleinden gebruikt gaat worden dat eerst onderdeel uitmaakte van het inventaris van een onderneming. Wanneer een belastingplichtige een goed koopt en deze deels privé in gebruikt neemt kan deze namelijk het geheel van de btw in aftrek nemen. Het maakt hierbij niet uit voor de aftrek in welke mate

³⁰ HvJ EU 3 april 2008, nr. C-124/07 (J.C.M. Beheer BV), V-N 2008/17.16.

³¹ HvJ EU 11 augustus 1995, nr. C-453/93 (Bulthuis-Griffioen), V-N 1995/2932, 32.

³² HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg & Gregg), V-N 1999/47.21.

³³ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, p. 27.

het gebruik voor bedrijfsdoeleinden is.³⁴ Dit leidt tot een financieringsvoordeel ten opzichte van consumenten. Pas indien een goed in zijn geheel wordt gebruikt voor privédoeleinden zal er btw over het goed betaald moeten worden.

Om in geval van een onttrekking van bedrijfsvermogen voor privégebruik tot heffing toe te komen zijn art. 16 en 26 aan de Btw-richtlijn toegevoegd. Hiermee is een stukje neutraliteit gefundeerd in de tekst van de Btw-richtlijn in de vorm van een fictieve heffing.

2.3.3 Neutraliteit tussen transacties

Tot slot moeten transacties neutraal worden behandeld. Dit houdt als eerste in dat ook over illegale transacties btw moet worden afgedragen. Ook al zijn deze transacties illegaal, ze concurreren met de legale handelingen zodat ze op grond van het neutraliteitsbeginsel gelijk gesteld moeten worden. Uitgesloten van de btw heffing zijn transacties die volkomen illegaal zijn. Het HvJ zegt over deze illegale handelingen:

“Bij de heffing van btw verzet het beginsel van fiscale neutraliteit zich inderdaad tegen een algemeen onderscheid tussen legale en illegale transacties. De levering van producten zoals verdovende middelen staat daar evenwel buiten: deze producten vormen een bijzonder geval doordat zij wegens hun aard in alle lidstaten onder een volstrekt verhandelingsverbod vallen, met uitzondering van het streng bewaakte handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden. In een dergelijke specifieke situatie, waarin elke mededinging tussen een legale en een illegale economische sector uitgesloten is, kan het niet verschuldigd zijn van btw het beginsel van fiscale neutraliteit niet aantasten.”³⁵

Ten tweede is het van belang dat het voor transacties niet uit moet maken welke juridische vorm deze hebben, het gaat namelijk over welk economisch effect deze hebben. Het HvJ geeft hierbij de economische realiteit een belangrijke rol. In de arresten Aro Lease³⁶ en DFDS³⁷ komt de verwijzing naar economische realiteit voor inzake de bepaling van de plaats van dienst. Er moet in deze arresten indien nodig door de juridische constructies heen gekeken worden en aangesloten worden bij de economische realiteit.

Ten derde moeten transacties zoveel mogelijk afzonderlijk worden behandeld. Indien een dienstverrichting plaatsvindt waarbij in economisch perspectief ook daadwerkelijk één dienst wordt verricht, dan kan deze niet kunstmatig uit elkaar worden gehaald. Echter wanneer een handeling als zelfstandig kan worden beschouwd dan zal deze ook als zodanig moeten worden behandeld.³⁸

³⁴ HvJ EU 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), V-N 1991/2402, r.o. 26 en 35.

³⁵ HvJ EU 5 juli 1988, nr. 289/86 (Happy Family), FED 1988/496, r.o. 20; HvJ EU 5 juli 1988, nr. 269/86 (Mol), FED 1988/495 r.o. 18.

³⁶ HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-190/95 (Aro Lease), V-N 1997/2933, 7.

³⁷ HvJ EU 20 februari 1997, nr. C-260/95 (DFDS A/S), V-N 1997/1662, 17.

³⁸ HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (Card Protection Plan), V-N 1999/15.28.

2.4 Tussenconclusie

De fiscale neutraliteit speelt een belangrijke rol in de btw. Hoewel de betekenis hiervan niet direct in de Btw-richtlijn is opgenomen speelt het een belangrijke rol in allerlei uitspraken van het Hof van Justitie. Men streeft een zo'n grootste mate van fiscale neutraliteit te bereiken. Het is echter niet mogelijk om in ons btw-systeem een optimale neutraliteit te bereiken.

Ten behoeve van mijn onderzoek heb ik onderscheid gemaakt tussen twee soorten neutraliteit. De eerste is fiscale neutraliteit als stelselbeginsel. Het gaat hierbij om de bevrijding van de voorbelasting ter voorkoming van belastingcumulatie en daarmee een verstoring van concurrentieverhoudingen. Dit wordt volbracht door iedere tussenschakel in de bedrijfskolom aftrek te geven van de btw die drukt op hun economische activiteiten.

De tweede vorm is de fiscale neutraliteit als uitwerking van het algemene gelijkheidsbeginsel. Deze ziet op de gelijkheid in behandeling van soortgelijke goederen en diensten van belastingplichtigen die met elkaar concurreren. Fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel is beperkter dan het algemene gelijkheidsbeginsel, maar is wel leidend in de behandeling tegen ongelijkheden in de btw. Alleen indien de fiscale neutraliteit ontoereikend is om een oplossing te bieden tegen een bepaalde ongelijkheid zal het algemene gelijkheidsbeginsel als vangnet dienen. Ik heb deze vorm van neutraliteit opgesplitst in de fiscale neutraliteit tussen belastingplichtigen, eindverbruikers en transacties.

Tot nu toe heb ik de fiscale neutraliteit in het algemeen behandeld. Hierbij zijn vele verschillende onderdelen van de btw aan de orde gekomen. In het vervolg van mijn onderzoek zal ik daarentegen de focus leggen op de overdracht van een onderneming en de fiscale neutraliteit hiervan.

Hoofdstuk 3 De aandelenoverdracht

3.1 Inleiding

Bij de overdracht van een onderneming door middel van een aandelenoverdracht staat vaak de vraag centraal of de voorbelasting die drukt op gemaakte kosten voor de aandelenoverdracht aftrekbaar is. De vereisten om voor aftrek van voorbelasting in aanmerking te komen zijn neergelegd in art. 168 van de Btw-richtlijn. Er is ten eerste vereist dat er sprake is van een belastingplichtige. Daarom zal ik eerst in dit hoofdstuk erop in gaan wanneer er sprake is van een belastingplichtige om daarna te kijken wanneer er sprake is van belastingplicht bij een houdstervenootschap. Het volgende vereiste om tot aftrek van voorbelasting te kunnen komen is dat de belastingplichtige een belaste handeling verricht. Hiervoor is het van belang om te weten of de verkoop van een deelneming een economische activiteit is. Hierover is een tal van arresten geweest door het HvJ. Deze arresten zal ik in paragraaf 3.4 bespreken om vervolgens in paragraaf 3.5 en 3.6 de gevolgen hiervan te bespreken met betrekking tot het recht van aftrek. Deze bevindingen zal ik toepassen op een voorbeeld in paragraaf 3.7. Tot slot zal er een toetsing plaatsvinden aan het beginsel van de fiscale neutraliteit.

3.2 De Belastingplichtige

Wat onder een belastingplichtige kan worden verstaan is te vinden in art. 9 van de Btw-richtlijn. Deze zegt over de belastingplichtige het volgende: *“Als ‘belastingplichtige’ wordt beschouwd een ieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.”* In art. 7 van de wet OB 1968 is een soortgelijke definitie opgenomen. In dit artikel wordt de belastingplichtige als volgt omschreven: *“ondernemer is ieder die een bedrijf zelfstandig uitoefent”*. Er wordt hier wel gesproken van ondernemer in plaats van belastingplichtige, maar er wordt vanuit gegaan dat deze omschrijvingen synoniem zijn aan elkaar gezien het bindende karakter van de Btw-richtlijn.³⁹ Ik zal in het vervolg dan ook de term belastingplichtige aanhouden. In bovenstaande omschrijving zijn drie belangrijke elementen te halen, namelijk “een ieder”, “zelfstandig” en “economische activiteiten”. Ik zal deze elementen kort nader toelichten.

Onder “ieder” worden verstaan natuurlijke personen, rechtspersonen, maar ook samenwerkingsverbanden. Dit past bij het idee dat de belastingplicht zo ruim mogelijk moet worden gemaakt om alle consumptie met btw te kunnen belasten. Bij een samenwerkingsverband worden niet alle participanten afzonderlijk als een belastingplichtige beschouwd, maar kwalificeert het samenwerkingsverband als geheel als belastingplichtige. Voorwaarde hiervoor is dat het samenwerkingsverband dan wel als één entiteit deelneemt aan het economisch verkeer.⁴⁰ Hierbij blijkt uit jurisprudentie van de Hoge Raad dat niet gekeken wordt naar de civielrechtelijke vorm van het samenwerkingsverband, maar wordt er gekeken of het samenwerkingsverband daadwerkelijk in de economie als een entiteit naar voren treedt.

³⁹ R.N.G. van der Paardt, E. Sparidis, *Het begrip ondernemer in de omzetbelasting*, Kluwer 2013, p. 4.

⁴⁰ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 62.

Het tweede vereiste om als belastingplichtige te kunnen kwalificeren is dat er sprake moet zijn van zelfstandigheid. Dit vereiste is bedoeld om werknemers en andere personen van belastingheffing uit te sluiten, *“voor zover deze met een werkgever een arbeidsovereenkomst hebben gesloten of een andere juridische band hebben waaruit een verhouding van ondergeschiktheid ontstaat ten aanzien van de arbeids- en bezoldigingsvoorwaarden en de verantwoordelijkheid van de werkgever”*.⁴¹ Degenen die een dienstbetrekking hebben kunnen dus niet als belastingplichtigen worden gezien omdat de zelfstandigheid ontbreekt. Dit betekent overigens niet dat iemand zonder een dienstbetrekking automatisch als zelfstandige opereert. In bepaalde gevallen kan er zonder dienstbetrekking toch een bepaalde vorm van ondergeschiktheid bestaan zodat de zelfstandigheid ontbreekt. Bijvoorbeeld iemand die uitsluitend voor één opdrachtgever werkt zal een zekere zelfstandigheid missen aangezien deze afhankelijk is van deze ene opdrachtgever.⁴²

Het derde vereiste betreft de economische activiteit. Om als belastingplichtige aangemerkt te kunnen worden moeten er economische activiteiten worden verricht. Wat hieronder wordt verstaan is verduidelijkt in art. 9 van de Btw-richtlijn:

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

Aan de term ‘economische activiteit’ wordt een ruime betekenis toegekend. Het omvat niet alleen prestaties die onder bezwarende titel zijn verricht. In het Rompelman arrest is besloten dat bij de start van de onderneming handelingen die betrekking hebben op het in de toekomst te verrichten prestaties ook zijn aan te merken als een economische activiteit.⁴³ Het is wel een vereiste dat de prestaties verricht worden tegen een vergoeding. In het arrest Hong Kong⁴⁴ oordeelde het HvJ dat het uitsluitend verrichten van prestaties om niet geen economische activiteit is. Er moet dus wel een vergoeding tegenover de prestaties staan. Het betekent overigens niet dat de belastingplichtige ook daadwerkelijk naar winst moet streven, het streven naar opbrengst is al voldoende. Er hoeft echter niet met iedere handeling opbrengst behaalt te worden. Ondersteunende handelingen die in het kader van de onderneming worden verricht en waarvoor geen vergoeding wordt gevraagd worden toch tot de economische activiteiten gerekend.

Naast deze drie besproken elementen bestaat er ook nog de eis dat er regelmatig prestaties verricht moeten worden. Dit is niet direct terug te vinden in art. 9 van de Btw-richtlijn, maar is volgens van Kesteren en van Hilten een objectivering van het vereiste dat men een duurzaam streven moet hebben naar opbrengst.⁴⁵ Aangezien het streven van een persoon moeilijk is vast te stellen is het regelmatig verrichten van prestaties een betere maatstaf hiervoor.

In beginsel worden incidentele prestaties uitgesloten als economische activiteiten. Art. 12 van de Btw-richtlijn maakt het echter wel mogelijk voor lidstaten om sommige incidentele prestaties

⁴¹ Art. 10 Btw-richtlijn.

⁴² Hof Leeuwarden 8 januari 1993, nr. 292/91, BNB 1994/103.

⁴³ HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315, ro. 24; M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 66.

⁴⁴ HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade Development Council), BNB 1982/311.

⁴⁵ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p 71 en 72.

toch als een economische activiteit te kenmerken. Daarnaast zijn er ook een aantal incidentele prestaties expliciet in de Btw-richtlijn opgenomen.

Tot slot behoort ook de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzame opbrengst uit te verkrijgen gekwalificeerd te worden als economische activiteit. Dit houdt in het een vermogensbestanddeel beschikbaar stellen aan een derde met de bedoeling om hier een opbrengst uit te verkrijgen. Volgens van Zadelhoff is van exploitatie sprake wanneer er sprake is van een gebruiksrecht, dat voor een bepaald tijdvak en tegen vergoeding ter beschikking wordt gesteld.⁴⁶ Hoe lang deze periode van exploitatie moet duren om als economische activiteit te kunnen worden gekwalificeerd is niet duidelijk. In het arrest Enkler⁴⁷ heeft het HvJ geoordeeld dat dit per geval beoordeeld moet worden aan de hand van het geheel van omstandigheden.

3.3 De houdstermaatschappij als belastingplichtige

Om te bepalen of er sprake is van belastingplicht bij een houdstermaatschappij speelt voornamelijk de vraag of er sprake is van een economische activiteit voor het houden van de aandelen in haar deelnemingen. Bij een houdstermaatschappij die aandelen houdt in één of meerdere dochtermaatschappijen zou je kunnen stellen dat dit gezien kan worden als een exploitatie van vermogensbestanddelen. Het kopen van aandelen om hier dividend uit te verkrijgen is vergelijkbaar met het investeren in een onroerend goed om hier huuropbrengst uit te verkrijgen. Dit is echter niet het geval. Met de aanschaf van aandelen wordt niet zozeer een zaak ter beschikking gesteld aan een derde, maar wordt er slechts deelgenomen aan het vermogen van de vennootschap.⁴⁸ Deze houdstervenootschap wordt niet anders behandeld dan iedere andere individuele aandeelhouder. Het is echter wel voor te stellen dat een houdstermaatschappij de aandelen niet alleen houdt vanwege vermogensbeheer. Een houdster kan bijvoorbeeld aandelen houden om zeggenschap te krijgen in een deelneming. Het is dan ook niet altijd wenselijk om deze houdstervenootschap gelijk te stellen aan de individuele aandeelhouder. In de jurisprudentie zijn dan ook drie uitzonderingen naar voren gekomen waardoor deze houdstervenootschap toch als een belastingplichtige gekwalificeerd wordt. Dit is het geval wanneer er sprake is van het direct of indirect moeien door de houdster, de aandelen worden gekocht of verkocht door een effectenhandelaar of indien het verlengstukgedachte van toepassing is.

3.3.1 Direct of indirect moeien door de houdster

In het arrest Polysar wordt de vraag gesteld of een zuivere houdstermaatschappij die geen andere activiteiten verricht dan het houden van aandelen van haar deelnemingen als belastingplichtige aangemerkt kan worden en of er een aftrekrecht bestaat. Het HvJ oordeelt dat

⁴⁶ B.G. van Zadelhoff, *Onroerende goederen in de belasting over de toegevoegde waarde (diss)*, Deventer: Kluwer 1992, p 124.

⁴⁷ HvJ EU 26 september 1996, nr. C-230/94 (Renate Enkler), V-N 1997/653, 22.

⁴⁸ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 75.

met het enkel houden van de aandelen geen prestatie wordt verricht jegens de deelneming, er is uitsluitend sprake van vermogensbeheer.⁴⁹

Niet iedere houdstermaatschappij is echter in elke situatie gelijk te stellen aan de individuele aandeelhouder. In rechtsoverweging 14 van Polysar stelt het Hof van Justitie dat dit anders ligt indien het houden van de deelneming gepaard gaat met het direct of indirect moeien in het beheer van de vennootschap waarin wordt deelgenomen. Er wordt echter niets gezegd over wat dit moeien inhoudt. In latere arresten is dit pas door het HvJ verduidelijkt.

Aan de hand van het Polysar arrest was het de vraag of voor dit moeien ook een vergoeding moet worden ontvangen. In Hong Kong Trade Developments is immers beslist dat indien een persoon regelmatig, doch om niet prestaties verricht er geen belastingplicht ontstaat.⁵⁰ Nieuwenhuizen was van mening dat er voor dit moeien in zijn geheel geen vergoeding is vereist. Dit kan worden afgeleid van de zaak Polysar. Het Hof van Justitie ging in de situatie van Polysar er niet van uit dat er enige andere vergoeding zou zijn, afgezien van dividend en toch werd er besloten dat ook in die situatie er sprake van moeien kon zijn.⁵¹ Ook Braun achtte het onwaarschijnlijk dat het HvJ met de uitspraak van Polysar heeft bedoeld dat er tegenover het moeien een vergoeding moet staan. Het HvJ heeft immers deze voorwaarde niet gesteld en daarbij komt dat indien een holding tegen vergoeding prestaties verricht deze zonder te hoeven moeien al in het economische verkeer optreedt als belastingplichtige.⁵² Volgens Swinkels wordt hiermee het arrest Hong Kong Trade Development niet door het arrest Polysar achterhaald, wat inhoudt dat het uitsluitend moeien om niet geen economische activiteit in de zin van de zesde Btw-richtlijn is.⁵³

De vraag of er een vergoeding nodig is voor het moeien is verduidelijkt in het arrest Floridienne.⁵⁴ In dit arrest werd de vraag gesteld of, indien de houdstermaatschappij zich moeit met haar deelnemingen, de verkregen dividenden hiervoor als vergoeding kunnen worden gezien. Deze vraag is al eerder beantwoord in het arrest Sofitam.⁵⁵ De conclusie van dit arrest is dat dividend die wordt verkregen voor het houden van de aandelen geen tegenprestatie vormen voor enige economische activiteit in de zin van de zesde richtlijn en dat de dividend niet binnen de werkingssfeer van de btw vallen. Het dividend staat geheel los van het stelsel van het recht op aftrek en dividend kan hierdoor ook nooit in een pro rata berekening worden opgenomen.⁵⁶ Hoewel het dividend niet als vergoeding voor het moeien kan worden gezien, kan bij een houdstermaatschappij het houden van aandelen toch als een economische activiteit worden gezien indien de inmenging van de houdster in de deelnemingen gepaard gaat met

⁴⁹ HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), FED 1991/633 r.o. 13.

⁵⁰ HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade Development Council), BNB 1982/311.

⁵¹ W.A.P. Nieuwenhuizen, 'Ondernemer in de omzetbelasting: een beetje zwanger is mogelijk', WFR 1993/1772.

⁵² K.M. Braun, 'De BTW-belastingplicht van moeiende holdings: een legpuzzel waarvan de stukjes niet passen', WFR 1999/167.

⁵³ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, p. 207.

⁵⁴ HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne & Berginvest), V-N 2000/53.17.

⁵⁵ HvJ EU 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam SA), FED 1993/608.

⁵⁶ HvJ EU 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam SA), FED 1993/608, r.o. 13 en 14.

handelingen die aan btw zijn onderworpen, zoals administratieve, financiële, commerciële en technische diensten ten behoeve van haar deelnemingen.⁵⁷

3.3.2 Effectenhandelaar

Zoals in vorige paragrafen besproken kan iemand in beginsel geen belastingplichtige zijn door enkel het houden van aandelen. Er is namelijk een direct of indirect moeien van de houdster vereist. Op deze regel is een uitzondering gemaakt voor de effectenhandelaar. In het arrest Wellcome Trust is beslist dat handelingen inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren binnen het toepassingsgebied van de btw kunnen vallen. Dit is het geval indien deze handelingen worden verricht in het kader van handelingen van een effectenmakelaar of indien er sprake is van direct of indirect moeien in haar deelnemingen.⁵⁸ In dit onderzoek gaat het echter om het houden van aandelen en niet over het bedrijfsmatig handelen hiervan. Ik zal hier daarom niet verder over uitweiden.

3.3.3 Verlengstukgedachte

De verlengstukgedachte wordt geïntroduceerd in het arrest Régie Dauphinoise.⁵⁹ In dit arrest nam Régie het beheer van onroerend goed op zich en trad hierbij op als een gevolmachtigde van de eigenaren van het onroerend goed. Hiervoor beheerde Régie de voorschotten die betaald werden door de huurders aan de eigenaren van het onroerend goed. Deze voorschotten werden vervolgens belegd door Régie Dauphinoise. Hiervoor had zij toestemming gekregen van de eigenaren van het onroerend goed en het beleggen was geheel voor eigen risico. De verkregen voorschotten worden uiteindelijk terugbetaald aan de eigenaren van het onroerend goed en Régie mocht de winsten behouden die ze behaalde met haar investeringen. In geschil is de vraag of de renteopbrengsten moeten worden opgenomen in de noemer van de breuk die voor de berekening van het pro rata van de aftrek wordt gebruikt.

Het Hof van Justitie oordeelt in rechtsoverweging 18 dat *“diensten, zoals beleggingen van een beheerder van onroerend goed bij banken, hoe dan ook niet aan de belasting over de toegevoegde waarde onderworpen zijn, indien zij worden verricht door personen die niet in de hoedanigheid van belastingplichtige handelen”*. In het geval van Régie Dauphinoise vormt de ontvangst van rente op beleggingen van gelden die zij van klanten ontvangt in het kader van het beheer van hun onroerend goed, het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit.⁶⁰ Régie handelt dus als belastingplichtige wanneer er als beheerder van onroerend goed met de voorschotten wordt belegd. In beginsel vallen de beleggingsactiviteiten dus buiten de werkingssfeer van de btw, maar vallen er wel onder indien deze het

⁵⁷ HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne & Berginvest), V-N 2000/53.17, r.o. 19; HvJ EU 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations SA), V-N 2001/55.7, r.o. 21; HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove BV), V-N 2001/42/14, r.o. 17.

⁵⁸ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 35.

⁵⁹ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), V-N 1997/965, 26.

⁶⁰ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), V-N 1997/965, 26, r.o. 18.

rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk zijn van een belastbare activiteit. De beleggingsopbrengsten dienen te worden opgenomen in de noemer van de pro rata breuk.

In het arrest Harnas & Helm⁶¹ wordt de verlengstukgedachte bevestigd. Hierin kwam het HvJ tot het oordeel dat het enkel in eigendom verwerven en houden van obligaties, die niet dienstbaar zijn aan enige andere ondernemingsactiviteit, niet zijn aan te merken als economische activiteiten die aan de betrokkene de status van belastingplichtige verlenen.⁶² Indien het houden van obligaties wel dienstbaar zouden zijn aan een ondernemingsactiviteit zou er op basis van de verlengstukgedachte belastingplicht ontstaan. Handelingen met betrekking tot aandelen en deelnemingen vallen dus ook binnen de reikwijdte van de btw op grond van de verlengstukgedachte.⁶³

3.4 De verkoop van een deelneming: een belastbare handeling?

Het is duidelijk dat het houden van aandelen van een deelneming door een houdstermaatschappij kan worden gezien als een economische activiteit indien er gemoeid wordt in de deelneming en dit gepaard gaat met aan btw onderworpen handelingen, er wordt opgetreden als effectenhandelaar of indien de verlengstukgedachte van toepassing is. Dit betekent overigens niet dat vervolgens de verkoop van de aandelen van een deelneming ook automatisch een economische activiteit is. Hierover is geen eenduidige lijn te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In deze paragraaf zal ik daarom deze jurisprudentie uiteen zetten om duidelijkheid te verkrijgen over de kwalificatie van de verkoop van aandelen in een deelneming.

In het arrest BLP gaat het om een beheers- en houdstermaatschappij die haar diensten verleent aan een groep vennootschappen die goederen vervaardigen voor de meubel-en-doe-het-zelf-industrie.⁶⁴ Vanwege de slechte financiële positie verkoopt BLP 95% van haar deelneming in een Duitse vennootschap. De opbrengst van de verkoop wordt gebruikt om schulden af te lossen. BLP verzoekt om aftrek van de btw die betaald is voor bankiers, juridisch advies en accountants die verband houden met de transactie van de aandelen. Omdat de aandelenverkoop btw rechtelijk gezien wordt als een vrijgestelde handeling op grond van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn wordt de aftrek geweigerd door de Commissioners. BLP stelt echter dat de gemaakte kosten niet direct toerekenbaar zijn aan de vrijgestelde aandelenverkoop, maar dat deze moeten worden toegerekend aan de belaste handelingen als algemene kosten. Het beperken van de aftrek zou in strijd zijn met het fiscale neutraliteitsbeginsel, aangezien de kosten betrekking hadden op het aflossen van schulden ten gevolg van belastbare handelingen. Wanneer er immers een lening was afgesloten om de schulden af te lossen zouden de kosten van de financieel adviseur volledig aftrekbaar zijn geweest. Het HvJ besliste echter dat in dit geval geen aftrekmogelijkheid bestond. Zelfs indien het doel van de vrijgestelde handeling gelegen is in het verrichten van belaste handelingen. Er moet naar de objectieve aard van de handeling worden gekeken en niet naar het doel van de belastingplichtige. In casu zijn dat kosten die direct toerekenbaar zijn aan een vrijgestelde

⁶¹ HvJ EU 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas & Helm), V-N 1997/1031, 16.

⁶² HvJ EU 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas & Helm), V-N 1997/1031, 16, r.o. 20.

⁶³ G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer: Kluwer 2007, p. 150.

⁶⁴ HvJ EU 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), V-N 1995/3030, 27.

handeling. Het maakt volgens het HvJ ook niet uit dat indien de schulden afgelost worden door een banklening zij de btw op de kosten van een financieel adviseur wel had kunnen aftrekken. Dat is de consequentie van het feit dat die diensten, die deel uitmaken van de algemene kosten van de onderneming en dus mede de prijs van de producten bepalen, door de belastingplichtige voor belaste handelingen worden gebruikt.⁶⁵

Er is op dit arrest nogal wat kritiek geuit vanwege het feit dat er in de prejudiciële vragen al vanuit werd gegaan door de verwijzende rechter dat het een vrijgestelde handeling betrof. Het HvJ heeft zich in de procedure dan ook niet uitgelaten over de vraag of de overdracht van de aandelen aangemerkt kan worden als een vrijgestelde prestatie. Er is alleen beslist dat wanneer er sprake is van een vrijgestelde handeling de daaraan toe te rekenen voorbelasting niet af te trekken valt.⁶⁶ Indien andere prejudiciële vragen waren gesteld was er wellicht een ander oordeel geweest. Het Hof van Justitie is immers gebonden aan de gestelde vragen. Er mogen geen nieuwe rechtsvragen worden geformuleerd. Wel is er een herformulering mogelijk indien dit is ter verduidelijking van de vraag, of om de vraag aan te passen aan communautair recht. De verwijzende rechter heeft de verantwoordelijkheid om adequate vragen te stellen. Volgens van Dongen levert het arrest BLP dan ook geen antwoord op de vraag of de verkoop van aandelen als deelneming een vrijgestelde prestatie vormt.⁶⁷ Bomer en van Kesteren zijn echter van mening dat het HvJ de prejudiciële vragen zeker hadden geherformuleerd indien deze op verkeerde uitgangspunten hadden berust. Indien het HvJ van mening was dat de verkoop van aandelen geen economische activiteit vormde voor BLP was er mogelijk een heel andere uitkomst geweest.⁶⁸

In tegenstelling tot het arrest BLP komt het arrest Wellcome Trust met een andere uitkomst. In dit arrest wordt de verkoop van aandelen juist niet als een economische activiteit gezien.⁶⁹ Het houden van de aandelen wordt echter ook niet als economische activiteit gezien. In dat geval is het ook logisch dat de verkoop van de aandelen ook niet als economische activiteit wordt gezien. Het is dus maar de vraag dat wanneer het houden van de aandelen als economische activiteit zou kwalificeren, de verkoop hiervan ook als economische activiteit kan worden gezien. De verkoop van aandelen zou eventueel wel als economische activiteit kunnen worden gezien indien de trust als effectenhandelaar zou optreden.

In het arrest AB SKF⁷⁰ lijkt er eindelijk duidelijkheid te komen omtrent de kwalificatie van de verkoop van aandelen. SKF is een houdstervennootschap die van plan is om een 100% deelneming en een 26,5% deelneming af te stoten. De 26,5% deelneming was vroeger een 100% deelneming waarvoor met btw belaste diensten verricht werden. Het verkopen gebeurt ten behoeve van een herstructurering van de groep. De opbrengsten zullen gebruikt worden om andere activiteiten van de groep te bekostigen. Bij de verkoop worden kosten gemaakt waarop btw drukt. Er wordt door SKF prejudiciële vragen gesteld of de verkoop van aandelen gekwalificeerd kan worden als economische activiteit en een prejudiciële vraag dat indien er inderdaad een economische activiteit is de verkoop van de aandelen in de deelneming dan

⁶⁵ HvJ EU 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), V-N 1995/3030, 27, r.o. 25.

⁶⁶ J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese BTW*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001, p. 187.

⁶⁷ A. van Dongen, 'BTW-gevolgen van de verkoop van aandelen na EDM', WFR 2004/964.

⁶⁸ A.H. Bomer en H.W.M. van Kesteren, 'Niet voor redelijke twijfel vatbaar: verkoop deelneming is een prestatie', WFR 2003/788.

⁶⁹ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 32.

⁷⁰ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251.

onder de vrijstelling van art. 135 lid 1 sub f valt. Vervolgens wordt er ook nog een prejudiciële vraag gesteld over de aftrekbaarheid van de btw over de kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de verkoop.

Wederom begint het HvJ volgens vaste rechtspraak dat de enkele aankoop, het enkele bezit en de enkele verkoop van aandelen op zich geen economische activiteiten zijn in de zin van de zesde richtlijn.⁷¹ De handelingen zijn immers geen exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat de enige opbrengt hiervan voortspruit uit eventuele winst bij de verkoop van de aandelen.⁷² Dit is anders indien het houden van de aandelen gepaard gaat met een directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschap waarin wordt deelgenomen.⁷³ Daarnaast vallen handelingen inzake aandelen binnen de werkingssfeer van de btw indien er bedrijfsmatig wordt gehandeld in effecten of wanneer zij het rechtstreekse en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormt. Het HvJ oordeelt in r.o. 32 dat SKF een moeiende houdstervennootschap is. Er wordt namelijk tegen betaling diensten geleverd op het gebied van beheer, administratie en marketing en zijn hierdoor onderworpen aan de heffing van btw.

Met verwijzing naar het arrest Kretztechnik⁷⁴ komt het HvJ tot de conclusie dat de verkoop van aandelen een economische activiteit is. Met het oog op herstructurering van de groep vennootschappen kan de overdracht van de aandelen worden beschouwd als een handeling die bestaat uit het verkrijgen van duurzame opbrengsten uit activiteiten die verder gaan dan de enkele verkoop van aandelen.⁷⁵ De verkoop hangt rechtstreeks samen met de organisatie van de activiteit van de groep en vormt hiermee het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit van SKF.

Het is apart dat het HvJ de verlengstukgedachte nodig acht om in SKF tot het resultaat te komen dat de aandelenverkoop een economische activiteit is. SKF is immers al een moeiende houdster en het is logischer om via deze route tot de conclusie te komen dat er sprake is van een economische activiteit. Dat het HvJ via het verlengstukgedachte tot een economische activiteit komt betekent dit dat de aandelenverkoop op zichzelf geen zelfstandige economische activiteit vormt, maar dat er enkel op basis van de verlengstukgedachte binnen het bereik van de btw komt te liggen als economische activiteit. Het HvJ maakt niet duidelijk waarom zij nu juist de verlengstukgedachte pakt om te beslissen dat er een economische activiteit is. A-G Mengozzi komt immers eerder al tot de conclusie dat er een economische activiteit is, maar gebruikt hiervoor niet het verlengstukgedachte. Hij acht het enkele moeien van SKF al voldoende om voor het houden van de aandelen tot een economische activiteit te komen. Ook bij de verkoop van de aandelen is er sprake van inmenging. Volgens A-G Mengozzi is dit zelfs de sterkst mogelijke inmenging in de activiteiten van deelnemingen. Daarnaast pleit het beginsel van de fiscale neutraliteit ervoor dat indien de aankoop en het houden van de deelneming gebeurt door een moeiende houdstervennootschap, dit ook geldt voor de verkoop hiervan.⁷⁶

⁷¹ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 28.

⁷² HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 28.

⁷³ HvJ EU 20 juni 1991, nr. C-60/90 (Polysar), FED 1991/633, r.o. 14; HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne & Berginvest), V-N 2000/53.17, r.o. 18.

⁷⁴ HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), V-N 2005/29.18, r.o. 20.

⁷⁵ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 33.

⁷⁶ Conclusie A-G Mengozzi 12 februari 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), V-N 2009/10.27.

Volgens van Doesum, van Kesteren en van Norden bestaat er inderdaad een economische activiteit, maar is de conclusie van het HvJ deels onjuist. Het moeien van de houdstervennootschap alleen is al genoeg om te komen tot een economische activiteit. Het HvJ stelt echter dat er een economische activiteit is op grond van een transactie die bestaat uit het verkrijgen van inkomen op een consistente basis van activiteiten die verder gaat dan de simpele verkoop van aandelen. Dit klopt volgens van Doesum, van Kesteren en van Norden niet. De verkoop van aandelen is één enkele transactie die resulteert in inkomen op een incidentele basis. Dit is niet een economische activiteit op grond van de exploitatie van een onlichamelijke zaak zoals in artikel 9 lid 1 laatste volzin Btw-richtlijn, maar het valt eerder onder de *“alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter”* op basis van art. 9 lid 2 tweede volzin. Het tweede punt van het HvJ waar van Doesum, van Kesteren en van Norden het niet mee eens zijn is dat de verkoop van aandelen een rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit vormt. De verkoop van een deelneming kan op zichzelf al beschouwd worden als economische activiteit aangezien er sprake is van een moeiende houdstervennootschap. Dit maakt het gebruik van de verlengstukgedachte overbodig. De verlengstukgedachte wordt eigenlijk alleen gebruikt om activiteiten die op zichzelf geen economische activiteiten vormen op grond van artikel 2, lid 2 van de Btw-richtlijn toch bij de economische activiteit van een onderneming te betrekken.⁷⁷

Volgens Molenaar had het HvJ meer duidelijkheid moeten geven op welke gronden de aandelenverkoop een economische activiteit vormt. Nu is het niet duidelijk of dit op grond van het moeien door de houdstervennootschap komt of vanwege de verlengstukgedachte gebeurt. Naar de mening van Molenaar kan de verkoop van de deelneming van SKF zowel via de verlengstukgedachte als de inmenging tot een economische activiteit leiden.⁷⁸

In het arrest SKF maakt het HvJ geen onderscheid tussen de meerderheidsdeelneming en de minderheidsdeelneming. Zonder toelichting worden de verkoop van aandelen van beide deelnemingen aangemerkt als economische activiteit. Dit wijst er wellicht op dat het volgens het HvJ niet uitmaakt of nu een meerderheidsdeelneming of minderheidsdeelneming verkocht wordt, indien voldaan is aan de criteria (moeien/effectenhandelaar/verlengstukgedachte), dan kwalificeert de verkoop van beide de deelnemingen als economische activiteit. In het eerder gewezen arrest Wellcome Trust lijkt er echter de eis van een meerderheidsparticipatie te zijn. Uit r.o. 35 van Wellcome Trust kan afgeleid worden dat inmenging in het beheer van een deelneming pas als een economische activiteit kan worden gezien indien de houder een meerderheidsbelang in een deelneming heeft.⁷⁹

Een verklaring voor het gebruik voor de verlengstukgedachte is dat anders de minderheidsdeelneming niet als economische activiteit aangemerkt zou worden. Ten tijde van de verkoop moeide AB SKF zich niet meer in het beleid van haar minderheidsdeelneming. Mierop en Bouwmeester vragen zich af of er eveneens sprake zou zijn geweest van een economische activiteit als de verlengstukgedachte niet van toepassing was geweest bij de verkoop van de minderheidsdeelneming.⁸⁰ Zij zijn van mening dat indien er gemoeid wordt in

⁷⁷ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, par. 2.1.1.

⁷⁸ I.F. Molenaar, 'De Zaak AB SKF: antwoorden of nog meer vragen?', Btw brief 2009 nr. 12.

⁷⁹ G.J. van Norden, 'Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties', Btw brief 2006/1.

⁸⁰ R. Mierop, J. Bouwmeester, 'AB SKF: eindelijk duidelijkheid over btw-afrek bij verkoop deelneming?', WFR 2010/414, par. 4.

een minderheidsdeelneming, welke vroeger een 100% deelneming was, de verkoop van de aandelen hiervan gekwalificeerd kan worden als een economische activiteit. De basis voor hun conclusie is dat het HvJ tot de conclusie komt dat het begrip economische activiteit niet noodzakelijk uit één handeling hoeft te bestaan. Een reeks van opeenvolgende handelingen kunnen tezamen ook tot een economische activiteit leiden.

Dit is niet de eerste keer dat er vragen zijn over een minderheidsdeelneming. Op 10 november 2005 zijn twee uitspraken gedaan over de btw-gevolgen van de verkoop van minderheidsparticipaties.⁸¹ In beide situaties ging het om de aandelenverkoop van een 30% deelneming waarin gemoeid wordt. Bij de verkoop worden kosten gemaakt die de houdstervennootschap in aftrek wenst te brengen. Het hof concludeert in lijn met de uitspraken van de Hoge Raad dat de verkoop buiten de reikwijdte van de btw valt, ongeacht of er nu sprake is van een meerderheidsdeelneming of een minderheidsdeelneming.⁸² Ook de Hoge Raad komt tot eenzelfde conclusie in het arrest van 2 december 2005 waar een 43,57% deelneming werd verkocht.⁸³ De Staatssecretaris van Financiën is echter van mening in het besluit van 2004 dat voor directe of indirecte inmenging in het beheer van een vennootschap waarin wordt deelgenomen een meerderheidsparticipatie vereist is.⁸⁴

A-G Overgaauw is van mening dat met het moeien in het beheer van een deelneming geen meerderheidsdeelneming vereist is. Indien geen enkele van de aandeelhouders een meerderheidsbelang heeft kan het volgens hem goed voorspelbaar zijn dat een minderheidsbelang een beleidsbepalende rol heeft in een deelneming.⁸⁵

Ook van Norden is van mening dat de grootte van het belang in een deelneming niet uit moet maken.⁸⁶ Wat uitmaakt is of er daadwerkelijk een zeggenschap is waarmee met het beleid van een deelneming bepaald kan worden. Als voorbeeld neemt hij een 40% vennootschap die moet in haar deelneming. De overige aandeelhouders hebben ieder niet meer dan 6% van het aandelenpakket in handen. In een dergelijk geval kan deze 40% participatie meer invloed hebben dan iedere andere aandeelhouder. Wat ik hieruit concludeer is dat er naar de werkelijkheid moet worden gekeken of er sprake is van een moeiende houdstervennootschap, ongeacht het een minderheidsdeelneming of meerderheidsdeelneming is.

Na heel wat jaren komt er eindelijk een oordeel over de zaak van het hof.⁸⁷ Na gewacht te hebben op de uitkomst van het arrest SKF en vervolgens toch nog prejudiciële vraag gesteld te hebben, komt het HvJ met een uitspraak in het arrest X BV.⁸⁸ Het maakt bij de overdracht van de aandelen in een onderneming niet uit hoe groot de participatie in een deelneming is. De verkoop van de aandelen in een minderheidsdeelneming betreft een economische activiteit indien er gemoeid wordt in de desbetreffende deelneming, de aandelen worden verkocht in de hoedanigheid van een effectenmakelaar of indien er sprake is van de verlengstukgedachte.

⁸¹ Hof 's-Gravenhage 10 november 2005, nr. Bk-02/04375 en Bk 02/03641.

⁸² HR 14 maart 2003, nr. 38 253, BNB 2003/197; HR 9 juli 2004, nr. 28 026, BNB 2004/363.

⁸³ HR 2 december 2005, nr. 4082, NTFR 2005/1626.

⁸⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 augustus 2004, nr. CPP 2004/1709M, V-N 2004/47.

⁸⁵ Conclusie A-G Overgaauw 10 april 2007, nr. 42868 en nr. 42863, V-N 2007/25.29.

⁸⁶ G.J. van Norden, 'Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties', Btw brief 2006/1.

⁸⁷ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X BV), BNB 2014/113.

⁸⁸ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X BV), BNB 2014/113.

Tot slot heeft de commissie als standpunt ingenomen dat dat verkoop van de totaliteit van een aandelenpakket moet worden beschouwd als een strategische herschikking van de activa ter verkrijging van kapitaal om andere groepsactiviteiten te bekostigen. Deze handeling kan worden gezien als de overgang van een algemeenheid van goederen.⁸⁹ Het HvJ merkt in het arrest AB SKF op dat zij met de Commissie eens is dat de verkoop van aandelen veel gelijkenis vertoont met de overdracht van een algemeenheid van goederen. Hier gaat zij echter niet al te veel op in. Het HvJ acht niet te kunnen beslissen met de feiten die ze hebben gekregen of er een overdracht van een algemeenheid van goederen plaats kan vinden. De desbetreffende staat moet zelf uitzoeken of hiervan sprake is. Vooral met betrekking tot de minderheidsdeelneming moet worden gekeken of er kan worden gesproken van een zelfstandig deel van een onderneming.

Van Hilten deelt hierover de mening met van Zadelhoff dat zij zich moeilijk voor kan stellen dat de overdracht van de aandelen in een deelneming gelijk gesteld kunnen worden met de overdracht van de activa in een onderneming.⁹⁰ Swinkels daarentegen ziet wel mogelijkheden om een overdracht van aandelen aan te merken als een overdracht van de activa in een onderneming.⁹¹ Volgens Swinkels moet er vastgesteld worden wat de partijen daadwerkelijk voor ogen hadden met de overdracht van de aandelen en is het daarnaast van belang op welke wijze de aandelenoverdracht vorm heeft gekregen in de verkoopfase.

In het geval dat er inderdaad gesproken kan worden van een overgang van een algemeenheid van goederen, is er volgens het HvJ geen sprake van een economische activiteit.⁹² In hoofdstuk 4 ga ik verder in op de overdracht van een algemeenheid van goederen.

3.5 Vrijstelling bij de verkoop van een deelneming

Nadat de eerste prejudiciële vraag is beantwoord, kan het HvJ antwoord geven op de tweede prejudiciële vraag van het arrest AB SKF. De tweede vraag, of er sprake is van een vrijstelling wanneer de verkoop van een deelneming kwalificeert als een economische activiteit.

De omzetbelasting is een paradox. Dit houdt in dat het een belasting is waarbij degene die denkt te worden belast is vrijgesteld, terwijl degene die verwacht een aftrek van voorbelasting te kunnen genieten hier nu juist geen recht op heeft. Een vrijstelling heeft namelijk twee kanten. Enerzijds is degene die een vrijgestelde prestatie verkrijgt vrijgesteld terwijl anderzijds degene die de handeling verricht is vrijgesteld van heffing van voorbelasting. Hierdoor blijft de belasting juist drukken op degene die de vrijgestelde handeling verricht.⁹³

Uit het arrest SKF werd duidelijk dat de verkoop van aandelen in een deelneming onder bepaalde omstandigheden een vrijgestelde economische activiteit is. Volgens de Europese Commissie houdt artikel 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn echter in dat enkel handelingen in het kader van een commerciële activiteit van verhandeling van waardepapieren hieronder

⁸⁹ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer: Kluwer 2010, p. 146.

⁹⁰ Conclusie A-G van Hilten, conclusie bij HR 5 oktober 2010, nr. 42863 bis, V-N 2011/2.13, punt 7.4; Noot Zadelhoff bij HR 5 maart 2010, nr. 08/01615, BNB 2010/195.

⁹¹ Noot Swinkels bij HvJ 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251.

⁹² HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 36.

⁹³ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 243.

vallen. De verkoop van de deelneming met het oog op de herstructurering van de groep, zoals in het arrest SKF, moet volgens de Commissie worden gezien als “*een strategische herschikking van de activa van de moedermaatschappij ter verkrijging van kapitaal om andere activiteiten te bekostigen*”.⁹⁴ Dit hoort niet onder de commerciële activiteit van een onderneming en dus valt de verkoop van het aandelenpakket van een onderneming in dit geval niet onder de vrijstelling van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn.

Als antwoord op de Commissie stelt het HvJ dat vrijstellingen strikt moeten worden uitgelegd aangezien deze afwijken van het beginsel dat over iedere dienst die onder bezwarende titel wordt verricht btw wordt geheven.⁹⁵ De letterlijke lezing van dit artikel wijst er op dat er geen andere conclusie kan zijn dan dat de verkoop van een deelneming onder de vrijstelling valt. De vrijstelling beperkt zich dus niet alleen tot de effectenhandelaar.⁹⁶ Zou het HvJ meegegaan zijn met de mening van de Commissie dan zouden in wezen identieke handelingen voor de btw-heffing verschillend worden behandeld naargelang zij al dan niet behoren tot de normale en gewone activiteiten van de belastingplichtige.⁹⁷ Dit gaat in tegen de doelstellingen van het btw-systeem om de rechtszekerheid te garanderen en de belastingheffing makkelijker te maken door af te gaan op de objectieve aard van de handeling.⁹⁸

Kortom het HvJ is het dus niet eens met de visie van de Commissie. Het kwalificeren van de verkoop van een aandelenpakket als economische activiteit leidt ertoe dat de verkoop van de deelneming volgens art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn is vrijgesteld. De uitzondering hierop is wanneer de koper buiten de Europese Unie is gevestigd, want in dat geval is er recht op aftrek van voorbelasting, ook al is er in beginsel sprake van een vrijstelling.⁹⁹

3.6 Aftrek van Voorbelasting

De aftrek van voorbelasting is een belangrijke pijler voor ons btw-stelsel. Het recht op aftrek van voorbelasting kan in beginsel niet worden beperkt.¹⁰⁰ Dit komt omdat het doel van de aftrekregeling is om de belastingplichtige te ontlasten van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw.¹⁰¹ Ons stelsel gaat er namelijk van uit dat er een verbruiksbelasting wordt geheven die strikt evenredig is aan de prijs van goederen en diensten, ongeacht het aantal handelingen dat in de productie- en distributieproces plaats heeft gevonden.¹⁰² Door iedere belastingplichtige het recht op aftrek van voorbelasting te verlenen wordt er gewaarborgd dat de geheven btw strikt evenredig is aan de prijs en niet blijft drukken

⁹⁴ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 44.

⁹⁵ HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-305/01 (MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring), V-N 2003/34, 13 r.o. 63; HvJ EU 19 april 2007, nr. C-455/05 (Velvet Steel Immobilien), V-N 2007/21.18, r.o. 14.

⁹⁶ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 46.

⁹⁷ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 47.

⁹⁸ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 47.

⁹⁹ Art. 169 (c) van de Btw-richtlijn.

¹⁰⁰ HvJ 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), V-N 2005/29.18, r.o. 33.

¹⁰¹ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 247; HvJ EU 14 februari 1985, nr. 286/83 (Rompelman), BNB 1985/315, r.o.19; HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), BNB 2001/118, r.o. 19.

¹⁰² Art. 1, lid 2 van de Btw-richtlijn.

op de ondernemers. Door dit systeem van aftrek van voorbelasting te gebruiken wordt het fiscale neutraliteit als stelselbeginsel niet geschonden.

De aftrek van voorbelasting wordt geregeld in art. 167 t/m 192 van de Btw-richtlijn. Art. 168 van de Btw-richtlijn zegt: *‘voor zover goederen en diensten gebruikt worden voor belaste handelingen van een belastingplichtige, is deze gerechtigd de door hem verschuldigde belastingbedragen’* in aftrek te brengen. Wat hier als eerste criterium uit kan worden gehaald is dat degene die de kosten wil aftrekken in ieder geval gekwalificeerd moet worden als belastingplichtige. Van Doesum en van Kesteren merken op dat, wil er recht op aftrek van voorbelasting bestaan, er in ieder geval gehandeld moet worden met de status van belastingplichtige.¹⁰³ Wanneer een persoon of onderneming geen belastingplichtige is dan kan er geen aftrek van voorbelasting zijn voor de handelingen die verricht worden. In het geval van een aandeelhouder die de aandelen enkel houdt is er geen sprake van een belastingplichtige en zijn handelingen met betrekking tot de aandelen onbelastbaar. Daarnaast is er ook vereist dat er kosten gemaakt worden in de hoedanigheid van belastingplichtige. Niet iedere handeling die een belastingplichtige verricht is automatisch een belastbare handeling. Een belastingplichtige kan immers ook onbelastbare handelingen verrichten. Een houdstervennootschap die ten aanzien van de aandelenverkoop dit niet doet in de hoedanigheid van belastingplichtige doet dit buiten het kader van haar belastingplicht.¹⁰⁴

Het tweede criterium wil er recht op aftrek van voorbelasting zijn is dat de goederen en diensten *gebruikt worden voor* belaste handelingen. Het enkel aankopen van goederen en diensten door een belastingplichtige is niet genoeg. De ingekochte goederen en diensten moeten kunnen worden toegerekend aan belaste handelingen.

Daarmee komen we bij het derde criterium dat uit art. 168 van de Btw-richtlijn kan worden gehaald. Er moet sprake zijn van belaste handelingen wil er recht zijn op aftrek van voorbelasting. Er moet een connectie zijn tussen de gemaakte kosten en belaste handelingen. Deze kosten worden ook wel directe kosten genoemd. Het komt echter ook voor dat kosten toegerekend worden aan vrijgestelde of onbelastbare handelingen. In beginsel kan er dan geen sprake zijn van aftrek van voorbelasting.

3.6.1 Belastbare handelingen

Belastbare handelingen bestaan zowel uit belaste als vrijgestelde handelingen. Wanneer kosten direct toegerekend kunnen worden aan belaste handelingen is er geen probleem voor het aftrekrecht. Het criterium *“gebruikt voor”* uit art. 168 van de Btw-richtlijn is ingevuld door het HvJ. Onder andere in het arrest Midland Bank is bepaald dat er een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang dient te bestaan tussen een bijzondere handeling in een eerder stadium en een of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek

¹⁰³ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, ‘Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming’, WFR 2011/1465.

¹⁰⁴ A.J. van Doesum en H.W.M. van Kesteren, ‘Aftrek van voorbelasting ter zake van handelingen buiten het kader van de onderneming’, WFR 2011/1465, par. 2.2.

bestaat.¹⁰⁵ Hiervan is in ieder geval sprake wanneer de gemaakte kosten zijn opgenomen in de prijs van belaste handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat.¹⁰⁶ In dat geval is er sprake van directe kosten die toe te rekenen zijn aan belaste handelingen. Er is een volledige aftrek van voorbelasting mogelijk.

In het arrest *Midland Bank*¹⁰⁷ gaat het om kosten van diensten voor een juridisch geschil dat na de belastbare handeling is ontstaan. In casu kunnen de gemaakte kosten niet opgenomen worden in de prijs van de belaste handeling die heeft plaatsgevonden voordat de kosten zijn gemaakt. De kosten hebben hierdoor geen rechtstreeks en onmiddellijk verband met een belaste handeling, tenzij de belastingplichtige met objectieve elementen kan aantonen dat de kosten van de diensten een bestanddeel van de prijs van de in een later stadium verrichte handeling.¹⁰⁸ Vervolgens oordeelt het HvJ EU dat de kosten wel aan te merken zijn als algemene kosten indien zij als zodanig onderdeel zijn van de prijs van de producten van een onderneming.¹⁰⁹ De kosten maken dan deel uit van de belastingplichtige zijn economische activiteiten in zijn geheel. De voorbelasting die op de kosten drukt kan naar het geldende pro rata van de belastingplichtige in aftrek worden gebracht.

Wanneer AB SKF haar deelnemingen verkoopt zijn dit belastbare, maar vrijgestelde handelingen. Om tot aftrek van voorbelasting te komen kijkt het HvJ eerst of er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen een bepaalde handeling in een eerder stadium en een of meer handelingen in een later stadium. Gezien de feiten van de zaak houden de kosten echter verband met een vrijgestelde handeling en dan kan er geen sprake zijn van heffing van belasting in een later stadium, noch aftrek van voorbelasting.¹¹⁰ Het HvJ oordeelt dat volgens de beschrijving van de verwijzende rechter de diensten een rechtstreekse betrekking hebben op de aandelen verkoop en deel uit maken van de algemene kosten van SKF in haar geheel.¹¹¹ Om vast te kunnen stellen of er een rechtstreeks en onmiddellijk verband is, is het wel van belang om te weten of de gedane uitgaven uitsluitend deel uitmaken van de bestanddelen van de prijs van de producten van AB SKF of dat de gemaakte uitgaven zijn opgenomen in de prijs van de aandelen. De belastingplichtige moet kunnen aantonen dat de kosten onderdeel zijn van de kostprijs van haar producten. Het HvJ laat het over aan de verwijzende rechter om hierover een oordeel te geven aangezien dit niet duidelijk wordt aan de hand van de feiten die zij heeft gekregen.

Mierop en Bouwmeester leveren kritiek op het HvJ. Volgens hun heeft het HvJ de methodiek voor aftrek van voorbelasting vastgesteld, maar heeft het HvJ hierbij geen handvatten gegeven met betrekking tot de implementatie van de methodiek.¹¹² Het eisen dat de belastingplichtige

¹⁰⁵ HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), BNB 2001/118, r.o. 24; HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26, r.o. 26; HvJ EU 8 februari 2007, nr. C-435/05 (*Investrand*), V-N 2007/12.19, r.o. 23.

¹⁰⁶ HvJ EU 27 september 2001, nr. C-16/00 (*Cibo Participations SA*), V-N 2001/55.7, r.o. 31; HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (*Kretztechnik AG*), V-N 2005/29.18, r.o. 35; HvJ EU 8 februari 2007, nr. C-435/05 (*Investrand*), V-N 2007/12.19, r.o. 23.

¹⁰⁷ HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), BNB 2001/118.

¹⁰⁸ HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), BNB 2001/118, r.o. 33.

¹⁰⁹ HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (*Midland Bank*), BNB 2001/118, r.o. 31.

¹¹⁰ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (*AB SKF*), BNB 2010/251, r.o. 59.

¹¹¹ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (*AB SKF*), BNB 2010/251, r.o. 61.

¹¹² R. Mierop en J. Bouwmeester, "AB SKF: eindelijk duidelijkheid over de btw-aftrek bij verkoop deelneming?", WFR 2010/44.

moet kunnen aantonen dat het aannemelijk is dat de kosten in de prijs van de aandelen verdisconteerd is, zal niet altijd even eenvoudig zijn voor de belastingplichtige. Daarnaast vraag ik me af hoe kosten in de prijs van aandelen kunnen worden opgenomen. De prijs van de aandelen bij een aandelenverkoop zal worden bepaald door vraag en aanbod en zodoende kunnen kosten niet opgenomen worden in de prijs van aandelen. Daarentegen merken van Kesteren, van Doesum en van Norden op dat vanuit een economisch standpunt de kosten deel uitmaken van de kostprijs van de aandelen. Er kan vanuit worden gegaan dat alle kosten van de verkoop transactie deel uitmaken van de prijs van de aandelen. De enige variabele is de winst die gemaakt wordt bij de verkoop van de aandelen en in deze redenering kan een rechtstreeks en onmiddellijk verband worden gelegd.¹¹³

Verder zijn van Doesum, van Kesteren en van Norden van mening dat het ongewenst is dat het rechtstreeks en onmiddellijk verband wordt getest aan de hand van een kosten allocatie. Zij zien liever dat er gekeken wordt of er ook daadwerkelijk een causaal verband bestaat tussen de kosten en de handeling. De vraag die eigenlijk gesteld moet worden is of de belastingplichtige de kosten ook zou hebben gemaakt indien hij de handeling niet heeft gemaakt.¹¹⁴

Van Doesum en van Kesteren hebben dit verder uitgewerkt in een artikel over de onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen.¹¹⁵ In dit artikel wordt gekeken wanneer er een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang bestaat tussen gemaakte kosten en handelingen van een belastingplichtige. De rechtstreekse en onlosmakelijke samenhang is zowel van belang bij de toerekening van kosten aan directe kosten als aan algemene kosten. Uit de jurisprudentie van het HvJ kunnen drie criteria worden gehaald die toegepast worden om een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang vast te stellen: verdiscontering, finaliteit en causaliteit.

De verdisconteringstoets houdt in dat de kosten zijn opgenomen in de prijzen van de belastbare handelingen van de belastingplichtige. Dit is het criterium waaraan het HvJ veel waarde lijkt te hechten. Dit is onder andere af te leiden van het arrest Midland Bank. Hoewel de kosten gemaakt zijn nadat de handeling heeft plaatsgevonden toetst het HvJ eerst aan de hand van verdisconteringstoets of de kosten toch in de prijs van de handeling van Midland Bank is opgenomen. Het HvJ komt echt tot de conclusie dat de kosten moeten zijn ontstaan voordat een belaste handeling wordt verricht wil er sprake kunnen zijn van directe kosten. De verdisconteringstoets is in deze situatie moeilijk te gebruiken om vast te stellen of er een rechtstreekse en onlosmakelijke samenhang bestaat met belaste handelingen. De belastingplichtige moet dan kunnen aantonen dat hij vooraf al rekening heeft gehouden met de gemaakte kosten door deze al van te voren in de prijs op te hebben genomen.

In het arrest AB SKF zijn de kosten niet gemaakt nadat de handeling heeft plaatsgevonden en er lijkt het HvJ dan ook niets in de weg te staan om de verdisconteringstoets toe te passen. Het HvJ begint dan ook eerst dat er moet worden gekeken of de verdisconteringstoets toegepast kan worden door te kijken of de kosten zijn verdisconteerd in de prijzen van de handelingen van SKF. Zoals eerder al vastgesteld, kan in het arrest AB SKF niet toegekomen worden aan een

¹¹³ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 68.

¹¹⁴ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 68.

¹¹⁵ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885.

rechtstreeks en onmiddellijk verband met een belaste handeling aangezien er sprake is van een vrijgestelde handeling. Het HvJ komt alsnog op grond van de verdisconteringstoets tot de conclusie dat er een rechtstreeks verband kan zijn met de algehele economische activiteit indien de kosten algemene kosten zijn en dat de kosten geacht mogen worden verdisconteerd te zijn in de prijs van de handelingen van de belastingplichtige. Er bestaat hierdoor een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang met de algehele economische activiteit.

Bij de finaliteitstoets wordt gekeken met welk oogmerk bepaalde kosten zijn gemaakt. Hierdoor kan deze toets ook toepassing vinden indien de kosten zijn gemaakt nadat een handeling al heeft plaatsgevonden.¹¹⁶ Een voorbeeld hiervan is het arrest Fini H.¹¹⁷ In dit arrest gaat het om een ondernemer die al zijn activiteiten staakt, maar die vanwege het afgesloten huurcontract nog steeds voor periode de huur moet blijven betalen. Normaliter zou er geen sprake zijn meer van aftrek van voorbelasting, aangezien de kosten niet meer toe te rekenen zijn aan belastbare handelingen. Er vinden immers geen belastbare handelingen meer plaats na het staken van de onderneming. Aangezien de kosten zijn gemaakt met het oog op de belastbare activiteiten die vroeger hebben plaatsgevonden, blijft de ondernemer hiervoor toch belastingplichtige tot aan het einde van het huurcontract. Er is een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang met de economische activiteit van de belastingplichtige voor de gehele duur van de huur. Hierdoor kan er nog steeds aftrek van voorbelasting genoten worden. De finaliteitstoets kan in het arrest Midland Bank niet tot een rechtstreeks en onmiddellijke samenhang komen tussen kosten en de belastbare handelingen van Midland Bank. De kosten zijn in deze zaak niet gemaakt met het oog op belaste handelingen, maar met het oog op de juridische dienstverlening die is ingeschakeld tegen de schadeclaim.¹¹⁸

De causaliteitstoets houdt in dat de kosten voortvloeien uit de uitgaande handelingen. Hierbij moet worden afgevraagd of de kosten ook zouden zijn gemaakt indien de handelingen niet zouden zijn verricht. Deze toets lijkt vooral van belang te zijn indien kosten ontstaan nadat de uitgaande handelingen waarop zij betrekking hebben zijn verricht.¹¹⁹ Indien de kosten voordat de handelingen worden verricht ontstaan gebruikt het HvJ veelal de verdisconteringstoets of finaliteitstoets. Om maar weer terug te haken op het arrest Midland Bank is dit in tegenstelling tot de finaliteitstoets wel een goed criterium om te toetsen of er een rechtstreeks en onlosmakelijke samenhang bestaat. Indien er geen financiële handelingen waren verricht zou er geen schadeclaim zijn ontstaan en zou Midland Bank als gevolg geen juridische kosten hoeven te maken. Om die reden bestaat er een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de btw over de juridische kosten en de belaste handeling van Midland Bank. Naar mijn mening past deze toets beter bij het Midland Bank arrest dan de verdisconteringstoets. Met de verdisconteringstoets kan geen direct verband gelegd worden met de belaste handeling van Midland Bank aangezien de kosten na de belaste handeling zijn gemaakt. Daarom oordeelt het HvJ de kosten als algemene kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de algehele economische activiteit. Met de causaliteitstoets kan direct het verband worden gelegd met de belaste handeling in plaats van de gehele economische activiteit. Het is wenselijker om

¹¹⁶ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885, par. 3.

¹¹⁷ HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-32/03 (Fini H), V-N 2005/15.8.

¹¹⁸ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885, par. 4.2.

¹¹⁹ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885, par. 4.4.

kosten toe te kunnen rekenen aan één enkele activiteit dan aan de gehele economische activiteit van de belastingplichtige. Immers kijkt het HvJ bij de verdisconteringstoets ook eerst of kosten als directe kosten toegerekend kunnen worden aan een belaste handeling.

De vraag die aan de hand hiervan gesteld moet worden is aan welke toetsing het HvJ nou het meeste waarde hecht en of er een rangorde bestaat tussen de drie toetsen. Het HvJ gebruikt alle drie de toetsen en gebruikt soms ook meerdere toetsen tegelijkertijd. Niet altijd leidt een enkel criterium tot het gewenste resultaat. De mogelijkheid om aan meerdere criteria te toetsen zorgt vaker voor een bruikbaar resultaat. In de arresten *Midland Bank* en *AB SKF* kreeg de verdisconteringstoets duidelijk de voorkeur van het HvJ. Daarentegen past de finaliteitstoets beter bij art. 168 van de Btw-richtlijn waar gesproken wordt over “gebruikt voor belaste handelingen”. Het enkel verdisconteren van de kosten in de prijs van belaste handelingen is dus niet voldoende. De goederen of diensten moeten ook daadwerkelijk gebruikt worden voor belaste handelingen. Er is naar mijn mening geen echte rangorde te vinden in de drie criteria. Het HvJ heeft misschien een lichte voorkeur voor de verdisconteringstoets, maar gebruikt alle drie de criteria door elkaar en tezamen. Verder geeft het HvJ de nationale rechters alle ruimte om alle drie de criteria te gebruiken om tot een passende conclusie te kunnen komen of er inderdaad sprake is van een rechtstreeks en onmiddellijk verband.

3.6.2 Onbelastbare handelingen

Zoals eerder besproken is in art. 168 van de Btw-richtlijn vereist dat er voor aftrek van voorbelasting een belaste handeling plaats moet vinden. De Btw-richtlijn geeft verder geen mogelijkheid tot aftrek van voorbelasting indien er een onbelastbare handeling plaatsvindt. Dit kan tot ongewenste situaties leiden, bijvoorbeeld in het geval een vennootschap aandelen aankoopt, uitgeeft of niet in de hoedanigheid van belastingplichtige verkoopt. Dit betekent niet dat het HvJ art. 168 van de Btw-richtlijn altijd volgt. Het HvJ erkent wel dat de toerekening van kosten aan een onbelastbare handeling btw-technisch niet mogelijk is en dus niet tot aftrek van voorbelasting kan leiden. Het HvJ gunt echter, met het oog op de fiscale neutraliteit, de belastingplichtige in bepaalde situaties wel aftrek van voorbelasting. Dit doet het HvJ door te kijken of voor de gedane uitgaven een rechtstreeks en onlosmakelijke verband bestaat met de algehele economische activiteit. Het HvJ maakt zoals van Doesum en van Kesteren het noemen hiermee een “paardensprong” en gaat hiermee voorbij aan het kijken of er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat met een of meer belaste handelingen.¹²⁰

Ook voor onbelastbare handelingen zijn de drie toetsen belangrijk. De verdisconteringstoets en causaliteitstoets komen in dezelfde vorm voor. De finaliteitstoets in zijn normale vorm werkt echter niet voor onbelastbare handelingen, aangezien de kosten dan worden gemaakt met het oog op een onbelastbare handeling. Een bijzondere vorm van de finaliteitstoets is de investeringstoets. Deze investeringstoets houdt in dat gekeken moet worden in welke mate opbrengsten die worden behaald met een handeling de versterking van de algehele economische activiteit wordt beoogd. De investeringstoets komt duidelijk naar voren in het

¹²⁰ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, ‘De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen’, WFR 2012/885, par. 5.1.

arrest Kretztechnik.¹²¹ Kretztechnik is een aandelenvennootschap die als maatschappelijk doel heeft de ontwikkeling en verkoop van medische apparatuur. Op een gegeven moment besluit Kretztechnik om nieuwe aandelen uit te geven. Met betrekking tot deze uitgifte worden kosten gemaakt waarop btw drukt. Kretztechnik wil deze de btw in aftrek brengen, maar aangezien een aandelenaangifte een niet economische activiteit is wordt deze aftrek niet verleend. Het HvJ oordeelt echter dat Kretztechnik met deze handeling haar kapitaal ten behoeve van de algehele economische activiteit beoogde te versterken en dat daardoor de gemaakte kosten deel uitmaken van de algemene kosten en zodanig als bestanddelen van de prijs van haar producten zijn opgenomen. Er is dus een rechtstreeks en onmiddellijke samenhang tussen de diensten en de gehele economische activiteit van de belastingplichtige.¹²² Bij onbelastbare handelingen komt het HvJ tot een andere conclusie dan in het arrest BLP en kan er dus alsnog gekeken worden met welke bedoeling een belastingplichtige een bepaalde handeling heeft verricht.

Een voorbeeld waarin het HvJ met het oog op de causaliteitstoets juist niet tot een rechtstreeks en onmiddellijk verband komt is het arrest Investrand.¹²³ Investrand is een onderneming die kosten heeft gemaakt voor een arbitrageprocedure in een periode waarin zij reeds belastingplichtige was voor de btw, maar waarvan de kosten een rechtstreeks en onlosmakelijk verband hebben met een aandelenverkoop die op een tijdstip plaatsvond waarop Investrand nog geen belastingplichtige was. Een directe kostentoe rekening is dus niet mogelijk aangezien de aandelenverkoop destijds gekwalificeerd kan worden als een onbelastbare handeling. Het HvJ onderzoekt vervolgens wel of de kosten als algemene kosten kunnen worden gezien. Dit zou het geval zijn indien de kosten een rechtstreeks en onlosmakelijk verband hebben met de later ontstane algehele economische activiteiten van Investrand. Het HvJ antwoordt hier negatief op aangezien de kosten geen causaal verband hielden met de later ontstane economische activiteiten. Daarnaast stelt het hof vast dat Investrand de kosten voor een onbelastbare aandelenverkoop ook zou hebben gemaakt als de economische activiteit niet zou bestaan op het moment dat de kosten zijn gemaakt.¹²⁴ Aftrek van voorbelasting was voor Investrand niet toegestaan.

Het HvJ houdt volgens van Kesteren een te eenvoudige benadering aan. Indien er geen direct verband kan worden gelegd met belaste handelingen wordt er gelijk gekeken of het algemene kosten zijn die verband houden met de gehele economische activiteit. De kosten zijn dan hoogstens aftrekbaar naar de hoogte van de pro rata van de belastingplichtige. Van Kesteren vindt dat er aan vier stappen getoetst moet worden.¹²⁵

Bij stap 1 moet gekeken worden of de kosten zijn toe te rekenen aan een onbelastbare handeling. Indien inderdaad een toerekening van kosten aan een onbelastbare handeling wordt geconstateerd, dan kunnen de kosten niet aangemerkt worden als directe kosten. Onbelastbare handelingen bestaan immers niet voor de btw en er kunnen dan btw-technisch geen kosten aan toegerekend worden. Indien dit het geval is dan is er alsnog sprake van directe kosten. De belastingplichtige kan dan alsnog een volledige aftrek van voorbelasting genieten.

¹²¹ HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik AG), V-N 2005/29.18.

¹²² HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik AG), V-N 2005/29.18, r.o. 36.

¹²³ HvJ EU 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), V-N 2007/12.19.

¹²⁴ HvJ EU 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), V-N 2007/12.19, r.o. 36.

¹²⁵ H.W.M. van Kesteren, 'Directe en algemene kosten in de btw', WFR 2008/318, par. 5.

Wanneer er geen direct verband kan worden gelegd met een belaste handeling, moet er vervolgens in stap 2 gekeken worden of de kosten voor een onbelastbare handeling btw-technisch toch verdisconteerd zijn in de prijzen van een of meerdere handelingen die wel aan btw zijn onderworpen. De kosten houden dan alsnog een rechtstreeks en onmiddellijk verband met belaste handelingen. Een voorbeeld hiervan is wanneer bij de aankoop van een deelneming de kosten worden doorbelast aan een andere partij en deze kostendoorbelasting is te beschouwen als een betaling voor een belastbare dienst.¹²⁶ Volgens Hummel is er echter niet altijd sprake van een prestatie in het geval van een kosten doorbelasting.¹²⁷ Van Kesteren vult dit verder in door te constateren dat een kostendoorbelasting in ieder geval een prestatie vormt voor de btw als de afnemende partij ook een voordeel verkrijgt dat hij of zij kan verbruiken.¹²⁸ Bijvoorbeeld in het geval dat een houdstervennootschap advies nodig heeft bij de aankoop van een deelneming en deze kosten vervolgens doorbelast worden naar de rest van haar deelnemingen dan is dit een kostenbelasting voor een managementdienst indien de houdstervennootschap dit doet in het belang van haar deelnemingen.¹²⁹

Indien volgens stap 1 en 2 niet tot directe kosten kan worden gekomen moet er pas gekeken worden of er eventueel sprake is van algemene kosten. In stap 3 gebeurt dit door te kijken of de ingekochte goederen algemene kosten betreffen die rechtstreeks en onlosmakelijk samenhangen met een afgebakend gedeelte van de onderneming. De kosten kunnen dan toegerekend worden aan handelingen van dit afgebakend gedeelte van de onderneming. De optie om kosten toe te rekenen aan een afgebakend gedeelte van de onderneming is in het arrest Abbey National I voor het eerst voorgekomen.¹³⁰ Als de kosten inderdaad betrekking hebben op een afgebakend gedeelte van de economische activiteit dan zijn dit algemene kosten waarvan de btw in aftrek kan worden gebracht. Dit kan zelfs leiden tot volledige aftrek van voorbelasting indien het desbetreffende afgebakende gedeelte alleen maar handelingen verricht die aan btw zijn onderworpen.¹³¹ Dit werkt ook andersom, want indien het afgebakende gedeelte van de onderneming geheel vrijgesteld of onbelast presteert is er geen aftrek van voorbelasting nodig. Indien een afgebakend gedeelte zowel belast als vrijgesteld presteert dan kan stap 3 volgens van Kesteren niet van toepassing zijn.¹³² Het ziet dus alleen op een afgebakend gedeelte van de onderneming die ofwel belast ofwel vrijgesteld presteert. Het is niet de bedoeling dat de pro rata van de algehele activiteit van de belastingplichtige wordt vervangen door het pro rata van het afgebakende gedeelte. Dit is alleen anders indien een lidstaat gebruik heeft gemaakt van art. 173 van de Btw-richtlijn, die de mogelijkheid geeft om per sector van de economische activiteit een deel-pro rata aan te houden.

Wat nu moet worden verstaan onder een afgebakend gedeelte van de onderneming maakt het HvJ niet duidelijk in het arrest Abbey National I. Volgens van Kesteren moet niet te gemakkelijk kunnen worden gekomen tot de beslissing dat er een afgebakend gedeelte is. Het zal moeten gaan om een *“gedeelte van de economische activiteit die enige mate van zelfstandigheid heeft en ook levensvatbaar is buiten het kader van de (algehele) economische activiteit waarin het is*

¹²⁶ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, ‘De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen’, WFR 2012/885, par. 5.6.

¹²⁷ C.J. Hummel, ‘De btw-aspecten van een overname’, NTFR beschouwingen 2007/25, par. 3.

¹²⁸ H.W.M. van Kesteren, ‘Directe en algemene kosten in de btw’, WFR 2008/318, par. 6.1.

¹²⁹ H.W.M. van Kesteren, ‘Directe en algemene kosten in de btw’, WFR 2008/318, par. 6.1.

¹³⁰ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), V-N 2001/15.26, r.o. 35.

¹³¹ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), V-N 2001/15.26, r.o. 39.

¹³² H.W.M. van Kesteren, ‘Directe en algemene kosten in de btw’, WFR 2008/318, par. 8.

vervat (een autonoom bedrijfsonderdeel)".¹³³ In de zaak Abbey National I ging het om een afgebakend gedeelte van een onderneming dat werd overgedragen als zijnde een algemeenheid van goederen ex art. 19 en 29 van de Btw-richtlijn. De vraag die gesteld kan worden is of de toerekening aan een afgebakend gedeelte van de onderneming ook van toepassing kan zijn als de uitgaande handelingen om een andere manier onbelastbare handelingen zijn. Volgens van Kesteren bestaat deze mogelijkheid, aangezien in het arrest Abbey National I deze leer eerst in zijn algemeenheid is uitgewerkt voordat deze is toegepast op de concrete situatie van de overdracht van een gedeelte van de onderneming.¹³⁴

Als laatste optie wordt er indien in de vorige 3 stappen niet een rechtstreeks verband kan worden aangetoond met een of meer aan de btw onderworpen handeling of indien er geen sprake kan zijn van een verband tussen de kosten en een afgebakend gedeelte van een onderneming dan kan stap 4 uitkomst bieden. Als laatste wordt getoetst of de gemaakte kosten als algemene kosten van de algehele economische activiteit kunnen worden gezien.

3.6.3 De pro rata

Wanneer kosten die gemaakt zijn voor de verkoop van de aandelen van een deelneming alleen maar als algemene kosten aangemerkt kunnen worden, omdat het ofwel een vrijgestelde handeling ofwel een onbelastbare handeling betreft, kan de belastingplichtige slechts naarmate van zijn pro rata aftrek van voorbelasting genieten. De pro rata wordt op grond van art. 174 lid 1 van de Btw-richtlijn berekend door in de teller de totale omzet die wordt behaald met handelingen waarvoor recht op aftrek van btw bestaat op te nemen. Deze teller wordt gedeeld door de noemer, welke de totale omzet betreft inclusief handelingen waarvoor geen recht op aftrek van btw bestaat. Dit houdt in dat indien een belastingplichtige alleen maar belaste prestaties verricht deze alsnog een volledige aftrek van voorbelasting kan genieten. Dit aftrekrecht wordt echter beperkt wanneer er naast de belaste handelingen ook onbelastbare of vrijgestelde handelingen worden verricht.

Uit de arresten van het HvJ wordt niet duidelijk welke componenten moeten worden opgenomen in de pro rata berekening. De verkoop van een deelneming kan enerzijds een vrijgestelde handeling zijn en anderzijds een onbelastbare. Dit houdt in dat wanneer de omzet van de aandelenverkoop in de noemer van de pro rata opgenomen moeten worden deze een groot negatief effect hebben op de pro rata van de belastingplichtige aangezien voor de verkoop van de aandelen van een deelneming meestal een substantieel bedrag aan omzet wordt gemaakt. Het is dus de vraag of de verkoopopbrengst van de aandelenverkoop in de noemer van de pro rata moet worden opgenomen. In principe is dit wel het geval, behalve indien er op grond van art. 174 lid 2 sub b van de Btw-richtlijn sprake is van bijkomstige financiële handelingen.

Wat in ieder geval niet als bijkomstige financiële handeling wordt beschouwd kwam aan bod in het al eerder besproken arrest Régie Dauphinoise. Hierin werd besloten dat wanneer een handeling wordt beschouwd als een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteiten van een belastingplichtige, deze geen bijkomstige financiële handeling

¹³³ H.W.M. van Kesteren, 'Directe en algemene kosten in de btw', WFR 2008/318, par. 7.

¹³⁴ H.W.M. van Kesteren, 'Directe en algemene kosten in de btw', WFR 2008/318, par. 9.

kan zijn.¹³⁵ Ook in het arrest NCC werd geconstateerd dat de verkoop van bouwprojecten van een aannemer niet als bijkomstig kan worden gezien, aangezien deze het rechtstreekse verlengstuk zijn van de bouwactiviteiten voor derden.¹³⁶ Wanneer bij de verkoop van een deelneming, zoals in het arrest AB SKF, dus wordt geconstateerd dat er sprake is van een verlengstuk, kan er hierdoor voor de verkoop van de aandelen van SKF dus geen sprake zijn van een bijkomstige financiële handeling. Dit heeft als gevolg dat de opbrengst van de vrijgestelde verkoop van een deelneming moet worden opgenomen in de totale opbrengst van de pro rata berekening. Dit heeft een negatieve impact op het recht op aftrek van voorbelasting.

In het arrest EDM wordt verder uitgewerkt wat een bijkomstige financiële handeling inhoudt. In het arrest EDM komt namelijk naar voren dat de omvang van de opbrengsten van de financiële handeling die aan btw onderworpen zijn een rol spelen in de bepaling of er sprake is van een bijkomstige financiële handeling. Wanneer deze opbrengsten zodanig hoog zijn dat uit de bijkomstige handelingen eigenlijk meer inkomsten worden behaald dan uit de hoofdactiviteiten van de belastingplichtige, kunnen deze handelingen moeilijk meer als bijkomstig aangemerkt worden.¹³⁷ Daarbij zijn Van Doesum, van Kesteren en van Norden van mening dat dit niet alleen geldt wanneer er sprake is van de verlengstukgedachte. Op basis van de inhoud van het arrest EDM geldt dit ook voor een moeiende houdstermaatschappij of indien er gehandeld wordt als effectenmakelaar. Er moet namelijk bij de beslissing of er sprake is van een bijkomstige financiële handeling gekeken worden in hoeverre handelingen gebruik maken van goederen en diensten waarvoor btw verschuldigd is.¹³⁸ Als deze handelingen namelijk veel gebruikt maakt van diensten en goederen waarvoor btw verschuldigd is kunnen deze moeilijk als bijkomstig worden aangemerkt. Van Doesum, van Kesteren en van Norden merken op dat bij de aandelenverkoop vaak een tal aan adviesdiensten aangewend worden die aan btw onderworpen zijn en dat dus de aandelenverkoop niet is aan te merken als een bijkomstige financiële handeling.¹³⁹

Naast de toepassing van de normale pro rata, kan er ook sprake zijn van een pre pro rata. Tot nu toe werden algemene kosten geacht te zijn verdisconteerd in de prijzen van alle handelingen en daarmee onlosmakelijk samenhangen met de algehele economische activiteit. Met de pre pro rata wordt er eerst nog een extra stap verricht indien kosten zowel aan economische activiteiten als aan niet economische activiteiten kunnen worden toegerekend. Deze situatie komt voor het eerst aan bod in het arrest Securenta.¹⁴⁰ Securenta is een onderneming die zich bezighoudt met de aankoop en verkoop en beheren van onroerende goederen, effecten, deelnemingen en beleggingen. Hiervoor heeft zij extra kapitaal nodig en daarom besluit zij over te gaan tot de uitgifte van aandelen en atypische stille deelnemingen. Er ontstaat een geschil over de aftrek van voorbelasting op kosten die niet toerekenbaar zijn aan btw belaste handelingen die op een later tijdstip plaatsvinden. Aan de hand hiervan is de vraag voorgelegd aan het HvJ hoe, in het geval dat de belastingplichtige zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, het recht op aftrek van voorbelasting moet worden geregeld. Vervolgens wordt ook de vraag gesteld wat voor impact dit heeft op de verdeelsleutel (de pro

¹³⁵ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie dauphinoise), V-N 1997/965, 26, r.o. 22.

¹³⁶ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC construction Danmark A/S), V-N 2009/56.14, r.o. 33.

¹³⁷ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 77.

¹³⁸ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 78.

¹³⁹ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 67.

¹⁴⁰ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20.

rata). Dit arrest lijkt in beginsel op het arrest Kretztechnik, maar in Kretztechnik werden de opbrengsten aangewend voor belaste handelingen terwijl in Securenta de opbrengsten ook deels worden aangewend voor onbelastbare handelingen. Het HvJ oordeelt hierover dat er slechts een recht op aftrek bestaan in zover het aangetrokken kapitaal wordt gebruikt voor de economische activiteit van de betrokkene. De kosten van de uitgifte van de aandelen is niet uitsluitend toe te rekenen aan economische activiteiten die de belastingplichtige in een later stadium verricht en hierdoor zijn de kosten dus niet uitsluitend opgenomen in de prijs van belaste handelingen.¹⁴¹ De Btw-richtlijn heeft geen regeling of criteria die de lidstaten moeten toepassing om de verdeling vast te stellen wanneer kosten zowel verband houden met economische activiteiten en niet-economische activiteiten.¹⁴² Het is de taak van de lidstaten de methodiek en criteria vast te stellen om tot de juiste berekening te komen.¹⁴³ De Staatssecretaris van Financiën heeft dit gedaan in een besluit waarbij hij concludeert dat, wanneer kosten zowel betrekking hebben op economische activiteiten als niet-economische activiteiten, deze kosten moeten worden gesplitst naar het deel waarvoor recht op aftrek bestaat en naar een deel waarvoor geen recht op aftrek bestaat. Hierbij zijn de feiten en omstandigheden van het concrete geval van belang en hierbij moet aansluiting worden gezocht bij objectieve factoren.¹⁴⁴

3.7 Een voorbeeld

In de voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk is de fiscale behandeling van de overdracht van een onderneming door middel van een aandelenoverdracht aan bod gekomen. Aan de hand van een voorbeeld zal ik nu bestuderen of er een verschil in behandeling bestaat tussen verschillende situaties die men tegen kan komen bij de aandelenverkoop.

Casus:

Een in Nederland gevestigde houdstervenootschap heeft drie deelnemingen die zij wenst te verkopen met het bedoeling om met de verkoopopbrengst schulden af te lossen. Deelneming A is een 100% deelneming waarin X zich moet tegen vergoeding. Deelneming B is een 30% deelneming waarin X zich moet tegen vergoeding. Deelneming C is een 100% deelneming waar X zich niet in moet. X roept de hulp in van verscheidene adviseurs om te zorgen dat de verkoop goed verloopt. X vraagt zich af in hoeverre zij recht heeft op aftrek van voorbelasting.

Aangezien de houdstervenootschap zich moet in deelnemingen A en B, is het houden van de aandelen hiervan een economische activiteit. Ook de verkoop van de aandelen kan als een economische activiteit worden gezien zoals in het arrest AB SKF is geoordeeld door het HvJ. In het arrest X BV wordt het uiteindelijk bevestigd dat dit ook voor een minderheidsdeelneming geldt.¹⁴⁵ Deze verkoop van aandelen is echter een vrijgestelde handeling. Voor de aftrek van voorbelasting betekent dit niet gelijk dat er geen aftrek mogelijk is. Door uitspraken van het HvJ

¹⁴¹ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20, r.o. 29.

¹⁴² HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20, r.o. 33.

¹⁴³ HvJ EU 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.20, r.o. 34.

¹⁴⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën, 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16 par 3.4.1.

¹⁴⁵ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 38.

kan geconcludeerd worden dat er alsnog een recht op aftrek van voorbelasting ontstaat indien de handeling een rechtstreekse en onlosmakelijke samenhang vertoont met één of meerdere belaste handelingen in een later stadium, zodat er sprake is van directe kosten. Daarnaast kan er ook sprake zijn van algemene kosten indien de handelingen een direct en onlosmakelijke samenhang vertoont met een afgebakend gedeelte van de economische activiteit of indien dit niet mogelijk is, met de algehele economische activiteit. Om de onlosmakelijke samenhang vast te stellen zal gebruik kunnen worden gemaakt van de verdisconteringstoets. De finaliteitstoets is hier ook toe te passen, indien aangetoond kan worden dat de kosten zijn gemaakt met het oog op belastbare handelingen waarvoor recht op aftrek van voorbelasting bestaat¹⁴⁶ De causaliteitstoets wordt door het HvJ veelal gebruikt om een onlosmakelijke samenhang vast te stellen indien de kosten opkomen nadat de uitgaande handelingen zijn verricht¹⁴⁷ Indien de kosten pas opkomen nadat de aandelen al verkocht zijn, kan er onderzocht worden of de kosten ook gemaakt zouden zijn indien de aandelenverkoop niet had plaatsgevonden. Wanneer kosten opkomen voordat de aandelen verkocht worden zal vooral de verdisconteringstoets gebruikt worden. In dat geval moet gekeken worden of de kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de overdracht van de aandelen verdisconteerd zijn in de prijs van de aandelen. Kan er uiteindelijk geen onlosmakelijke samenhang vastgesteld worden met de algehele economische activiteit of is er een direct verband met de vrijgestelde verkoop van de aandelen, dan is er in zijn geheel geen sprake van aftrek van voorbelasting. Het zal voor de belastingplichtige dus van belang zijn om aan te tonen of de kosten zijn opgenomen als onderdeel van de prijs van de goederen en diensten van de onderneming zodat er een verband ontstaat met een afgebakend gedeelte van de economische activiteit of de algehele economische activiteit zodat er sprake is van algemene kosten. Wanneer dit het geval is dan kan de houdstermaatschappij aftrek genieten naar mate van de voor haar geldende pro rata. Of de opbrengst van de aandelenverkoop in de pro rata moet worden opgenomen hangt af van de handeling. Wanneer deze is aan te merken als een bijkomstige financiële handeling dan hoeft deze niet in de pro rata te worden opgenomen. In het geval van een moeiende houdster is het een bijkomstige financiële handeling voor zover de handeling een zeer beperkt gebruik impliceert van goederen en diensten waarover btw is verschuldigd.¹⁴⁸ Het aftrekrecht kan dus beperkt worden indien de houdstermaatschappij gebruikt maakt van verscheidene diensten waarover btw is verschuldigd ten behoeve van de aandelenoverdracht.

Wanneer de houdstermaatschappij de aandelen enkel houdt, zoals bij deelneming C, zonder enige moeiende activiteiten in de deelneming is er geen sprake van enige economische activiteit. Het feit dat een houdster meerdere deelnemingen houdt die wel als economische activiteit gekwalificeerd kunnen worden heeft hier geen invloed op. Dit blijkt uit het arrest Larentia en Minerva/Marenave. Voor iedere deelneming moet op zichzelf worden beoordeeld of er sprake is van een moeiende houdster.¹⁴⁹ Toch is ook in dat geval in bepaalde situaties aftrek van voorbelasting mogelijk. Ook hier haakt het HvJ aan bij een rechtstreekste en onmiddellijke samenhang met de algehele economische activiteit. Er kan alleen sprake zijn van algemene kosten aangezien direct toerekenen aan een onbelastbare handeling btw technisch niet

¹⁴⁶ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885, par. 4.3.

¹⁴⁷ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, 'De onlosmakelijke samenhang tussen kosten en belastbare handelingen', WFR 2012/885, par. 4.4.

¹⁴⁸ HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285, r.o. 78.

¹⁴⁹ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14, C-109/14 (Larentia + Minerva/ Maranave), BNB 2016/25, r.o. 37.

mogelijk is. Ook voor onbelastbare handelingen moet de onlosmakelijke samenhang getoetst worden aan de verdisconteringstoets, finaliteitstoets en causaliteitstoets. Zowel de verdisconteringstoets als causaliteitstoets werken hetzelfde bij de onbelastbare handeling. De finaliteitstoets heeft een aangepaste vorm. Er moet in dit geval gekeken worden of de verkoop van de aandelen plaatsvindt om hiermee de economische activiteit van de houdstermaatschappij te versterken. In casu verkoopt de houdstermaatschappij de aandelen van de deelnemingen met het oog op het aflossen van schulden. Het uiteindelijke doel is bij de finaliteitstoets van belang en het is dus de vraag of de aflossing van schulden kan worden gezien als een versterking van de economische activiteit. Ik ben van mening dat dit niet het geval is bij de aflossing van schulden. Als er gekeken wordt naar de arresten Kretztechnik en Securenta waarbij de investeringstoets een belangrijke rol speelt, wordt daar met de uitgifte van aandelen liquide middelen vrijgemaakt om te kunnen investeren in de economische activiteit van de belastingplichtige. Wanneer dus met het geld dat verkregen wordt door de verkoop van de aandelen van deelnemingen een schuld wordt afgelost, wordt er hiermee niet direct in de economische activiteit van de belastingplichtige geïnvesteerd. Wanneer niet vastgesteld kan worden dat de verkoop van de aandelen in de deelneming waarin niet gemoeid wordt een onlosmakelijke samenhang heeft met de algehele economische activiteit van de belastingplichtige, dan is er geen mogelijkheid tot aftrek van voorbelasting. Indien er wel een onlosmakelijke samenhang kan worden vastgesteld is er een pro rata aftrek mogelijk. Voor onbelastbare handelingen hoeft de verkoopopbrengst niet in de noemer van de pro rata te worden opgenomen. Dit komt omdat onbelastbare handelingen niet binnen de werkingssfeer van de btw vallen.

Voor het aftrekrecht van de houdstervennootschap in haar geheel moet er wanneer er zuivere houdsteractiviteiten plaatsvinden wel rekening worden gehouden met een pre pro rata. Wanneer kosten gemaakt zijn voor zowel de moeiende economische houdsteractiviteit als voor het zuivere houden van aandelen welke geen economische activiteit oplevert, dan moet een splitsing worden gemaakt tussen het gedeelte dat betrekking heeft op de economische activiteiten van de houdstermaatschappij en het gedeelte dat betrekking heeft op niet-economische activiteiten.¹⁵⁰ De lidstaten moeten de verdeelsleutel hiervoor zelf vaststellen. In Nederland is de verdeelsleutel vastgelegd in art. 11 tot en met 14a van de uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

Overigens is in Nederland in het besluit van 3 augustus 2004, CPP 2004/1709M (hierna: besluit), door de Staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat de opbrengst van de aandelenverkoop zowel voor belastbare als onbelastbare handelingen buiten de noemer van de pro rata mag worden gehouden. In dit besluit kan onder andere in de volgende situaties een pro rata recht op aftrek ontstaan:¹⁵¹

1. *Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een houdstermaatschappij zijn economische activiteiten aangezien deze worden verricht door een moeiende houdstermaatschappij en de inmenging gaat gepaard met handelingen die aan de btw zijn onderworpen. De kosten vallen onder de algemene kosten van de onderneming en hierdoor is er recht op aftrek van voorbelasting op grond*

¹⁵⁰ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14, C-109/14 (Larentia + Minerva/ Maranave), BNB 2016/25, r.o. 29-30.

¹⁵¹ Ik zal hierbij niet ingaan op de derde mogelijke situatie waarbij als een effectenhandelaar wordt opgetreden.

van art. 15 wet OB 1968. De verkoopopbrengst maakt geen deel uit van de pro rata berekening van art 11, lid 1 sub c van de uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

2. Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket zijn geen economische activiteiten aangezien er sprake is van een zuivere houdstermaatschappij. Indien deze activiteiten buiten het kader van de onderneming plaatsvinden is er in zijn geheel geen recht op aftrek van voorbelasting. Indien ze echter wel plaatsvinden binnen het kader van de onderneming is er wel sprake van recht op aftrek van voorbelasting. In dat geval maken de kosten deel uit van de algemene kosten. Op grond van art. 15 wet OB 1968 is er vervolgens recht op aftrek van voorbelasting. Ook in deze situatie hoeft de opbrengst niet in de noemer van de pro rata te worden opgenomen op grond van de berekening van art. 11, lid 1, sub c van de uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968.

Het besluit vereist voor situatie 1 dat er sprake is van een meerderheidsdeelneming, terwijl in onder andere het arrest AB SKF niet van belang werd geacht of er sprake is van een meerderheidsdeelneming of minderheidsdeelneming.¹⁵² Wanneer de houdstermaatschappij van de casus dus de minderheidsdeelneming B wil verkopen kan deze zich niet beroepen op het besluit, terwijl dit voor de deelnemingen A en C wel kan. Voor de minderheidsdeelneming zal een beroep moeten worden gedaan op de jurisprudentie van het HvJ waarbij het mogelijk is dat de verkoopopbrengst van deze deelneming wel in de noemer van de pro rata moet worden opgenomen indien dit niet als bijkomstige financiële handeling kan worden gekwalificeerd.

Het is duidelijk dat het besluit op sommige punten niet overeenkomt met de weg die uitgezet is door het HvJ. Er is namelijk een meerderheidsparticipatie vereist en vergeleken met de lijn die het HvJ in zijn jurisprudentie heeft uiteengezet wordt wel makkelijk besloten dat de opbrengst van de aandelenverkoop niet in de noemer van de pro rata hoeft te worden opgenomen. Ook wordt er een onderscheid aangebracht in de behandeling van de verkoop van aandelen. In het geval van een moeiende houdstervennootschap wordt de verkoop gezien als een onbelastbare handeling waarvoor aftrek mogelijk is indien de kosten als algemene kosten zijn opgenomen in de prijs van de handelingen van de economische activiteit van de belastingplichtige. Wanneer echter de verlengstukgedachte van toepassing is op de aandelenverkoop of indien er gehandeld wordt als effectenhandelaar, is er sprake van een vrijgestelde belastbare handeling waarvoor niet tot aftrek van voorbelasting kan worden gekomen tenzij de afnemer buiten de EU gevestigd is. Deze zal op grond van art. 15, lid 2 wet OB 1968 alsnog recht op aftrek van voorbelasting kunnen genieten.

De reden voor de discrepanties is dat nadat het besluit is gepubliceerd nieuwe jurisprudentie is geweest. Het besluit is gebaseerd op het tweetal arresten van de Hoge Raad van 14 maart 2003 en 9 juli 2004.¹⁵³ In deze arresten oordeelt de Hoge Raad "...dat naar redelijkerwijze niet voor twijfel vatbaar is uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de verkoopopbrengst van de deelneming evenmin als in de in die jurisprudentie bedoelde, uit een deelneming verkregen, dividenden binnen het toepassingsgebied van de omzetbelasting valt".¹⁵⁴ De Hoge Raad was dus van mening dat de verkoop van een deelneming niet als economische activiteit gezien moet worden. Ook al is het houden van de aandelen zelf wel een economische activiteit indien er sprake is van een moeiende houdstermaatschappij, maakt dit de verkoop van aandelen in en deelneming nog niet een economische activiteit. Om vervolgens

¹⁵² HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251.

¹⁵³ HR 14 maart 2003, nr. 38 253, BNB 2003/197; HR 9 juli 2004, nr. 38 026, BNB 2004/363.

¹⁵⁴ HR 14 maart 2003, nr. 38 253, BNB 2003/197, r.o. 3.3.4.

toch tot aftrek van voorbelasting te kunnen komen stelt de Hoge Raad dat de verkoop van de aandelen binnen het kader van de onderneming plaatsvindt.¹⁵⁵ De kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de verkoop van de deelneming maken deel uit van de algemene kosten. Het bedrag van omzetbelasting dat in aftrek kan worden gebracht is dan afhankelijk van de pro rata.

Deze arresten zijn ondertussen achterhaald door later gewezen jurisprudentie van het HvJ, maar het besluit die naar aanleiding van deze arresten is uitgebracht, is nog steeds rechtsgeldig. Een belastingplichtige kan zich dus beroepen op dit besluit als deze dit zou willen. Hierbij ontstaat de nogal vreemde situatie dat een belastingplichtige kan kiezen of deze zich beroept op het besluit of juist op de arresten van het HvJ. Voor de overheid betekent dit dat deze het beroep op het besluit door een belastingplichtige moet respecteren en zich niet gaat beroepen op de later verschenen jurisprudentie van het HvJ.¹⁵⁶

Hoewel het besluit niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van het HvJ kan ik me wel vinden in het resultaat van het besluit. Het maakt niet uit of er nou sprake is van een economische handeling of een niet economische handeling bij de verkoop van een deelneming. Indien de kosten als algemene kosten aangemerkt kunnen worden is er een pro rata aftrek mogelijk waarbij de opbrengst in allebei de gevallen niet in de pro rata noemer hoeft te worden opgenomen. Deze gelijke behandeling bestaat niet wanneer de weg van het HvJ gevolgd wordt. In dat geval moet wanneer de verkoop van de aandelen een economische activiteit vormt de opbrengst hiervan juist wel in de pro rata worden opgenomen. Op basis van het beginsel van fiscale neutraliteit worden zowel de verkoop van een aandelen door een moeiende houdstermaatschappij als de verkoop van aandelen door een zuivere houdstermaatschappij gelijkgesteld. Dit brengt met zich mee dat dit ook geldt voor de aftrek van op dezelfde manier behandeld worden.¹⁵⁷ Desalniettemin acht ik het van belang dat het besluit wordt ingetrokken of dat deze wordt aangepast zodat deze op dezelfde lijn komt te zitten met de jurisprudentie van het HvJ.

3.8 Toetsing aan de fiscale neutraliteit

Er zijn in dit hoofdstuk verscheidene situaties aan bod gekomen met betrekking tot de verkoop van aandelen. De vraag is of deze behandelingen van de verschillende situaties ook wenselijk is met betrekking tot de fiscale neutraliteit. Daarom zal ik in deze paragraaf een toets doen door middel van de in hoofdstuk 2 neergelegde fiscale neutraliteit.

3.8.1 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel

De fiscale neutraliteit als uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel ziet erop dat gelijksoortige handelingen ook daadwerkelijk hetzelfde worden behandeld voor de btw. Dit houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld horen te worden. Dit betekent tevens ook dat ongelijke gevallen niet gelijk behandeld hoeven te worden. Het is daarom van belang om te onderzoeken of er een

¹⁵⁵ HR 9 juli 2004, nr. 38 026, BNB 2004/363, r.o. 3.3.3 en 3.3.4.

¹⁵⁶ Noot G.J. van Norden bij HR 28 maart 2014, BNB 2014/133, FED 2014/69, punt 9.

¹⁵⁷ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 67.

onderscheid gemaakt kan worden tussen bepaalde handelingen of dat deze in wezen als gelijk beschouwd kunnen worden.

De vraag of er van gelijke gevallen gesproken kan worden is in mijn onderzoek het eerst voorgekomen bij het houden van de aandelen. Het enkel houden van aandelen is immers geen economische activiteit. Hiervan is alleen sprake wanneer er wordt gemoed in de deelneming, er wordt gehandeld als effectenhandelaar of indien er sprake is van de verlengstukgedachte. Als dit niet het geval is dan blijft er niets anders over dan gelijk gesteld te worden met een particulier belegger. Dit was dan ook het geval bij het arrest Wellcome Trust.¹⁵⁸ De trust nam het standpunt in dat het in strijd met het beginsel van de fiscale neutraliteit is om een vergelijking te maken tussen de beroepsmatige verkoop van aandelen enerzijds en de verkoop door een investeerder anderzijds.¹⁵⁹ Het verkopen van een groot aantal aandelen en waarbij ook aanzienlijke kosten worden gemaakt kan volgens het HvJ niet worden aangemerkt als een economische activiteit. De aandelen werden immers niet gehouden als een moeiende houdstervenootschap en de verkoop kan ook niet worden gezien in het kader van de handelsactiviteit van een effectenmakelaar.¹⁶⁰ Met betrekking tot de fiscale neutraliteit merkt het HvJ op dat de fiscale neutraliteit inhoudt dat alle economische activiteiten gelijk behandeld moeten worden, doch dit veronderstelt dat de betrokken activiteit als economische activiteit kan worden gekwalificeerd.¹⁶¹ Aangezien Wellcome Trust geen economische activiteiten verricht kan deze op grond van het beginsel van de fiscale neutraliteit niet gelijk worden gesteld aan een belastingplichtige die wel economische activiteiten verricht. Wellcome Trust is niets anders dan een particulier belegger.¹⁶²

In de tweede plaats kan er een situatie voordoen zoals die in het arrest AB SKF, waarbij het houden en het verkopen van de aandelen juist wel als een economische activiteit wordt gezien. SKF moeide zich immers actief in het beheer van haar deelnemingen en verricht tegen een vergoeding diensten.¹⁶³ Met het oog op de herstructurering van de groep verkocht SKF twee van haar deelnemingen. Volgens het HvJ oordeelde dat de verkoop van de aandelen het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belaste activiteiten van SKF en valt hiermee binnen de werking van de btw.¹⁶⁴ De consequentie hiervan is dat de verkoop van aandelen onder de vrijstelling valt van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn. Dit heeft als gevolg dat er in beginsel geen recht op aftrek bestaat voor SKF. Dit leidt tot de situatie waarbij de verkoop van aandelen die een onbelastbare handeling vormen, op grond van de Midland Bank doctrine voordeliger wordt behandeld dan een belastbare, maar vrijgestelde verkoop van aandelen.¹⁶⁵ Bij een onbelastbare verkoop kan immers onder bepaalde omstandigheden door het gebruik van de leer van de algemene kosten, welke is uitgewerkt in de Midland Bank doctrine, een pro rata recht op aftrek verkregen worden. Hierop reageert het HvJ in het arrest SKF als volgt:

¹⁵⁸ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome trust), V-N 1997/1034, 17.

¹⁵⁹ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 25.

¹⁶⁰ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 35.

¹⁶¹ HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome trust), V-N 1997/1034, 17, r.o. 38.

¹⁶² A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, p.226.

¹⁶³ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251.

¹⁶⁴ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/25, r.o. 33.

¹⁶⁵ S.B. Cornelije, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 259.

“Wanneer het recht op aftrek van voorbelasting wordt geweigerd voor uitgaven voor adviesverlening over een aandelenoverdracht die is vrijgesteld wegens inmenging in het beheer van de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen, en bij een overdracht die buiten de werkingssfeer van de btw valt, wordt aanvaard op grond dat zij algemene kosten van de belastingplichtige vormen, worden objectief soortgelijke handelingen in strijd met het beginsel van fiscale neutraliteit fiscaal verschillend behandeld.”¹⁶⁶

Hieruit leidt ik af dat indien de gemaakte kosten bij een vrijgestelde aandelenverkoop door een moeiende houdstermaatschappij als algemene kosten kunnen worden aangemerkt, de behandeling gelijk hoort te zijn met een overdracht die buiten de werkingssfeer van de btw valt. Deze lijn wordt echter niet consequent doorgetrokken naar de aftrek van voorbelasting. De opbrengst van een onbelastbare verkoop van een deelneming hoeft niet in de pro rata berekening te worden opgenomen. De verkoopopbrengst van een deelneming welke een belastbare vrijgestelde handeling betreft, moet echter wel in de pro rata berekening worden opgenomen wanneer dit geen bijkomstige financiële handeling is. Uiteindelijk worden de twee handelingen dan toch niet gelijk behandeld en is hiermee dus niet volledig fiscaal neutraal.¹⁶⁷

De vraag die gesteld moet worden is of er daadwerkelijk sprake is van vergelijkbare handelingen in deze situatie. Cornielje stelt dat in deze situatie het HvJ eigenlijk appels met peren vergelijkt.¹⁶⁸ Namelijk de verkoop van een algemeenheid van goederen in het arrest Abbey National I, de uitgifte van nieuwe aandelen in het arrest Kretztechnik en de aankoop van een deelneming waarin gemoeid gaat worden in het arrest Cibo Participations.¹⁶⁹ Al deze handelingen vallen buiten de reikwijdte van de btw, terwijl in een situatie zoals die van SKF er juist binnen de reikwijdte van de btw wordt gehandeld. In dat opzicht is het te betwijfelen of er wel sprake is van soortgelijke handelingen, aangezien een handeling nou eenmaal binnen of buiten de reikwijdte van de btw valt.¹⁷⁰ Naar aanleiding hiervan concludeer ik dat de werking van de fiscale neutraliteit niet zo ver strekt dat een belastingplichtige die een belastbare, maar vrijgestelde handeling verricht met een beroep op het beginsel van de fiscale neutraliteit toch een recht op aftrek weet te verkrijgen, omdat deze vergelijkbaar zou zijn met een handeling die buiten de reikwijdte van de btw valt.

3.8.2 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel

De fiscale neutraliteit als stelselbeginsel ziet erop dat belastingplichtigen geen hinder ondervinden van het btw-systeem. Het doel van dit btw-systeem met betrekking tot het aftrekrecht is om te zorgen dat de belasting strikt evenredig is aan de prijs van goederen en

¹⁶⁶ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 66.

¹⁶⁷ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, ‘Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT’, EC TAX review 2010-2, p. 67.

¹⁶⁸ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 261.

¹⁶⁹ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (Abbey National I), V-N 2001/15.26; HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik AG), V-N 2005/29.18; HvJ EU 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations SA), V-N 2001/55.7.

¹⁷⁰ A.H. Bommer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012, p. 340.

diensten ongeacht het aantal handelingen die plaatsvonden tijdens het productie- en distributieproces. Dit wordt bereikt door de btw af te wentelen op de eindverbruiker.

Zoals eerder in dit hoofdstuk al aan bod kwam zijn er bij de verkoop van de aandelen van een deelneming meerdere situaties mogelijk. Deze situaties hebben ook verschillende gevolgen voor het recht op aftrek van voorbelasting. Alleen de verkoop van een deelneming aan een afnemer buiten de EU heeft direct toegang tot een aftrek van de voorbelasting via art. 169 sub c van de Btw-richtlijn. In overige gevallen zal de belastingplichtige vooral via jurisprudentie tot een aftrek van voorbelasting moeten komen. De verkoop van een deelneming kan dan enerzijds een onbelastbare handeling vormen die buiten de reikwijdte van de btw valt. Anderzijds kan het wel een belastbare, maar vrijgestelde handeling zijn. Beide situaties hebben in beginsel geen recht op aftrek van voorbelasting. Toch kan er een recht op aftrek bestaan op basis van het pad dat is uitgestippeld in de Midland Bank doctrine. Dit is het geval indien er een verband bestaat tussen de gemaakte kosten en een belastbare handeling of de algehele bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige. In een dergelijk geval wordt de belastingplichtige die een onbelastbare of vrijgestelde handeling verricht, met het oog op de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel, toch ontzien van de btw last.

Het lijkt erop dat het fiscale neutraliteitsbeginsel als stelselbeginsel hier niet verstoort wordt. Het probleem zit hem echter in de pro rata berekening. In veel gevallen zullen kosten niet als directe kosten toerekenbaar zijn aan belaste handelingen en als gevolg daarvan volledig aftrekbaar zijn. Veelal zullen de gemaakte kosten, om toch nog aftrek van voorbelasting te kunnen genieten, toegerekend worden aan de algemene kosten. Dit heeft tot gevolg dat er een aftrek ontstaat die afhankelijk is van de pro rata van de belastingplichtige. De verkoopopbrengst van de vrijgestelde handeling moet in dat geval in de noemer van de pro rata worden opgenomen, behalve indien het een bijkomstige financiële handeling betreft. Dit is echter niet het geval wanneer op grond van het verlengstukgedachte de verkoop een belastbare prestatie vormt. Ook bij een moeiende houdstervennootschap kan de stelling ingenomen worden dat er geen sprake is van een bijkomstige financiële handeling.¹⁷¹ In een dergelijk geval wordt de belastingplichtige niet in zijn geheel ontlast van zijn belastingdruk, terwijl de verkoop wel toegerekend wordt aan de algehele economische activiteit van de belastingplichtige. Dit heeft tot gevolg dat er cumulatie van belasting op kan treden en de verkoop van de deelneming niet fiscaal neutraal uitwerkt.¹⁷²

Deze schending van de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel is het resultaat van het systeem van vrijstellingen in de btw. Kosten gemaakt voor vrijgestelde handelingen zijn in de basis niet aftrekbaar. De vraag is of de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel prevaleert boven het systeem van vrijstellingen, aangezien de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel nu juist voortvloeit uit het systeem van de btw. Vrijstellingen zijn in beginsel gecreëerd om bepaalde handelingen te ontlasten van btw. Het systeem van de btw is ruim opgezet en zonder de vrijstellingen zouden bepaalde handelingen in de heffing kunnen worden opgenomen. Vrijstellingen worden gebruikt om de reikwijdte van het systeem weer te beperken op gebieden waarbij het ongewenst wordt geacht dat er btw over wordt geheven.¹⁷³ Hoewel er een verstoring optreedt als gevolg van de vrijstellingen, zal dit geaccepteerd moeten worden aangezien dit nodig is om het btw systeem te

¹⁷¹ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 67.

¹⁷² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 262.

¹⁷³ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 244-246.

corrigeren waar dat nodig is. Daarbij komt dat het fiscale neutraliteitsbeginsel tot het secundaire unierecht behoort en kan daarmee geen bepalingen uit de Btw-richtlijn opzij zetten.¹⁷⁴ Om deze verstoring te voorkomen zal een beroep op het fiscale neutraliteitsbeginsel dus geen oplossing bieden.

Cornielje stelt voor dat een eventuele oplossing voor de verstoring van de fiscale neutraliteit zal zijn om de verkoop van een deelneming alleen als een belastbare handeling te behandelen indien de verkoop gebeurt door een effectenhandelaar. Door de verkoop in overige situaties altijd buiten de reikwijdte van de btw te houden, kan zich het probleem met de vrijstellingen niet voordoen. Een vernieuwd verlengstukcriterium kan hierbij helpen om te beslissen of een onbelastbare handeling nauw genoeg verbonden is met de economische activiteit van de belastingplichtige.¹⁷⁵ Lamers heeft al eerder de suggestie gemaakt om aandelentransacties niet aan te merken als een prestatie voor de btw-heffing. Hiermee zou meer recht worden gedaan aan de uitgangspunten van de btw dan met een vrijstelling, aangezien er dan geen cumulatie op zou treden en dit dus recht doet aan de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel.¹⁷⁶

Een andere optie zou zijn om de aandelenverkoop aan te merken als een bijkomstige financiële handeling.¹⁷⁷ Dit zorgt ervoor dat de opbrengst van de aandelenverkoop niet in de pro rata berekening opgenomen hoeft te worden. Zo wordt cumulatie van voorbelasting voorkomen die als gevolg van de verkoop van aandelen optreedt. Dit gaat echter in tegen de lijn die het HvJ heeft uitgezet in haar arresten. Daarin wordt expliciet vermeld dat de verkoop van aandelen die als rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de economische activiteit van de belastingplichtige gezien kan worden, niet als bijkomstige financiële handeling kan worden gekwalificeerd.¹⁷⁸ Het HvJ ging zelfs zo ver om op basis van de verlengstukgedachte in het arrest AB SKF de verkoop van de deelneming als economische activiteit aan te merken.

Van beide opties lijkt mij de aandelenverkoop in zijn geheel buiten de reikwijdte van de btw houden het meest wenselijk. Het maakt de behandeling van de aandelenverkoop een stuk eenvoudiger wanneer aandelentransacties buiten de reikwijdte van de btw gehouden worden. Daarnaast is het ook gewenst dat aandelentransacties buiten de reikwijdte van de btw worden gehouden omdat deze niet binnen de verbruikerssfeer passen. Er is in de aandelensfeer namelijk geen sprake van consumptie, maar het vergroten van de koopkracht.¹⁷⁹ Dit betekent overigens niet dat de belastingplichtige dan altijd een volledige aftrek van voorbelasting kan genieten. Er moet via de Midland Bank-toets nagegaan worden in hoeverre er een recht op aftrek van voorbelasting bestaat.

¹⁷⁴ HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (Deutsche Bank), V-N 2012/42.15, r.o. 45.

¹⁷⁵ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 270-271.

¹⁷⁶ J.J.M. Lamers, 'Het etikette van het aandeel in de BTW', WFR 2005/828, par. 6.

¹⁷⁷ Met uitzondering van aandelentransacties verricht door een effectenhandelaar.

¹⁷⁸ HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie dauphinoise), V-N 1997/965, 26, r.o. 22; HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC construction Danmark A/S), V-N 2009/56.14, r.o. 33.

¹⁷⁹ M.E. van Hilten, *Bancaire en financiële prestaties in de Europese BTW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 21.

3.9 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk ben ik begonnen met te onderzoeken wanneer er sprake is van belastingplicht. Dit is het geval indien 'een ieder' die, op ongeacht welke plaats, 'zelfstandig' een 'economische activiteit verricht', ongeacht het oogmerk of resultaat van de activiteit. Daarnaast is er ook het vereiste dat de prestaties met regelmaat plaats moeten vinden. Bij de houdstermaatschappij is de vereiste dat er een sprake moet zijn van een economische activiteit problematisch. Een zuivere houdstermaatschappij houdt alleen de aandelen en dit kan op zichzelf niet als economische activiteit worden gezien. Toch zijn er drie situaties mogelijk waarbij het houden van de aandelen door een houdstermaatschappij als een economische activiteit kan worden aangemerkt. Ten eerste kan er sprake zijn van een houdstervenootschap die zich direct of indirect moeit in het beheer van haar deelnemingen. Hiervoor is er wel vereist dat het moeien gepaard gaat met handelingen die aan de btw zijn onderworpen of dat er voor het moeien direct een vergoeding wordt verkregen. Ten tweede kan er sprake zijn van een economische activiteit wanneer er wordt gehandeld als een effectenhandelaar. Ten derde is er sprake van een economische activiteit indien deze het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk is van de economische activiteit.

Vervolgens kan er ook bij de verkoop van de aandelen een economische activiteit plaatsvinden zoals uiteindelijk is geoordeeld in het arrest AB SKF. In dat arrest gebeurt het op de basis van de verlengstukgedachte, maar ook op basis van het inmengen in het beheer van een deelneming kan er een economische activiteit ontstaan voor de verkoop van de aandelen. Hiervoor is het niet van belang of het om een meerderheidsdeelneming of een minderheidsdeelneming gaat. Indien de aandelenverkoop als economische activiteit kan worden gezien, is deze handeling vrijgesteld op grond van art. 135, lid 1, sub f van de Btw-richtlijn. Om alsnog tot aftrek van voorbelasting te komen is er de mogelijkheid om de kosten direct toe te rekenen aan één of meerdere belaste activiteiten. Hiervoor is wel een rechtstreeks en onlosmakelijk verband met deze belaste activiteiten nodig. Dit is het geval wanneer er voldaan wordt aan de verdisconteringstoets, finaliteitstoets of causaliteitstoets.

Wanneer de kosten niet als directe kosten kunnen worden aangemerkt, kunnen deze in sommige gevallen nog als algemene kosten worden aangemerkt. Dit is het geval indien er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de kosten en een afgebakend gedeelte van een onderneming of indien dit niet mogelijk is een rechtstreeks en onmiddellijk verband met de algehele activiteit van de belastingplichtige. Er is dan recht op aftrek van voorbelasting naar mate van de pro rata van de belastingplichtige. Hiervoor moet zowel op grond van de verlengstukgedachte als op grond van het moeien door een houdstervenootschap de verkoopopbrengst in de noemer van de pro rata worden opgenomen, aangezien er geen sprake is van een bijkomstige financiële handeling.

Ook als de verkoop van aandelen een niet-economische activiteit is, kan een houdstermaatschappij die haar aandelen in een deelneming verkoopt recht op aftrek van voorbelasting hebben. Hiervan is sprake wanneer voor de gemaakte kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat met de algehele economische activiteit. Wederom is voor de vaststelling voor het rechtstreekse en onmiddellijk verband de verdisconteringstoets, de finaliteitstoets en de causaliteitstoets van belang. De mate van het aftrekrecht hangt af van de pro rata van de belastingplichtige. Hierbij hoeft de verkoopopbrengst niet in de noemer van de pro rata te worden opgenomen aangezien deze niet binnen de reikwijdte van de Btw-richtlijn valt. Wel moet er in geval een belastingplichtige zowel economische als niet-economische

activiteiten verricht een splitsing worden gemaakt op basis van een verdeelsleutel die is vastgesteld door de desbetreffende lidstaat (de pro rata).

Deze uitwerking lijkt in beginsel de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel te verstoren. Dit komt door de verschillen van de pro rata berekening, waarbij de opbrengst van de verkoop bij een belastbare en vrijgestelde handeling in de noemer van de pro rata berekening op moet worden genomen indien deze niet als bijkomstige financiële handeling kan worden bestempeld. Dit is echter niet in strijd met de fiscale neutraliteit als gelijkheidsbeginsel, aangezien het niet gaat om vergelijkbare handelingen. Een handeling die buiten de reikwijdte van de btw valt is niet vergelijkbaar met een handeling die wel binnen de reikwijdte van de btw valt. Bij de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel is juist wel sprake van een verstoring. Deze is echter gelegen in het systeem van de vrijstellingen die is neergelegd in de Btw-richtlijn.

Hoofdstuk 4 De overdracht van een algemeenheid van goederen

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aan bod gekomen dat de overdracht van de aandelen van een onderneming in verschillende situaties ofwel als economische activiteit of als niet-economische activiteit aangemerkt kunnen worden. Er is echter nog een andere optie mogelijk die nog niet aan bod is gekomen. In het arrest AB SKF is door het HvJ bevestigd dat een overdracht van aandelen zou kunnen kwalificeren als een algemeenheid van goederen. Hoewel in dat arrest niet voldoende informatie aanwezig werd geacht om te beslissen of er in de zaak AB SKF een overdracht van een algemeenheid van goederen plaats heeft gevonden, wordt de lidstaat de mogelijkheid gegeven om te onderzoeken of er in casu sprake is van een overdracht van een algemeenheid van goederen. In dit hoofdstuk ga ik deze mogelijkheid verder onderzoeken. Te beginnen met de uitwerking van de faciliteit die de algemeenheid van goederen inhoud. Vervolgens ga ik dit toepassen op de overdracht van een deelneming. Gevolgd door een voorbeeld en een bespreking van de fiscale neutraliteit.

4.2 De ratio van artikelen 19 en 29 van de Btw-richtlijn

In artikel 19 van de Btw-richtlijn wordt lidstaten de mogelijkheid gegeven om een overdracht van (een gedeelte van) een onderneming aan te merken als een overdracht van goederen. Artikel 29 van de Btw-richtlijn zorgt ervoor dat dezelfde regeling ook voor diensten geldt. Het betreft een 'kan-bepaling', wat inhoudt dat de desbetreffende lidstaat een keuze kan maken of de bepaling wordt opgenomen in haar wetgeving of dat hiervan geen gebruik gemaakt wordt. Nederland heeft hier gebruik van gemaakt door dit op te nemen in art. 37d van de wet OB '68.

Het gevolg van toepassing van art. 19 en 29 van de Btw-richtlijn is dat de overgang van een algemeenheid van goederen en/of diensten niet als een levering wordt aangemerkt. Dit wordt ook wel het niet-leveringsbeginsel genoemd. Daarnaast treedt degene op wie deze algemeenheid van goederen en/of diensten overgaat in de plaats van de overdrager.¹⁸⁰ Dit heeft tot gevolg dat er een onbelastbare handeling plaatsvindt, waardoor geen btw hoeft te worden afgedragen over handelingen die gepaard gaan met de overdracht van een onderneming of een afgebakend gedeelte van een onderneming. Dit betekent overigens ook dat de rechten en plichten van de verkopende partij overgaan op de kopende partij.¹⁸¹ Kortom de overdracht van een algemeenheid van goederen heeft tot gevolg dat een onderneming op een geruisloze manier kan worden overgedragen, terwijl er normaal gesproken sprake zou zijn van meerdere belastbare leveringen en diensten voor de omzetbelasting.¹⁸²

¹⁸⁰ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 152.

¹⁸¹ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 154.

¹⁸² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 74.

Het doel van artikel 19 en 29 is neergelegd in de toelichting op het voorstel voor een zesde richtlijn.¹⁸³ Dit doel is erin gelegen om de overdracht van een ondernemingen of een deel van een onderneming te faciliteren door deze eenvoudiger te maken en het tegengaan van een financieringsnadeel. Immers de overdracht van een onderneming kan gepaard gaan met een hoge btw-last op de overdrager. Deze hoge belastingdruk kan op den duur, nadat de btw aangifte is gedaan, weer terug gevorderd worden waardoor dit een onnodig financieringsnadeel tot gevolg heeft. Dit is opnieuw bevestigd door het HvJ in het arrest Zita Modes.¹⁸⁴ Hier wordt aan toegevoegd dat speciale behandeling in omstandigheden gerechtvaardigd wordt indien het btw-bedrag dat moet worden vooruitbetaald voor de overdracht zeer aanzienlijk kan zijn in vergelijking met de middelen van de betrokken zaak.¹⁸⁵ Daarnaast maakt men de overdracht eenvoudiger. Doordat de overdracht als één enkele transactie te kwalificeren, hoeft er niet voor iedere afzonderlijke transactie bepaald te worden wat de gevolgen zijn voor de omzetbelasting. Naar de mening van Cornielje weegt deze vereenvoudiging niet altijd op tegen de eenvoud van de toepassing van de regeling zelf.¹⁸⁶ Het is niet in alle gevallen duidelijk of er van een algemeenheid van goederen gesproken kan worden. Om aan toepassing toe te komen moet er namelijk aan bepaalde voorwaarden voldaan worden en het is niet altijd even duidelijk te bepalen of de overdracht van een verzameling goederen en/of diensten hieraan voldoet.

4.3 Voorwaarden voor de toepassing van een overdracht van een algemeenheid van goederen

Zowel in de wet OB '68 als in de Btw-richtlijn is geen definitie opgenomen van het begrip "algemeenheid van goederen". In het arrest Zita Modes wordt gesteld dat de algemeenheid van goederen een communautair begrip betreft, wat inhoudt dat in alle lidstaten het begrip algemeenheid van goederen autonoom en op eenvormige wijze uitgelegd moet worden.¹⁸⁷ Het HvJ legt vervolgens in het arrest uit wat er onder het begrip algemeenheid van goederen wordt verstaan. Onder het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen moet worden verstaan:

*"de overdracht van een handelszaak of van een autonoom bedrijfs onderdeel met lichamelijke en eventueel ook onlichamelijke zaken, welke tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend, en dat daaronder niet valt de verkoop van goederen zonder meer, zoals de verkoop van een voorraad producten."*¹⁸⁸

¹⁸³ Toelichting op het voorstel voor een zesde richtlijn, V-N 15 september 1973, nr. 18A.

¹⁸⁴ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 39; HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16, r.o. 23.

¹⁸⁵ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 41.

¹⁸⁶ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 92.

¹⁸⁷ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/6.18, r.o. 26 en 34.

¹⁸⁸ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/6.18, r.o. 40.

Uit deze omschrijving kunnen de volgende voorwaarden gehaald worden voordat er aan een algemeenheid van goederen toegekomen kan worden:

- Het gaat om de overdracht van een handelszaak of autonoom bedrijfsonderdeel
- Met lichamelijke en eventueel ook onlichamelijke zaken
- Welke tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen
- Waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend

Aan deze voorwaarden wordt vervolgens toegevoegd dat het moet gaan om een overdracht van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen, waarbij de verkrijger de bedoeling heeft om de handelszaak of het overgedragen bedrijfsonderdeel te exploiteren, en niet om de betrokken activiteit onmiddellijk zonder meer te vereffenen.¹⁸⁹ Dit wordt ook wel aangemerkt als het "voortzettingsvereiste". Bij het voortzettingsvereiste is het niet van belang dat de verkrijger dezelfde soort economische activiteit gaat uitoefenen als de overdrager, het is enkel van belang dat er met het autonoom bedrijfsonderdeel belastbare handelingen uitgeoefend blijven worden.¹⁹⁰

In het voorgaande wordt gesproken over de overdracht van een geheel of gedeelte van een onderneming. Het is dus niet van belang dat de gehele onderneming wordt overgedragen. Wat wel van belang is dat het gedeelte dat wordt overgedragen beschouwd kan worden als een autonoom bedrijfsonderdeel. Wat er onder een autonoom bedrijfsonderdeel verstaan moet worden is reeds behandeld in par. 3.6.2. Samenvattend moet het op zijn minst gaan om een afgebakend gedeelte van een economische activiteit.¹⁹¹ Niet iedere overdracht van activa zal zomaar een afgebakend gedeelte van een economische activiteit kunnen zijn. Als het gedeelte van een onderneming dat overgedragen wordt op zichzelf niet geschikt is om belastbare handelingen te verrichten, is er geen sprake van een autonoom bedrijfsonderdeel.

4.4 De overdracht van een algemeenheid van goederen bij een aandelenverkoop

Een vraag die in de literatuur vaak besproken is betreft de mogelijkheid van de overdracht van een algemeenheid van goederen bij een aandelenverkoop. In het arrest AB SKF is de deur geopend om de aandelenverkoop aan te merken als een overdracht van een algemeenheid van goederen. Hiermee bevestigt het HvJ, in overeenstemming met de opinie van de Commissie, dat een aandelenverkoop gelijkgesteld kan worden met de overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen. De verkoop van alle aandelen komt volgens de Commissie functioneel overeen met de verkoop van alle activa van een vennootschap.¹⁹² Het HvJ gaat in het arrest AB SKF echter niet verder in op de toepassing van de regeling. Zij acht het in de zaak SKF niet na te gaan om aan de hand van de verkregen feiten de beslissing te kunnen nemen of er in casu sprake is van een overdracht van een algemeenheid van goederen. Vanwege de onduidelijkheid van deze uitspraak is het niet duidelijk in welke gevallen er

¹⁸⁹ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 44; HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16, r.o. 37.

¹⁹⁰ HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 45.

¹⁹¹ A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 254.

¹⁹² HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 35.

gesproken kan worden van een overdracht van een algemeenheid van goederen bij een aandelenoverdracht.

Van Doesum, van Kesteren en van Norden maken een onderscheid tussen drie verschillende situaties waarbij onderzocht wordt of een aandelenverkoop gelijk gesteld kan worden aan de overdracht van een algemeenheid van goederen.¹⁹³

De eerste situatie betreft een overdracht van aandelen, welke tegelijkertijd met de activa en passiva van een onderneming wordt overgedragen. Een overdracht van een algemeenheid van goederen kan zowel goederen als diensten bevatten of een combinatie van beiden. Een dienst kan onder andere een overdracht van een onlichamelijke zaak zijn.¹⁹⁴ Een aandelenpakket welke tezamen met activa en passiva wordt overgedragen kan dus inderdaad een overdracht van een algemeenheid van goederen zijn, indien deze samen een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend. Aangezien lidstaten die gebruik maken van de kan-bepaling van art. 19 en 29 van de Btw-richtlijn dit zowel moeten doen voor goederen als diensten, kunnen onlichamelijke zaken, zoals aandelen, niet uitgesloten worden van de overdracht van een algemeenheid van goederen.¹⁹⁵ Nog voordat het arrest Zita Modes het daglicht zag heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarbij naast activa en passiva een aandelenpakket werd overgedragen.¹⁹⁶ In casu ging het om een overdracht van drie rouwcentra waarbij de activa en passiva van de drie ondernemingen is overgedragen. Van twee van de rouwcentra zijn tevens ook de aandelen overgedragen. Degene die de rouwcentra over heeft genomen neemt daarbij ook alle rechten en verplichtingen over met betrekking tot de verhuur van één van de centra en bestaande vervoersovereenkomsten moeten worden gehandhaafd. Daarbij werden ook twee personeelsleden overgenomen. De conclusie was dat er inderdaad sprake is van een overdracht van een algemeenheid van goederen.

De tweede situatie die van Doesum, van Kesteren en van Norden bespreken is de verkoop van de aandelen waarbij de houdstervenootschap en de deelneming een onderdeel zijn van een fiscale eenheid.¹⁹⁷ Bij een fiscale eenheid worden alle personen die onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid aangemerkt als één belastingplichtige. Transacties die binnen de fiscale eenheid plaatsvinden worden niet aangemerkt als handelingen die binnen het bereik van de omzetbelasting vallen.¹⁹⁸ Dit heeft als gevolg dat de aandelen die een vennootschap houdt in een deelneming niet als relevant worden aangemerkt voor de btw-heffing aangezien er slechts één belastingplichtige bestaat. Wanneer er door een fiscale eenheid een 100% aandelenpakket wordt verkocht van één van haar deelnemingen, wordt dit niet gezien als een aandelenoverdracht maar als de overdracht van een deel van de eigen onderneming. Vanuit het perspectief van de fiscale eenheid wordt er dan activa en passiva overgedragen, want de aandelen worden als non-existent beschouwd binnen de fiscale eenheid.¹⁹⁹ Het niet-

¹⁹³ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 69.

¹⁹⁴ Art. 25 van de Btw-richtlijn.

¹⁹⁵ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 69 par 4.3.1.

¹⁹⁶ HR 14 april 1999, nr 32727, BNB 1999/373.

¹⁹⁷ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 70.

¹⁹⁸ M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 92.

¹⁹⁹ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 70.

leveringsbeginsel zal in dit geval toepassing kunnen vinden, indien er verder aan alle voorwaarden wordt voldaan die zijn besproken in par. 4.3.

Het kan ook voorkomen dat een fiscale eenheid niet de volledige 100% van de aandelen overdraagt. De vraag is of er dan gesproken kan worden van een algemeenheid van goederen. In casu wordt nog steeds niet naar het aandelenpakket gekeken, maar naar de onderliggende activa. Wanneer er geen 100% van een aandelenpakket wordt verkocht, dan betekent dat dit ook geldt voor de onderliggende activa, aangezien het aandelenpakket een evenredig aandeel in het gehele bedrijfsvermogen vertegenwoordigt.²⁰⁰ Er moet dan bekeken worden of de activa die verkocht wordt een autonoom bedrijfsonderdeel kan vormen.

De derde situatie die behandeld wordt is de verkoop van aandelen door een moeiende houdstervennootschap, waarbij er geen sprake is van een fiscale eenheid en waarbij deze ook niet samengaat met het overdragen van activa. Er worden enkel aandelen verkocht. Het uitgangspunt in deze situatie is dat er geen sprake is van een overdracht van een algemeenheid van goederen, maar een vrijgestelde handeling. Het HvJ laat echter de mogelijkheid open in het arrest AB SKF dat de aandelenverkoop aangemerkt kan worden als de overdracht van een algemeenheid van goederen. Van Doesum, van Kesteren en van Norden zijn hierover van mening dat de verkoop van aandelen in beginsel niet aan te merken kan zijn als een overdracht van een algemeenheid van goederen. De reden hiervoor is dat aandelen op zichzelf niet gezien kunnen worden als onderneming of een deel van een onderneming die in staat is om een autonome economische activiteit uit te kunnen oefenen.²⁰¹ Het is namelijk de onderliggende activa die tezamen een autonome economische activiteit mogelijk maken en niet de aandelen op zichzelf.

Gesteld zou kunnen worden dat op basis van een economische benadering in feite om praktische redenen door de aandelen heen kan worden gekeken (fiscale transparantie), waardoor de aandelen gelijk gesteld kunnen worden aan de activa die door dat aandelenbezit wordt vertegenwoordigd.²⁰² Uit het arrest AB SKF komt naar voren dat de Commissie uitgaat van deze economische benadering. Volgens de Commissie komt de verkoop van alle activa van een vennootschap en de verkoop van alle aandelen ervan functioneel overeen.²⁰³ Ook van Beelen deelt de mening dat bij een overgang van 100% van de aandelen alle activa en passiva overgaat.²⁰⁴ Boender en Lantman zijn van mening dat om te kunnen beoordelen of art. 19 van de Btw-richtlijn van toepassing is, er gekeken moet worden of er sprake is van een algemeenheid van goederen indien de activa zou zijn overgedragen in plaats van de aandelen.²⁰⁵ Wel zien zij problemen indien er geen 100% aandelenbezit is, aangezien het in een dergelijk geval moeilijk zou zijn om te kunnen aantonen dat er iets over wordt gedragen welke een autonome economische activiteit kan uitoefenen.

²⁰⁰ S.B. Cornielje: De toepassing van art. 37d bij de verkoop van een (minderheids)deelneming, WFR 2012/403, par. 3.1.

²⁰¹ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 70.

²⁰² S.B. Cornielje: De toepassing van art. 37d bij de verkoop van een (minderheids)deelneming, WFR 2012/403, par. 3.1.

²⁰³ HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 35.

²⁰⁴ S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer: Kluwer 2010, p. 149.

²⁰⁵ J.B.J. boender, R.J.M.C. Lantman: concernbenadering in de btw sterker dan ooit, MBB 2010/03, par. 3.2.1.

Er kan ook verdedigd worden dat de verkoop van aandelen vanuit een juridische benadering juist niet gelijk kan staan met de overdracht van een geheel of gedeelte van een algemeenheid van goederen. Aandelen zijn in feite slechts deelnemingsrechten in een onderliggende deelneming en kunnen op zichzelf geen algemeenheid van goederen zijn.²⁰⁶ Naar de mening van Lamers moet voor de beoordeling of er sprake kan zijn van een algemeenheid van goederen uit worden gegaan van de positie van de overdrager. Aan de hand van de functie die een deelneming vervult in het ondernemingsvermogen van de overdrager moet er gekeken worden of er een overdracht van een algemeenheid van goederen plaatsvindt.²⁰⁷ De verkopende partij is echter verschillend bij de overdracht van aandelen of activa en passiva. Wanneer er aandelen worden verkocht gebeurt dit op het niveau van de houdstervereniging, terwijl er bij een activa-passiva transactie op het niveau van de deelneming wordt gehandeld.²⁰⁸ Vanuit een juridisch oogpunt kan een aandelenverkoop dus niet gelijkgesteld worden aan een activa-passiva-transactie. Ook het oogmerk van de belastingplichtige verandert hier niets aan. Dit wordt bevestigd in het arrest DTZ Zadelhoff.²⁰⁹ Ongeacht de bedoeling van de partijen moet er gekeken worden naar de objectieve aard van de handeling die uiteindelijk heeft plaatsgevonden. Bij de verkoop van aandelen kan deze dus niet zomaar aangemerkt worden als de overdracht van activa en passiva, maar moet deze gezien worden als een overdracht van aandelen.²¹⁰

Als er teruggegrepen wordt naar de ratio van artikelen 19 en 29 van de Btw-richtlijn kan ook niet verdedigd worden dat een enkele aandelenoverdracht als een overdracht van een algemeenheid van goederen gezien wordt. Wanneer, zoals in het arrest AB SKF, de aandelenoverdracht als een vrijgestelde economische prestatie wordt beschouwd op grond van art. 135, lid 1, sub f van de Btw-richtlijn, rechtvaardigt de ratio van de regeling niet dat deze overdracht van aandelen kan kwalificeren als een overdracht van een algemeenheid van goederen. Er is immers geen sprake van een financieringsnadeel aangezien bij een vrijgestelde prestatie in zijn geheel geen btw hoeft te worden afgedragen.²¹¹ Cornielje merkt wel terecht op dat het wel een verschil kan maken bij het aftrekrecht, aangezien de btw vrijgestelde aandelenoverdracht in beginsel in zijn geheel geen recht op aftrek heeft en dat er bij een overdracht van een algemeenheid van goederen er in beginsel wel (een gedeeltelijk) recht op aftrek bestaat.²¹² Daarnaast is de toepassing van art. 19 en 29 ook geen vereenvoudiging ten opzichte van een vrijgestelde aandelenoverdracht, aangezien deze btw-technisch al eenvoudig van zichzelf is.²¹³ Gezien het doel van de regeling is het gebruik hiervan bij een vrijgestelde overdracht van aandelen niet voor de hand liggend.

²⁰⁶ G.J. van Norden, 'Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter én ruimer': WFR 2010/684, par. 4.1.

²⁰⁷ J.J.M. Lamers, 'Het etikette van het aandeel in de BTW', WFR 2005/828, par. 4.

²⁰⁸ G.J. van Norden, 'Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter én ruimer': WFR 2010/684, par. 4.1.

²⁰⁹ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), V-N 2012/43.15.

²¹⁰ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), V-N 2012/43.15, r.o. 25.

²¹¹ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 43.

²¹² S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 235.

²¹³ A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2, p. 69; G.J. van Norden, 'Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter én ruimer': WFR 2010/684, par. 4.1.

4.4.1 Het arrest 'X bv'

Het arrest X bv²¹⁴ heeft ervoor gezorgd dat er meer duidelijkheid is ontstaan over de toepassing van de regeling van art. 29 van de Btw-richtlijn op de overdracht van de aandelen in een minderheidsdeelneming.

In het arrest X bv gaat het om een houdstervennootschap die een 30% belang in een deelneming verkoopt. X bv is tot de verkoop van de aandelen lid van het managementboard van de deelneming en krijgt hiervoor een vergoeding. Hieruit kan worden afgeleid dat er sprake is van een moeiende houdstervennootschap. Ten behoeve van de verkoop zijn verschillende diensten verricht aan X. De houdstervennootschap X bv is van mening dat de verkoop van aandelen een overdracht van een algemeenheid van goederen is en dat daardoor de btw die drukt op de kosten aangemerkt kan worden als algemene kosten, wat leidt tot een volledige aftrek van de btw. Er ontstond een geschil over de toepasbaarheid van de bepaling op een aandelenoverdracht als die welke in het hoofdgeding aan de orde is. Als gevolg hiervan heeft de Hoge Raad drie prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ.

De eerste prejudiciële vraag betreft de vraag of de overdracht van 30% van de aandelen van een deelneming gelijk kan worden gesteld met de overgang van (een gedeelte van) een algemeenheid van goederen. Hiervan is alleen sprake indien een overdracht van een autonoom bedrijfs onderdeel als gevolg heeft dat er een autonome economische activiteit voortgezet kan worden.²¹⁵ Uit rechtsoverweging 35 wordt duidelijk dat het enkel houden van aandelen niet genoeg is om een autonome economische activiteit voort te kunnen zetten.²¹⁶ Vervolgens voegt het HvJ hieraan toe dat de overdracht van aandelen in een vennootschap, ongeacht de omvang van de deelneming, slechts kan worden gelijk gesteld met een overgang van (een gedeelte van) een algemeenheid van goederen wanneer de deelneming een onderdeel is van een zelfstandige eenheid waarmee het mogelijk is een autonome economische activiteit uit te oefenen.²¹⁷ In r.o. 38 wordt er dan uiteindelijk bevestigd dat wanneer een verkoop van aandelen niet samengaat met de overdracht van activa, het onmogelijk is voor de verkrijger van de aandelen om een autonome economische activiteit voort te zetten.²¹⁸ Daarmee lijkt het dus beslecht dat er bij de enkele overdracht van aandelen geen algemeenheid van goederen kan bestaan aangezien de aandelen geen autonome economische activiteit vertegenwoordigen. In dit geval wordt dus niet een fiscale transparantie toegepast waarbij de overdracht van aandelen gelijk gesteld wordt aan de overdracht van activa. Deze conclusie van het HvJ is naar mijn mening logisch omdat het in casu maar om een 30% deelneming gaat en de minderheidsparticipatie ervoor zorgt dat er maar een beperkte mate recht is op de activa van de onderneming.²¹⁹ De aandeelhouders zijn geen eigenaar van de activa van de onderneming, maar van de aandelen. Ter beantwoording van de eerste vraag komt het HvJ dan ook tot de

²¹⁴ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113.

²¹⁵ HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16, r.o. 25.

²¹⁶ B.T.J.G van Osch, 'Een minderheidsdeelneming is geen onderneming', BTW brief 2013/77.

²¹⁷ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 38.

²¹⁸ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 38.

²¹⁹ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 39.

conclusie dat de overdracht van een 30% aandelenpakket niet gelijk gesteld kan worden met de overgang van het geheel of een gedeelte van een gemeenschap van goederen.²²⁰

De tweede prejudiciële vraag die gesteld wordt is indien de eerste vraag ontkennend beantwoord wordt, de overdracht gelijk kan worden gesteld aan een (gedeelte van een) gemeenschap van goederen, indien de overige aandeelhouders nagenoeg tegelijkertijd aan dezelfde persoon alle andere aandelen van de deelneming overdragen. Het HvJ oordeelt dat voor de toepassing van de bepaling iedere handeling individueel en autonoom moet worden beoordeeld.²²¹ Wanneer dus verschillende verkopers op nagenoeg dezelfde tijd hun aandelen verkopen moet per transactie bepaald worden of er sprake kan zijn van een overdracht van een gemeenschap van goederen. De overdracht van meerdere minderheidsparticipaties aan één verkrijger door meerdere overdragers kan op zichzelf niet worden gelijkgesteld met de overgang van een gemeenschap van goederen.²²² Dit kan natuurlijk wel anders zijn indien een minderheidsdeelneming tegelijk met activa wordt overgedragen.

Tot slot wordt in de laatste prejudiciële vraag gesteld of de in de eerste prejudiciële vraag bedoelde overdracht beschouwd kan worden als de overgang van (een gedeelte van) de onderneming als in aanmerking wordt genomen dat de overdracht nauw samenhangt met de verrichte managementwerkzaamheden voor de desbetreffende deelneming. Het HvJ oordeelt dat de overdracht van de managementwerkzaamheden het directe en logische gevolg zijn van de verkoop van de deelneming.²²³ Het tegelijk stopzetten van de management werkzaamheden en de aandelenoverdracht heeft niet tot gevolg dat de aandelenoverdracht gekwalificeerd kan worden als de overdracht van een gemeenschap van goederen.²²⁴

4.5 Het recht op aftrek van voorbelasting bij de overdracht van een gemeenschap van goederen.

Wanneer er aan alle voorwaarden voor een overdracht van een gemeenschap van goederen wordt voldaan is het niet-leveringsbeginsel van toepassing. Er vindt dan een geruisloze overdracht plaats van (een deel van) een onderneming. Er vindt bij toepassing van art. 19 en 29 van de Btw-richtlijn dus geen belastbare handeling plaats en dit heeft als gevolg dat er in beginsel geen recht is op aftrek van voorbelasting.²²⁵ Bij de overdracht van een onderneming wordt vaak echter wel hoge kosten gemaakt en het is dan ook de vraag of de btw die onderdeel uitmaakt van de kosten aftrekbaar is.

Deze vraag over de aftrekbaarheid van de btw die drukt op kosten van de overdracht van een gemeenschap van goederen wordt beantwoord in het arrest *Abbey National I*.²²⁶ Het HvJ begint, net als bij een vrijgestelde aandelenoverdracht, eerst te kijken of er sprake kan zijn van directe

²²⁰ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 40.

²²¹ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 46 en 47.

²²² HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 51.

²²³ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 52.

²²⁴ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 53 en 54.

²²⁵ Art. 168 van de Btw-richtlijn vereist dat er belaste handelingen hebben plaatsgevonden voordat er een recht op aftrek ontstaat.

²²⁶ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26.

kosten. Hiervan is sprake indien de kosten die ten behoeve van de overdracht van een algemeenheid van goederen gemaakt zijn een rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met één of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat. Hiervan kan echter geen sprake zijn, aangezien de belastingplichtige enkel ten behoeve van de eigen belaste handelingen gebruikte goederen en diensten in aftrek kan brengen. Er kan hierbij dus niet gekeken worden naar de handelingen van de overnemer.²²⁷ Daarentegen kunnen de kosten wel als algemene kosten worden aangemerkt, indien deze kosten een bestanddeel zijn van de prijs van de producten van een onderneming. Ook al verricht de overdrager geen economische activiteiten meer na de overdracht van de algemeenheid van goederen, kunnen de kosten beschouwd worden een rechtstreeks en onmiddellijk verband te hebben met de algehele economische activiteit van de belastingplichtige die voor de overdracht plaatsvond.²²⁸ Aan de hand hiervan bestaat er een recht op aftrek van voorbelasting naar de mate van de pro rata van de belastingplichtige.²²⁹ De opbrengst van de verkoop hoeft niet te worden opgenomen in de pro rata berekening, aangezien als gevolg van het niet-leveringsbeginsel geen belastbare activiteit plaatsvindt en de opbrengst valt zodoende niet binnen de reikwijdte van de btw.

Er bestaat op grond van *Abbey National I* ook de mogelijkheid om kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de overdracht van de algemeenheid van goederen toe te rekenen aan een duidelijk afgebakend gedeelte van de onderneming. Voor het aftrekrecht moet er in dit geval gekeken worden naar de activiteiten die het afgebakend gedeelte uitvoert. Zijn dit alleen maar belaste activiteiten dan is er een volledige aftrek van voorbelasting mogelijk. Worden er echter alleen maar onbelaste en/of vrijgestelde handelingen verricht is er in zijn geheel geen aftrek van voorbelasting mogelijk.²³⁰ Indien een afgebakend gedeelte zowel vrijgestelde als belaste prestaties verricht is een pro rata berekening alleen mogelijk indien een lidstaat artikel 173 lid 2 van de Btw-Richtlijn heeft geïmplementeerd in haar wetgeving. In een dergelijk geval kan op grond van een sectorbenadering per bedrijfs onderdeel een aftrekrecht worden bepaald.²³¹ Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

4.6 Een voorbeeld

Ook dit hoofdstuk zal ik met een voorbeeld werken. Hiervoor zal ik dezelfde casus gebruiken als in hoofdstuk 3, waarbij de houdstervenootschap nu het standpunt inneemt dat bij de verkoop van aandelen sprake is van de overdracht van een algemeenheid van goederen.

Casus:

Een in Nederland gevestigde houdstervenootschap heeft drie deelnemingen die zij wenst te verkopen met het bedoeling om met de verkoopopbrengst schulden af te lossen. Deelneming A is een 100% deelneming waarin X zich moet tegen vergoeding. Deelneming B is een 30% deelneming waarin X zich moet tegen vergoeding. Deelneming C is een 100% deelneming waar X zich niet in moet. X roept de hulp in van verscheidene adviseurs om te zorgen dat de

²²⁷ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26, r.o. 32.

²²⁸ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26, r.o. 35.

²²⁹ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26, r.o. 37.

²³⁰ HvJ EU 22 februari 2001, nr. C-408/98 (*Abbey National I*), V-N 2001/15.26, r.o. 40.

²³¹ S.B. Cornelije, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 110.

verkoop goed verloopt. X meent dat de aandelenverkoop aangemerkt moet worden als de overdracht van een algemeenheid van goederen.

In de eerste plaats kan er tot een overdracht van (een gedeelte van) een algemeenheid van goederen worden gekomen wanneer er aandelen en activa en passiva tezamen worden overgedragen. Hiervoor is wel vereist dat de aandelen en activa zorgen dat er een overdracht van een handelszaak of autonoom bedrijfsonderdeel wordt overgedragen die tezamen een onderneming of een gedeelte van een onderneming vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend.²³² Als daarbij de overnemer ook de intentie heeft om de onderneming voort te zetten, wordt aan alle voorwaarden voldaan om te kwalificeren als de overdracht van een algemeenheid van goederen. Het lijkt mij hiervoor niet uitmaken of er nu sprake is van een 30% of een 100% deelneming, zolang er maar sprake is van een autonoom bedrijfsonderdeel. Voor het aftrekrecht betekent dit voor houdstervereniging X dat voor de gemaakte kosten over de diensten die gemaakt zijn ten behoeve van de overdracht gekwalificeerd kunnen worden als algemene kosten indien de kosten als zodanig zijn opgenomen als een onderdeel van de prijs van de producten van de onderneming. Er bestaat dan een pro rata recht op aftrek van voorbelasting waarbij de verkoopopbrengst niet in de noemer van de pro rata hoeft te worden opgenomen. Wanneer voor de overdracht van een geheel of gedeelte van een algemeenheid van goederen een rechtstreeks en onmiddellijk verband houdt met een afgebakend gedeelte van de economische activiteit, mag de pro rata van het afgebakend gedeelte gebruikt worden. Dit heeft als gevolg dat er bij volledig belaste economische activiteiten een volledige aftrek genoten kan worden en bij volledig vrijgestelde economische activiteiten er in zijn geheel geen recht op aftrek bestaat.²³³ Het kan echter ook zo zijn dat er een combinatie van zowel belaste als vrijgestelde economische activiteiten zijn binnen het afgebakend gedeelte. Nederland kent echter geen optie om een deel-pro rata per sector te gebruiken en er zal dus gebruik gemaakt moeten worden van de pro rata van de houdstermaatschappij.²³⁴

In de tweede plaats kan een overdracht van aandelen plaatsvinden zonder dat deze samengaat met de overdracht van activa en passiva. In dit geval zijn er twee situaties te onderscheiden. De eerste situatie is de overdracht van een deelneming waarmee de overdraagster in een fiscale eenheid zit. Deze regeling voor de fiscale eenheid is opgenomen in art. 7 lid 4 van de wet OB '68. Op grond van deze regeling kunnen personen die ondernemer zijn en die in Nederland wonen of gevestigd zijn of een vaste inrichting hebben als één onderneming worden aangemerkt indien deze financieel, organisatorisch en economisch met elkaar verweven zijn. Voor houdstermaatschappijen kan vooral het vereiste van ondernemerschap ertoe leiden dat deze geen deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.²³⁵ Dat is namelijk het geval bij een zuivere houdstermaatschappij. In de holdingresolutie is door de Staatssecretaris van Financiën goedgekeurd dat een houdstermaatschappij, die zich in sterke mate bezig houdt met de besluitvorming binnen het concern en hiermee volledig in dienst staat van het totaal van de bedrijfsvoering van de gelieerde werkmaatschappijen, een onderdeel uit kan maken van een

²³² HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18, r.o. 40; HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16, r.o. 24.

²³³ Besluit Staatssecretaris van Financiën, 25 november 2011, nr. BLKB 2011/641M, V-N 2012/6.16, par. 3.6.3.

²³⁴ H.W.M. van Kesteren, 'Directe en algemene kosten in de btw', WFR 2008/318, par. 8.

²³⁵ M. Chin-Oldenziel, 'Holdings en btw: ondernemerschap, aftrekrecht en fiscale eenheid', WFR 2016/44.

fiscale eenheid.²³⁶ Dat aan deze voorwaarden nog niet zo eenvoudig is te voldoen blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad.²³⁷ In deze uitspraak wordt bepaald dat het niet voldoende is dat een houdster als bestuurder en beleidsbepaler in belangrijke mate bijdraagt aan de uitvoering van de onderneming.²³⁸ Volgens het HvJ is het echter onjuist dat er ondernemerschap vereist is om in een fiscale eenheid opgenomen worden.²³⁹ Uit de context van de Btw-richtlijn kan immers niet worden gehaald dat een niet-belastingplichtige geen onderdeel van de fiscale eenheid kan zijn.²⁴⁰ Wel kan een lidstaat extra voorwaarden stellen voor de toelating aan een fiscale eenheid, wanneer dit tot doel heeft dat misbruik wordt voorkomen of dat hiermee belastingfraude of –ontwijking wordt voorkomen.²⁴¹ Kan de houdstermaatschappij X uit de casus een fiscale eenheid vormen met haar deelnemingen? De 30% deelneming in ieder geval niet, aangezien er niet aan de financiële verwevenheid wordt voldaan van ten minste 50% aandelenbezit.²⁴² De houdstermaatschappij is een ondernemer aangezien deze zich moeit tegen vergoeding van deelneming A. Wanneer verder aan de voorwaarden van art. 7 lid 4 wet OB '68 wordt voldaan, dan kan er een fiscale eenheid gevormd worden.

Indien de houdstermaatschappij een fiscale eenheid kan vormen met een deelneming, betekent dit dat de aandelenoverdracht als het ware wegvalt en er als gevolg hiervan alleen een overdracht van activa en passiva kan worden gezien. Deze kan dan, wanneer aan de voorwaarden die besproken zijn in par. 4.3 wordt voldaan, kwalificeren als een overdracht van een algemeenheid van goederen. Er is dan sprake van een pro rata aftrek van voorbelasting over de btw-last voor de gemaakte kosten bij de overdracht van de deelneming. Dit is het geval indien de kosten zijn opgenomen in de prijs van de producten van de onderneming en als zodanig een rechtstreeks en onmiddellijk verband hebben met de algehele economische activiteit van de belastingplichtige.

Wanneer de houdstervennootschap niet in een fiscale eenheid kan treden met een deelneming blijft er nog één mogelijkheid over, namelijk dat de houdstervennootschap de aandelen verkoopt zonder dat dit samengaat met een activa-passiva-transactie. Wanneer er alleen aandelen worden overgedragen, wordt er geen autonoom bedrijfs onderdeel overgedragen waarmee een autonome economische activiteit kan worden verricht. Het bezit van aandelen staat immers niet gelijk aan het bezit van activa van een onderneming. Daarbij moet objectief naar het aandelenbezit worden gekeken, wat inhoudt dat door de aandelen heen kijken niet mogelijk is.²⁴³ Dit betekent dat er geen overdracht van (een gedeelte van) een algemeenheid van goederen wordt overgedragen, maar dat er sprake is van een aandelenoverdracht. Ik heb de uitwerking hiervan al behandeld in paragraaf 3.7.

²³⁶ Besluit van 18 februari 1991, nr. VB91/347, V-N 1991/715, 14.

²³⁷ HR 11 september 2015, nr. 14/01003, BNB 2015/215.

²³⁸ Mw mr. L.A. Jehee, 'opname van niet-belastingplichtigen in een fiscale eenheid nog niet zo eenvoudig', Btwbrief 2015/91.

²³⁹ HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11 (Commissie/Nederland), VN-2013/24.14, r.o. 44.

²⁴⁰ HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11 (Commissie/Nederland), VN-2013/24.14, r.o. 39.

²⁴¹ HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14, C-109/14 (Larentia + Minerva/ Maranave), BNB 2016/25, r.o. 41.

²⁴² M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 95.

²⁴³ HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), V-N 2012/43.15, r.o. 25.

4.7 Toetsing aan de Fiscale neutraliteit

Nu de verschillen aan bod zijn gekomen tussen de aandelenverkoop en de overdracht van een algemeenheid van goederen, zal ik het resultaat hiervan toetsen aan het beginsel van de fiscale neutraliteit. Te beginnen met het onderzoeken of op basis van de fiscale neutraliteit een aandelenverkoop en een overdracht van een algemeenheid van goederen als gelijke handelingen kan worden gezien. Vervolgens ga ik onderzoeken of de overdracht van een algemeenheid van goederen in overeenstemming is met de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel.

4.7.1 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel

Wanneer er aandelen in een deelneming worden verkocht zal dit niet altijd leiden tot de overdracht van een algemeenheid van goederen. Ten eerste kan de verkoop van aandelen die tezamen gaat met de verkoop van de activa en passiva van de deelneming leiden tot de overdracht van goederen. Ten tweede kan er de situatie bestaan dat de houdster een fiscale eenheid vormt met haar deelneming, waardoor het aandelenbezit als non-existent wordt gezien en daardoor kan een autonoom deel van de onderneming overgedragen worden. Een op zichzelf staande aandelenverkoop heeft volgens het HvJ echter geen recht om van deze faciliteit gebruik te maken. Een enkele aandelenoverdracht volstaat immers niet om een autonome economische activiteit voort te kunnen zetten.²⁴⁴ Hiermee oordeelt het HvJ dat de verkoop van aandelen in een deelneming niet gelijk gesteld kan worden met de overdracht van een algemeenheid van goederen.

Dit komt ook overeen met de juridische benadering bij een aandelenverkoop. Er kan niet door de aandelen heen worden gekeken zodat er een activa-passiva-transactie waargenomen kan worden, omdat aandelen slechts deelnemingsrechten zijn van de deelneming zelf. Een aandeelhouder maakt daarmee geen aanspraak op de onderliggende activa en passiva van de deelneming. De overdracht van aandelen is niet vergelijkbaar met de overdracht van activa en passiva van de deelneming. Een verschillende behandeling tussen deze handelingen kan dan ook niet gezien worden als een verstoring van de fiscale neutraliteit als een uitwerking van het gelijkheidsbeginsel.

Het HvJ komt in het arrest X bv dus terecht terug op haar eerdere uitspraak in het arrest AB SKF, waarin de implicatie werd gegeven dat een aandelenverkoop aan te merken valt als een algemeenheid van goederen zonder verder enige uitleg te geven op welke wijze dit zou moeten gebeuren.²⁴⁵ Naar aanleiding van het arrest AB SKF zou een aandelenverkoop en een algemeenheid van goederen onterecht hetzelfde behandeld kunnen worden.

Het gelijkstellen van een aandelenverkoop aan een overdracht van een algemeenheid van goederen zou ook problemen met zich meebrengen. Wanneer is een minder dan 100% aandelenpakket nog te zien als een autonoom bedrijfsonderdeel waarmee een autonome

²⁴⁴ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 35.

²⁴⁵ HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X bv), BNB 2014/113, r.o. 35; HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251, r.o. 38.

economische activiteit kan worden uitgeoefend? Wanneer aandelen een evenredig aandeel in het bedrijfsvermogen vertegenwoordigen, zou het naar mijn mening vaak onmogelijk blijken om de verkoop van een minder dan 100% aandelenpakket aan te merken als een activa-passiva-transactie. Op grond van de grootte van het belang in de deelneming een onderscheid maken zal in dat geval het fiscale neutraliteitsbeginsel kunnen verstoren.²⁴⁶

4.7.2 Toetsing aan de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel

Bij de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel is het van belang dat de belastingplichtige geen hinder ondervindt van het btw-systeem. Het is van belang dat de ondernemer bevrijdt kan worden van de btw-last zodat er geen cumulatie van btw ontstaat.

Bij de overdracht van een algemeenheid van goederen vindt er een geruisloze overgang plaats. Dit is een onbelastbare handeling waarbij de kosten gemaakt ten behoeve van de overdracht aangemerkt worden als algemene kosten. De belastingplichtige heeft recht op een pro rata aftrek van voorbelasting. Het ligt er dus aan of de belastingplichtige verder belaste handelingen verricht of er een volledige aftrek mogelijk is. Daarentegen hoeft de verkoopopbrengst niet in de noemer van de pro rata te worden opgenomen zoals bij een vrijgestelde aandelenverkoop die niet aangemerkt kan worden als een bijkomstige financiële handeling.

In paragraaf 4.7.2 is al duidelijk geworden dat het systeem van de vrijstellingen in de btw tot een verstoring kan leiden van de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel. Het fiscale neutraliteitsbeginsel kan er echter niet voor zorgen dat deze verstoring opgelost kan worden, aangezien deze niet zo ver gaat dat er bepaling uit de Btw-richtlijn opzij gezet kan worden.

4.8 Tussenconclusie

Het doel van dit hoofdstuk was om te onderzoeken in welke situaties een houdstervennootschap die een deelneming verkoopt deze aan kan merken als een overdracht van een (gedeelte van een) algemeenheid van goederen en of dit in overeenstemming is met het beginsel van de fiscale neutraliteit. Ik ben begonnen met het uitzetten van de beginselen van de regeling van de algemeenheid van goederen. Deze regeling is uiteengezet in artikelen 19 en 29 van de Btw-richtlijn en is bedoeld om een overdracht van activa en passiva te vereenvoudigen en om een financieringsnadeel te voorkomen. Er moet echter wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Het moet gaan om een overdracht van een autonoom bedrijfsonderdeel. Deze kan zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken bedragen of een combinatie hiervan. Deze moet tevens ook tezamen een onderneming kunnen vormen waarmee een autonome economische activiteit kan worden uitgeoefend. De overnemer moet daarnaast ook het oogmerk hebben met het autonoom bedrijfsonderdeel economische activiteiten te gaan verrichten. Het gevolg van de regeling van de overdracht van de algemeenheid van goederen is dat er een geruisloze overgang plaatsvindt en de overnemer in de plaats treedt van de overdrager.

²⁴⁶ S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016, p. 235.

Hoewel het HvJ in het arrest AB SKF nog de mogelijkheid open liet om de verkoop van een deelneming aan te merken als een overdracht van een algemeenheid van goederen, heeft het HvJ in het arrest X bv geoordeeld dat de enkele verkoop van aandelen niet kan leiden tot de overdracht van een algemeenheid van goederen. Dit betekent niet dat de overdracht van een deelneming geen onderdeel kan zijn van een algemeenheid van goederen. Hiervan kan sprake zijn wanneer er aandelen tegelijk met activa en passiva wordt overgedragen. Daarnaast kan ook enkel een aandelenverkoop een algemeenheid van goederen zijn indien de deelneming en de houdster samen in een fiscale eenheid zitten. De aandelen vallen als het ware weg nu de fiscale eenheid als één belastingplichtige dient te worden aangemerkt. Er zit dan niets anders op dan de aandelenverkoop als een activa-passiva-transactie te beschouwen.

Voor het aftrekrecht bij de overdracht van een algemeenheid van goederen is in het arrest Abbey National I bepaald dat de kosten geen rechtstreeks verband kunnen hebben met in een later stadium verrichte handelingen, maar dat deze wel als algemene kosten aangemerkt kunnen worden. De kosten houden immers verband met de algehele economische activiteit van de belastingplichtige. De kosten kunnen in aftrek worden gebracht op basis van de pro rata van de belastingplichtige.

Bij de toetsing aan het fiscale neutraliteitsbeginsel is het van belang om te onderzoeken of een aandelenverkoop en een activa-passiva-transactie als gelijk kunnen worden gezien voor een overdracht van een algemeenheid van goederen. Vanuit een economische benadering kan gesproken worden van fiscale transparantie waarbij door de aandelen heen wordt gekeken en dit als een activa-passiva-transactie kan worden gezien. De juridische benadering staat hier echter tegen in de weg. Aandelen zijn deelnemingsrechten die niet rechtstreeks inspraak geven op de onderliggende activa en passiva. De aandelenverkoop en een activa-passiva-transactie zijn niet vergelijkbaar en daarom hoeft de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel deze ook niet gelijk te behandelen. Voor de fiscale neutraliteit als stelselbeginsel ontstaat er een verstoring indien de belastingplichtige vrijgestelde handelingen verricht die de pro rata beïnvloedt. Deze komt voort uit het systeem van de vrijstellingen en de cumulatie van btw die daaruit ontstaat, is niet op te lossen met het fiscale neutraliteitsbeginsel.

Hoofdstuk 5 Conclusie

Aan het begin van deze thesis zijn de volgende onderzoeksvragen gesteld:

1. *Hoe wordt de aftrek van voorbelasting behandeld in de situatie waarbij een deelneming wordt overgedragen door middel van een aandelentransactie en in hoeverre komt dit overeen met het beginsel van de fiscale neutraliteit?*
2. *In welke situatie kan de overdracht van de aandelen van een deelneming kwalificeren als de overdracht van een algemeenheid van goederen en in hoeverre komt dit overeen met het beginsel van de fiscale neutraliteit?*

Voor het antwoord op de eerste vraag is ten eerste van belang om twee situaties te onderscheiden. Een houdstervenootschap kan de aandelen van haar deelnemingen namelijk in verschillende hoedanigheden houden en verkopen. Aan de ene kant kan er sprake zijn van een zuivere houdstervenootschap waarbij het houden en de verkoop van een deelneming buiten de reikwijdte van de btw valt. Het betreft dan een onbelastbare handeling waarvoor in beginsel geen sprake is van recht op aftrek van voorbelasting. Toch oordeelt het HvJ dat het mogelijk moet zijn om kosten die gemaakt zijn ten behoeve van de overdracht van een deelneming aftrek te verlenen indien deze een verband houden met één of meerdere belastbare handelingen. Een dergelijk verband bestaat indien er als directe kosten een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de kosten en belaste handelingen in een later stadium. Er is dan een volledig recht op aftrek van voorbelasting. Wanneer de deelneming ophoudt te bestaan zal het echter lastig zijn om kosten toe te rekenen aan een belastbare handeling in een later stadium. In een dergelijk geval kunnen de kosten nog als algemene kosten worden aangemerkt, indien er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen de kosten en de algehele economische activiteit. In dat geval is er een pro rata recht op aftrek mogelijk.

Aan de andere kant kan het houden en de verkoop van een deelneming ook binnen de reikwijdte van de btw plaatsvinden. Hiervan is sprake indien er direct of indirect gemoeid wordt in de deelneming tegen een vergoeding, er in de hoedanigheid van een effectenmakelaar wordt gehandeld of indien het een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk vormt van de economische activiteiten van de belastingplichtige. Handelingen met betrekking tot aandelen zijn echter vrijgesteld op grond van art. 135 lid 1 sub f van de Btw-richtlijn. Ook in deze situatie acht het HvJ het van belang dat er een recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor zover de verkoop van een deelneming verband houdt met belastbare handelingen. Aangezien een rechtstreekse toerekening van de kosten aan een vrijgestelde overdracht niet tot aftrek leidt, heeft het HvJ in het arrest AB SKF geoordeeld dat er dan sprake moet zijn van algemene kosten. De belastingplichtige geniet dan een pro rata recht op aftrek van voorbelasting. De verkoopopbrengst moet in de noemer van de pro rata worden opgenomen indien er niet aangetoond kan worden dat het gaat om een bijkomstige financiële handeling.

Voor het beginsel van de fiscale neutraliteit als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel betekent dit dat er twee situaties bestaan die niet gelijk behandeld worden met betrekking tot het recht op aftrek. Het HvJ heeft in het arrest Wellcome Trust echter geoordeeld dat de fiscale neutraliteit inhoudt dat economische activiteiten hetzelfde moeten worden behandeld, maar dat dit veronderstelt dat de handeling als economische activiteit kan worden gekwalificeerd. Hoewel in het arrest AB SKF van belang wordt geacht dat op basis van het beginsel van fiscale neutraliteit aftrek van voorbelasting moet worden verleend omdat anders twee objectief soortgelijke

handeling verschillend worden behandeld, zijn het in feite niet te vergelijken handelingen. Een aandelenverkoop die buiten de reikwijdte van de btw valt en derhalve niet als belastbare handeling aan te merken valt is niet vergelijkbaar met een aandelenverkoop die aangemerkt kan worden als een belastbare handeling.

Voor het antwoord op de tweede vraag is het van belang om te weten wanneer de overdracht van aandelen aangemerkt kan worden als een algemeenheid van goederen. Er moet dan eerst aan de vereisten worden voldaan die van een overdracht van een algemeenheid van goederen wordt gevraagd. Er is pas sprake van een algemeenheid van goederen indien het gaat om de overdracht van een autonoom bedrijfsonderdeel, welke (een gedeelte van) een onderneming kan vormen. Daarnaast moet hiermee een autonome economische activiteit kunnen worden uitgeoefend. Het enkel houden van de aandelen is niet genoeg. Wel kan hier sprake van zijn indien de aandelenverkoop gepaard gaat met de overdracht van activa of wanneer de houdstervenootschap en deelneming samen een onderdeel zijn van een fiscale eenheid. De overdracht van een algemeenheid van goederen is een onbelastbare handeling. Over de aftrek van voorbelasting is door het HvJ in het arrest Abbey National I geoordeeld dat er sprake is van een rechtstreeks en onmiddellijk verband met de algehele economische activiteit. Als algemene kosten kan er aanspraak worden gemaakt op een pro rata aftrek van voorbelasting voor de kosten die zijn gemaakt bij de overdracht van een algemeenheid van goederen.

Op grond van het fiscale neutraliteitsbeginsel als uitwerking van het gelijkheidsbeginsel zou gesteld kunnen worden dat de aandelenverkoop en de overdracht van een algemeenheid van goederen ongelijk worden behandeld. Bij de verkoop van een 100% deelneming en met behulp van fiscale transparantie zou er door de aandelen heen worden gekeken zodat er een activa-passiva-transactie wordt waargenomen. Juridisch gezien kan een aandelenverkoop echter niet vergeleken worden met een overdracht van activa en passiva. Aandelen zijn slechts deelnemingsrechten in de onderliggende deelneming. Op grond van het beginsel van de fiscale neutraliteit hoeven ze niet op een gelijke manier behandeld te worden.

De fiscale neutraliteit houdt ook in dat er geen cumulatie van belasting op mag treden. Bij de overdracht van een onderneming zal in veel gevallen een pro rata aftrek gelden indien de kosten als algemene kosten aangemerkt kunnen worden. Hierdoor is het aftrekrecht afhankelijk van de economische activiteit van de belastingplichtige. Is deze geheel belast dan bestaat er een volledig recht op aftrek, maar als er sprake is van vrijgestelde handelingen zal dit aftrekrecht beperkt worden. Wanneer de aandelenverkoop als belastbare handeling ook niet als bijkomstige financiële handeling aangemerkt kan worden houdt dit zelfs in dat ook de verkoopopbrengst van de deelneming in de pro rata berekening opgenomen dient te worden. Deze cumulatie van btw komt voor uit het btw-systeem zelf. Vrijstellingen beperken namelijk het recht op aftrek. Het beginsel van de fiscale neutraliteit gaat echter niet zo ver dat het een regeling in de Btw-richtlijn opzij kan zetten. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de fiscale behandeling van de verkoop van een deelneming niet in strijd is met het beginsel van de fiscale neutraliteit.

Literatuurlijst

Boeken

Beelen 2010

S.T.M. Beelen, *Aftrek van btw als (belaste) omzet ontbreekt*, Deventer: Kluwer 2010.

Bomer 2012

A.H. Bomer, *De doorwerking van algemene rechtsbeginselen in de BTW*, Deventer: Kluwer 2012.

Bomer 2013

A.H. Bomer, *Unierechtelijke beginselen en btw*, Deventer: Kluwer 2013.

Cornielje 2016

S.B. Cornielje, *Fusies en overnames in de Europese btw*, Deventer: Kluwer 2016.

Van Doesum 2009

A.J. van Doesum, *Contractuele samenwerkingsverbanden in de BTW*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Hilten 1992

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

Van Hilten en Van Kesteren 2013

M.E. van Hilten, H.W.M. van Kesteren, *Omzetbelasting*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Norden 2007

G.J. van Norden, *Het concern in de BTW*, Deventer: Kluwer 2007.

Van der Paardt en Sparidis 2013

R.N.G. van der Paardt, E. Sparidis, *Het begrip ondernemer in de omzetbelasting*, Kluwer 2013.

Swinkels 2001

J.J.P. Swinkels, *De belastingplichtige en de Europese btw*, 's-Gravenhage: Koninklijke Vermande 2001.

Van Zadelhoff 1992

B.G. van Zadelhoff, *Onroerende goederen in de belasting over de toegevoegde waarde (diss)*, Deventer: Kluwer 1992.

Artikelen

Boender en Lantman 2010

J.B.J. boender, R.J.M.C Lantman: concernbenadering in de btw sterker dan ooit, MBB 2010/03.

Bomer en Van Kesteren 2003

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

Braun 1999

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

Chin-Oldenziel 2016

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

Cornielje 2012

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

Van Doesum en Van Kesteren 2011

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

Van Doesum en Van Kesteren 2012

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

Van Doesum, Van Kesteren en Van Norden 2010

A.J. van Doesum, H.W.M. van Kesteren, G.J. van Norden, 'Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT', EC TAX review 2010-2.

Van Dongen 2004

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

Hummel 2007

C.J. Hummel, 'De btw-aspecten van een overname', NTFR beschouwingen 2007/25.

Jehee 2015

Mw mr. L.A. Jehee, 'opname van niet-belastingplichten in een fiscale eenheid nog niet zo eenvoudig', Btwbrief 2015/91.

Van Kesteren 2004

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

Van Kesteren 2008

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

Lamers 2005

J.J.M. Lamers, 'Het etikette van het aandeel in de BTW', WFR 2005/828.

Nieuwenhuizen 1993

W.A.P. Nieuwenhuizen, 'Ondernemer in de omzetbelasting: een beetje zwanger is mogelijk', WFR 1993/1772.

Van Norden 2006

G.J. van Norden, 'Verkoop en overdracht minderheidsparticipaties', Btw brief 2006/1.

Van Norden 2010

G.J. van Norden, 'Geen paradox maar een echte tegenstelling in de btw: strikter én ruimer': WFR 2010/684.

Merx 2005

M.M.W.D. Merx, 'Verkoop aandelen en art. 31 Wet OB 1968', Forfaitair 2005/155.

Mierop en Bouwmeester 2010

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

Molenaar 2009

I.F. Molenaar, 'De Zaak AB SKF: antwoorden of nog meer vragen?', Btw brief 2009 nr. 12.

Van Osch 2013

B.T.J.G van Osch, 'Een minderheidsdeelneming is geen onderneming', BTW brief 2013/77.

Beleidsbesluiten

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 18 februari 1991, nr. VB91/347, V-N 1991/715, 14.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2003, nr. CPP 2003/1951M, V-N 2003/39.20

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 3 augustus 2004, nr. CPP 2004/1709M, V-N 2004/47.13

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

Overig

M.E. van Hilten, Rede bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar indirecte belastingen aan de Vrije Universiteit Amsterdam op 19 maart 2010.

Toelichting op het voorstel voor een zesde richtlijn, V-N 15 september 1973, nr. 18A.

Jurisprudentielijst

Jurisprudentie van het Hof van Justitie

HvJ EU 1 februari 1977, nr. 51/76 (VNO), BNB 1978/18.

HvJ EU 1 april 1982, nr. 89/81 (Hong-Kong Trade Development Council), BNB 1982/311.

HvJ EU 14 februari 1985, nr. 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315.

HvJ EU 5 juli 1988, nr. 289/86 (Happy Family), FED 1988/496.

HvJ EU 5 juli 1988, nr. 269/86 (Mol), FED 1988/495.

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

HvJ EU 11 juli 1991, nr. C-97/90 (Lennartz), V-N 1991/2402.

HvJ EU 22 juni 1993, nr. C-333/91 (Sofitam SA), FED 1993/608.

HvJ EU 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), V-N 1995/3030, 27.

HvJ EU 11 augustus 1995, nr. C-453/93 (Bulthuis-Griffioen), V-N 1995/2932, 32.

HvJ EU 29 februari 1996, nr. C-110/94 (Inzo) V-N 1996/1396, 27.

HvJ EU 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), V-N 1997/1034, 17.

HvJ EU 11 juli 1996, nr. C-306/94 (Régie Dauphinoise), V-N 1997/965, 26.

HvJ EU 26 september 1996, nr. C-230/94 (Renate Enkler), V-N 1997/653, 22.

HvJ EU 6 februari 1997, nr. C-80/95 (Harnas & Helm), V-N 1997/1031, 16.

HvJ EU 20 februari 1997, nr. C-260/95 (DFDS A/S), V-N 1997/1662, 17.

HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-190/95 (Aro Lease), V-N 1997/2933, 7.

HvJ EU 15 januari 1998, nr. C-37/95 (Ghent Coal Terminal), V-N 1998/29.14.

HvJ EU 25 februari 1999, nr. C-349/96 (Card Protection Plan), V-N 1999/15.28.

HvJ EU 7 september 1999, nr. C-216/97 (Gregg & Gregg), V-N 1999/47.21.

HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-400/98 (Breitsohl), V-N 2000/43.19.

HvJ EU 8 juni 2000, nr. C-98/98 (Midland Bank), BNB 2001/118.

HvJ EU 19 september 2000, nr. C-454/98 (Schmeink en Strobel), BNB 2002/167.

HvJ EU 14 november 2000, nr. C-142/99 (Floridienne & Berginvest), V-N 2000/53.17.

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

HvJ EU 3 mei 2001, nr. C-481/98 (Commissie/Frankrijk), V-N 2001/42.18.

HvJ EU 12 juli 2001, nr. C-102/00 (Welthgrove BV), V-N 2001/42/14.

HvJ EU 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo Participations SA), V-N 2001/55.7.

HvJ EU 26 juni 2003, nr. C-305/01 (MKG-Krafffahrzeuge-Factoring), V-N 2003/34,13.

HvJ EU 27 november 2003, nr. C-497/01 (Zita Modes), V-N 2003/61.18.

HvJ EU 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), BNB 2004/285.

HvJ EU 3 maart 2005, nr. C-32/03 (Fini H), V-N 2005/15.8.

HvJ EU 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), V-N 2005/29.18.

HvJ EU 8 februari 2007, nr. C-435/05 (Investrand), V-N 2007/12.19.

HvJ EU 19 april 2007, nr. C-455/05 (Velvet Steel Immobilien), V-N 2007/21.18.

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

HvJ EU 3 april 2008, nr. C-124/07 (J.C.M. Beheer BV), V-N 2008/17.16.

HvJ EU 10 april 2008, nr. C-309/06 (Marks & Spencer III), V-N 2008/21.22.
HvJ EU 10 juli 2008, nr. C-484/06 (Fiscale Eenheid Koninklijke Ahold NV), V-N 2008/41.23.
HvJ EU 23 april 2009, nr. C-460/07 (Sandra Puffer), V-N 2009/25.17.
HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), BNB 2010/251.
HvJ EU 29 oktober 2009, nr. C-174/08 (NCC construction Danmark A/S), V-N 2009/56.14.
HvJ EU 10 november 2011, nrs. C-259/10 en C-260/10 (*Rank Group*), V-N 2011/62.20.
HvJ EU 10 november 2011, nr. C-444/10 (Christel Schriever), V-N 2011/63.16.
HvJ EU 1 maart 2012, nr. C-280/10 (Polski Trawertyn), V-N 2012/17.17.
HvJ EU 5 juli 2012, nr. C-259/11 (DTZ Zadelhoff), V-N 2012/43.15.
HvJ EU 19 juli 2012, nr. C-44/11 (*Deutsche Bank*), V-N 2012/42.15.
HvJ EU 25 april 2013, nr. C-65/11 (Commissie/Nederland), VN-2013/24.14
HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-651/11 (X BV), BNB 2014/113.
HvJ EU 16 juli 2015, nr. C-108/14, C-109/14 (Larentia + Minerva/ Maranave), BNB 2016/25

Jurisprudentie van de Hoge Raad der Nederlanden

HR 14 april 1999, nr. 32727, BNB 1999/373.
HR 14 maart 2003, nr. 38 253, BNB 2003/197.
HR 9 juli 2004, nr. 28 026, BNB 2004/363.
HR 2 december 2005, nr. 4082, NTFR 2005/1626.
HR 11 september 2015, nr. 14/01003, BNB 2015/215.

Jurisprudentie van Gerechtshoven

Hof Leeuwarden 8 januari 1993, nr. 292/91, BNB 1994/103.
Hof 's-Gravenhage 10 november 2005, nr. Bk-02/04375 en Bk 02/03641.

Advocaat-Generaal

Conclusie A-G Wattel 9 juli 2004, nr. 38 026, BNB 2004/363.
Conclusie A-G Overgaauw 10 april 2007, nr. 42868 en nr. 42863, V-N 2007/25.29.
Conclusie A-G Mengozzi 12 februari 2009, nr. C-29/08 (AB SKF), V-N 2009/10.27.