

Voorlopige editie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

G. PITRUZZELLA

van 3 maart 2022⁽¹⁾

Zaak C-98/21

Finanzamt R

tegen

W-GmbH

[verzoek van het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Belasting over de toegevoegde waarde – Aftrek – Tussenschakeling van een holding in de handelingen van de dochterondernemingen – Activiteiten van de dochterondernemingen die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw – Algemene kosten – Misbruik”

1. Het onderhavige verzoek van het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing betreft in essentie enkele aspecten van de mogelijkheid voor een holding om btw af te trekken.
2. In het algemeen zijn holdings vennootschappen die in het bezit zijn van het volledige kapitaal of een deel van het kapitaal van andere ondernemingen, die in verschillende economische sectoren of verschillende fasen van hetzelfde productieproces werkzaam kunnen zijn. Wat de verrichte activiteit betreft wordt doorgaans onderscheid gemaakt tussen de „zuivere holding”, die zich uitsluitend bezighoudt met het verwerven en het houden van aandelen in vennootschappen en het uitoefenen van de daaraan verbonden aandeelhoudersrechten, en de „gemengde holding”, die naast de voornoemde activiteiten een eigen productie- of handelsactiviteit heeft.
3. De Europese btw-regeling – te weten richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006, betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw-richtlijn”)(2) – bevat geen specifieke bepalingen over holdings. Om die reden is de daarop toepasselijke regeling in de loop der tijd ontwikkeld in meerdere arresten van het Hof. Niettemin blijft dit onderwerp vragen oproepen wegens de verscheidenheid en de complexiteit van de feitelijke situaties die zich in de praktijk voordoen, en het feit dat het zeer moeilijk is om al deze situaties in één stelsel samen te brengen.

4. In de onderhavige zaak is met name de vraag aan de orde of W-GmbH (hierna: „W” of „verzoekster”) – een gemengde holding met een zeggenschapsdeelneming in de vennootschappen X-KG en Y-KG (hierna ook: „dochterondernemingen”), waarvoor W ook administratieve en boekhoudkundige diensten onder bezwarende titel verricht – recht heeft op aftrek van de btw die zij in een eerder stadium heeft betaald over de goederen en diensten die zij heeft afgenomen teneinde ze als vennoot in te brengen in haar dochterondernemingen ten behoeve van de door hen verrichte handelsactiviteiten die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw.

5. In casu wordt het Hof verzocht te preciseren of artikel 168, onder a), juncto artikel 167 van de btw-richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat dit recht op aftrek bestaat.

6. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet eveneens worden vastgesteld of een dergelijke handeling als misbruik kan worden aangemerkt, gezien het feit dat de dochterondernemingen geen recht op volledige aftrek van de in een eerder stadium betaalde belasting zouden hebben indien zij deze goederen en diensten niet van de holding hadden ontvangen, maar zelf hadden afgenomen.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

7. Artikel 2, lid 1, van de btw-richtlijn bepaalt:

„De volgende handelingen zijn aan de btw onderworpen:

a) de leveringen van goederen, die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;

[...]

c) de diensten die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht;

[...]”

8. Artikel 9, lid 1, van deze richtlijn luidt als volgt:

„Als ‚belastingplichtige’ wordt beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

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.”

9. Ingevolge artikel 167 van die richtlijn ontstaat „[h]et recht op aftrek [...] op het tijdstip waarop de aftrekbare belasting verschuldigd wordt”.

10. Artikel 168 van die richtlijn bepaalt:

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

a) de btw die in die lidstaat verschuldigd of voldaan is voor de goederenleveringen of de diensten die een andere belastingplichtige voor hem heeft verricht;

[...]”

B. Duits recht

11. Artikel 2 van het Umsatzsteuergesetz (wet op de omzetbelasting) van 21 februari 2005(3) (hierna: „UStG”), luidt als volgt:

„(1) Ondernemer is hij die een bedrijfs- of beroepsactiviteit zelfstandig uitoefent. De onderneming omvat alle bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de ondernemer. Een bedrijfs- of beroepsactiviteit is elke duurzame activiteit om inkomsten te verwerven, ook wanneer zij niet gericht is op het maken van winst en, in het geval van een vereniging, ook wanneer deze haar activiteit slechts uitoefent ten behoeve van haar leden.

(2) De bedrijfs- of beroepsactiviteit wordt niet zelfstandig uitgeoefend:

1. indien natuurlijke personen, afzonderlijk of als groep, in die mate zijn opgenomen in een onderneming dat zij de instructies van de ondernemer moeten volgen;

2. wanneer uit het geheel van de feitelijke banden blijkt dat een rechtspersoon financieel, economisch en organisatorisch gezien is opgenomen in het overkoepelende orgaan (fiscale eenheid). De gevolgen van de fiscale eenheid blijven beperkt tot de interne prestaties die tussen de in het binnenland gelegen ondernemingsentiteiten worden verricht. Die entiteiten moeten als een enkele onderneming worden beschouwd. [...]”

12. Artikel 15 UStG, met als opschrift „Aftrek van de voorbelasting”, luidt als volgt:

„(1) De ondernemer kan de volgende bedragen als voorbelasting aftrekken:

1. de wettelijk verschuldigde belasting voor leveringen en diensten die door andere ondernemers voor zijn onderneming zijn verricht. [...]”

13. Artikel 42 van de Abgabenordnung (belastingwetboek)(4), in de versie die op het hoofdgeding van toepassing is (hierna: „AO”), bepaalt:

„(1) De belastingwet mag niet worden omzeild door misbruik te maken van constructies waarin de wetgeving voorziet. Indien aan de voorwaarden van een fiscale bepaling ter bestrijding van belastingontwijking is voldaan, worden de rechtsgevolgen ervan bij die bepaling vastgesteld. In de andere gevallen waarin sprake is van misbruik in de zin van lid 2 wordt de belasting op dezelfde wijze verschuldigd als in het geval van een bij de economische handelingen passende juridische constructie.

(2) Er is sprake van misbruik wanneer wordt gekozen voor een inadequate juridische constructie die de belastingplichtige of een derde in vergelijking met de gevolgen van een adequate juridische constructie een belastingvoordeel oplevert waarin de wet niet voorziet. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de belastingplichtige aantoont dat de keuze van de constructie berust op niet-fiscale gronden die in het licht van de algehele situatie in aanmerking

moeten worden genomen.”

II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

14. W is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die zich bezighoudt met de aankoop, het beheer en het herstel van onroerende goederen, en met het ontwerp, de sanering en de uitvoering van bouwprojecten.

15. In 2013 had zij een deelneming in X-KG en Y-KG, die beide waren opgericht als commanditaire personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid (GmbH & Co. KG) en zich bezig hielden met de bouw van onroerende goederen en de verkoop van de wooneenheden, handelingen die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw.

16. Om precies te zijn had in het litigieuze jaar Z-KG een deelneming van 6 % en W een deelneming van 94 % in X-KG. Op 31 januari 2013 is overeengekomen dat Z-KG 600 000,00 EUR in de dochteronderneming zou inbrengen, terwijl W met betrekking tot twee bouwprojecten van de dochteronderneming om niet diensten zou verrichten ter waarde van 9 400 000,00 EUR. In het bijzonder moest W diensten voor X-KG verrichten betreffende de planning van de energietoevoer, de warmte-isolatie en de aansluitingen op de netwerken, architectendiensten, algemene bedrijfsdiensten, plaatsing en verkoop, alsmede statische studies. Deze diensten verrichtte W deels met eigen personeel en materiaal, en deels door goederen en diensten bij andere ondernemingen af te nemen.

17. Op dezelfde datum sloten W en X-KG nog een overeenkomst, op grond waarvan W in verband met de voornoemde bouwprojecten onder bezwarende titel boekhoudkundige en managementdiensten voor X-KG zou verrichten. Die diensten betroffen onder andere de aanwerving en het ontslag van personeel, de aankoop van materiaal, het bijhouden van de boekhouding, de opstelling van belastingaangiften en de indiening daarvan bij de belastingdienst. De diensten die verzoekster als inbreng diende te verrichten waren uitdrukkelijk van die boekhoudkundige en managementdiensten uitgesloten.

18. In 2013 had W daarnaast 89,64 % van de aandelen van Y-KG in bezit; de overige aandelen waren in handen van P I GmbH. Op 10 april 2013 is overeengekomen dat P I GmbH in Y-KG een bedrag van 3 500 000,00 EUR zou inbrengen en dat W met betrekking tot een bouwproject van Y-KG om niet met de in punt 16 hierboven genoemde vergelijkbare diensten zou verrichten ter waarde van 30 290 000,00 EUR. Op dezelfde datum zijn W en Y-KG daarnaast overeengekomen dat W voor Y-KG onder bezwarende titel boekhoudkundige en managementdiensten zou verrichten die vergelijkbaar zijn met de in punt 17 hierboven genoemde diensten.

19. In haar btw-aangiften voor het jaar 2013 heeft W het volledige bedrag van de btw van de in een eerder stadium door haar afgenomen diensten afgetrokken. Na een belastingcontrole heeft de Duitse belastingdienst de inbreng van vennoot W in X-KG en in Y-KG evenwel beoordeeld als niet-belastbare activiteiten, aangezien zij niet hadden gediend om opbrengst te verkrijgen in de zin van de regeling inzake omzetbelasting, en derhalve niet konden worden toegerekend aan de bedrijfsactiviteit van de holding. De voorbelasting die in verband met deze activiteiten is betaald, was bijgevolg niet aftrekbaar.

20. Na de afwijzing van haar bestuursrechtelijk bezwaar heeft W beroep ingesteld bij het Niedersächsisches Finanzgericht (belastingrechter in eerste aanleg Nedersaksen, Duitsland), dat bij vonnis van 19 april 2018 dit beroep heeft toegewezen. Volgens die rechter kon W de voorbelasting in haar geheel aftrekken, aangezien de boekhoudkundige en managementdiensten die W voor X-KG en Y-KG verrichtte inhielden dat zij zich tegen betaling direct of indirect inmengde in het beheer van die vennootschappen. Bijgevolg viel ook de verstrekking van de

diensten die de vennoot in natura inbracht onder de bedrijfsactiviteit van actief beheer van de deelnemingen. Daarnaast wees deze rechter erop dat de voor de betrokken handeling gekozen constructie op niet-fiscale gronden kon worden gerechtvaardigd.

21. Het Finanzamt (belastingdienst) heeft tegen die uitspraak beroep in *Revision* ingesteld bij de verwijzende rechter, het Bundesfinanzhof, en ter ondersteuning daarvan aangevoerd dat (i) de litigieuze diensten – dat wil zeggen, die welke verband houden met de inbreng van de vennoot in natura in de dochterondernemingen –, die moeten worden onderscheiden van de boekhoudkundige en managementdiensten die onder bezwarende titel worden verricht, bij gebreke van een vergoeding geen voorwerp van handel vormen, en (ii) de door W verrichte handelingen hoe dan ook misbruik van de regels inzake de btw-afrek opleveren.

22. In de verwijzingsbeslissing wijst het Bundesfinanzhof er om te beginnen op dat W en haar dochterondernemingen geen „fiscale eenheid” in de zin van artikel 2, lid 2, UStG vormen, zodat die vennootschappen niet kunnen worden aangemerkt als één onderneming.

23. Voorts merkt de verwijzende rechter op dat W voor haar dochterondernemingen onder bezwarende titel boekhoudkundige en managementdiensten heeft verricht, zodat zij ondanks haar hoedanigheid van holding in beginsel aanspraak kan maken op volledige afrek van voorbelasting. Daarnaast merkt hij op dat volgens de rechtspraak van het Hof dit recht op afrek bestaat zowel wanneer de kosten betrekking hebben op een bepaalde handeling in een eerder stadium die rechtstreeks en onmiddellijk verband houdt met in een later stadium verrichte handelingen die recht geven op afrek, als wanneer die kosten deel uitmaken van de algemene kosten van de vennootschap en als zodanig bestanddeel zijn van de prijs van de door haar geleverde goederen of verstrekte diensten.

24. Het Bundesfinanzhof vraagt zich echter af of de diensten die W als vennoot bij wijze van inbreng voor X-KG en Y-KG heeft verricht rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de belaste diensten die door W worden verricht, of als haar algemene kosten kunnen worden aangemerkt, aangezien zij in werkelijkheid niet voor de economische activiteit van de holding dienden, maar voor de verrichting van de – in hoge mate vrijgestelde – economische activiteit van haar dochterondernemingen.

25. Voorts vraagt de verwijzende rechter zich af – voor het geval het Hof oordeelt dat de belasting die W over de in een eerder stadium afgenomen diensten heeft betaald op grond van de bepalingen van de btw-richtlijn in abstracto afrekbaar is – of de tussenschakeling van een moedermaatschappij bij de verwerving van diensten voor een dochteronderneming met het oog op de afrek van de voorbelasting, waarop die dochteronderneming geen recht zou hebben, misbruik van de btw-regeling vormt.

26. In dit verband wijst hij erop dat voor de beoordeling of er sprake is van een dergelijk misbruik de feiten van de concrete zaak moeten worden onderzocht om na te gaan of de betwiste handeling op niet-fiscale gronden kan worden gerechtvaardigd, en dat dit feitenonderzoek volgens het nationale recht wordt verricht door de belastingrechter, aan wiens beslissing op dat punt het Bundesfinanzhof gebonden is. Aangezien het Niedersächsisches Finanzgericht in het hoofdgeding heeft geoordeeld dat de door W verrichte handelingen door niet-fiscale gronden worden gerechtvaardigd, vraagt de verwijzende rechter zich dus af of het bestaan van die gronden kan beletten dat misbruik van recht wordt vastgesteld.

27. De verwijzende rechter merkt tot slot op dat indien een dergelijke handeling niet wordt beschouwd als misbruik, het risico bestaat dat elke tussenschakeling van een holding bij de aankopen van de dochterondernemingen met het doel een recht op btw-afrek te verkrijgen waarop deze ondernemingen in geval van rechtstreekse aankoop geen aanspraak kunnen maken,

zou worden gelegitimeerd.

28. In deze omstandigheden heeft het Bundesfinanzhof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding, artikel 168, onder a), juncto artikel 167 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, aldus worden uitgelegd dat een bestuursholding, die voor dochterondernemingen belaste handelingen in een later stadium verricht, eveneens recht heeft op aftrek van voorbelasting over diensten die zij van derden afneemt en in ruil voor een deelneming in de algemene winst inbrengt in de dochterondernemingen, hoewel de in een eerder stadium afgenomen diensten niet rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de eigen handelingen van de holding, maar met de (in hoge mate) vrijgestelde activiteiten van de dochterondernemingen, en de in een eerder stadium afgenomen diensten niet zijn opgenomen in de prijs van de (voor de dochterondernemingen verrichte) belaste handelingen en niet behoren tot de algemene kosten van de eigen bedrijfsuitoefening van de holding?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: vormt het misbruik van recht in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, wanneer een bestuursholding als ‚tussenschakel’ in de keten van diensten aan dochterondernemingen wordt opgenomen op een wijze dat zij de diensten, waarvoor de dochterondernemingen bij een rechtstreekse afname geen recht op aftrek van voorbelasting zouden hebben, zelf afneemt, inbrengt in de dochterondernemingen tegen een deelneming in hun winst en vervolgens met een beroep op haar positie als bestuursholding aanspraak maakt op volledige aftrek van de voorbelasting over de diensten in een eerder stadium, of kan deze tussenschakeling op niet-fiscale gronden worden gerechtvaardigd, hoewel de volledige aftrek van de voorbelasting op zich in strijd is met het systeem en zou leiden tot een mededingingsvoordeel van holdingconstructies ten opzichte van enkelvoudige ondernemingen?”

III. Voornaamste argumenten van de partijen

29. In de procedure bij het Hof hebben W, de Duitse regering en de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

30. W heeft in haar opmerkingen allereerst erop gewezen dat de hierboven beschreven handelingen zijn verricht op niet-fiscale gronden, (i) omdat door de verwezenlijking van de projecten door middel van de dochterondernemingen de verantwoordelijkheid voor de decontaminatie van de terreinen waarop de bouwprojecten worden uitgevoerd, kan worden beperkt (het gaat namelijk om militaire gebouwen die vervuild zijn met explosieve munitie); (ii) omdat W door een inbreng in natura in plaats van in geld beter wordt beschermd tegen eventuele vorderingen van schuldeisers van de dochterondernemingen of een curator; voor laatstgenoemden heeft het immers uitsluitend zin om de diensten die worden ingebracht op te eisen indien de bouwprojecten worden voortgezet, hetgeen echter vrij onwaarschijnlijk zou zijn indien de dochterondernemingen insolvent waren; (iii) omdat door de centralisatie van het ontwerpen en de aankopen bij de holding grotere efficiëntie en, door lagere aankoopkosten, financiële voordelen worden behaald, en (iv) omdat door die structuur de winstmarge vertrouwelijk blijft, aangezien een afnemer uitsluitend recht op informatie heeft ten aanzien van de contractpartijen, te weten de dochterondernemingen en niet de moederonderneming W.

31. Dit vooropgesteld voert W met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag aan dat zij recht op aftrek heeft, aangezien zij uitsluitend heeft gehandeld in de hoedanigheid van belastingplichtige, waarbij zij zich in het beheer van haar dochterondernemingen heeft gemengd

door onder bezwarende titel administratieve en boekhoudkundige diensten te verrichten. Volgens haar geven de kosten van de diensten die zij heeft afgenomen om ze in natura in te brengen in haar dochterondernemingen, recht op volledige aftrek van de voorbelasting, aangezien die kosten, die helpen haar gehele economische activiteit te bevorderen, deel uitmaken van haar algemene kosten. Voorts is W het er niet mee eens dat het recht op aftrek van voorbelasting haar wegens de gedeeltelijke vrijstelling van de in een later stadium verrichte diensten van haar dochterondernemingen is geweigerd omdat er sprake is van afzonderlijke belastingplichtigen en de in een eerder stadium afgenomen diensten niet rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de specifieke in een later stadium verrichte diensten van haar dochterondernemingen.

32. Met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag betoogt W dat de uitvoering van de betrokken handelingen geen misbruik van recht vormt omdat deze zijn gerechtvaardigd op de in punt 30 van deze conclusie beschreven niet-fiscale gronden. In dit verband merkt zij voorts op dat het voordeel dat een organisatie met meerdere niveaus, waaronder een holding, verkrijgt ten opzichte van een organisatie met één niveau, louter de organisatievrijheid weerspiegelt en geen misbruik oplevert.

33. De Duitse regering en de Commissie betogen, met grotendeels overlappende argumenten, dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord. Aangezien het recht op btw-aftrek bedoeld in artikel 168, onder a), van de btw-richtlijn een rechtstreeks en onmiddellijk verband veronderstelt tussen enerzijds een specifieke handeling in een eerder stadium en anderzijds een of meer handelingen in een later stadium waarvoor een recht op aftrek bestaat of de gehele economische activiteit van de belastingplichtige, houden de in een eerder stadium verrichte prestaties in casu geen rechtstreeks en onmiddellijk verband met de economische activiteiten van de holding. Hoewel de onder bezwarende titel verrichte boekhoudkundige en managementdiensten belaste handelingen zijn, vormen in casu de in een eerder stadium afgenomen prestaties die om niet in de dochterondernemingen zijn ingebracht immers geen bestanddelen van de prijs van die diensten. Daarnaast kan de belastingplichtige volgens de btw-richtlijn de btw die is verschuldigd of voldaan voor de goederen en diensten die hem door een andere belastingplichtige zijn geleverd, uitsluitend aftrekken voor zover die goederen of diensten zijn gebruikt voor zijn eigen belaste handelingen. Aangezien die goederen en diensten in de onderhavige zaak zijn gebruikt voor in een later stadium door de dochterondernemingen verrichte handelingen die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw, is er geen recht op aftrek.

34. Met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag betoogt de Duitse regering – voor het onwaarschijnlijke geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord – dat de handeling hoe dan ook misbruik vormt, aangezien daarmee hoofdzakelijk wordt beoogd een belastingvoordeel te verkrijgen dat in strijd is met de doelstelling die wordt nagestreefd door de relevante bepalingen van de btw-richtlijn. De Commissie heeft het daarentegen niet nodig geacht om op deze vraag te antwoorden.

IV. Juridische analyse

A. Opmerkingen vooraf

35. Voor de beantwoording van de bovenstaande prejudiciële vragen zal ik mij hieronder toespitsen op de voorwaarden waaraan een holding moet voldoen om aanspraak te kunnen maken op btw-aftrek en, indien daaraan is voldaan, op de voorwaarden voor misbruik van recht. Op basis van het aan het Hof overgelegde dossier zal ik aanwijzingen geven om de nationale rechter in staat te stellen te beoordelen of in de onderhavige zaak al dan niet aan die voorwaarden is voldaan.

36. Het staat hoe dan ook aan de verwijzende rechter om, met inachtneming van alle

omstandigheden waarin de betrokken verrichtingen hebben plaatsgevonden, te beoordelen of in de onderhavige zaak aan die voorwaarden is voldaan.(5) Volgens vaste rechtspraak berust het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking immers op een duidelijke scheiding van de taken van de nationale rechter en van het Hof. In een krachtens dat artikel ingeleide procedure is het de taak van de rechterlijke instanties van de lidstaten om de feiten vast te stellen en uitlegging te geven aan de nationale bepalingen. Het Hof is daarentegen bevoegd om de nationale rechter alle uitleggingselementen van Unierecht en aanwijzingen – afkomstig uit het dossier van het hoofdgeding en de schriftelijke en mondelinge opmerkingen – te geven die hem in staat stellen een oordeel te vellen.(6)

B. Eerste prejudiciële vraag

37. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of in omstandigheden als die in het hoofdgeding artikel 168, onder a), gelezen in samenhang met artikel 167 van richtlijn 2006/112/EG aldus moet worden uitgelegd dat een holding, die in een later stadium belaste handelingen voor dochterondernemingen verricht, recht heeft op aftrek van de voorbelasting over diensten die zij van derden afneemt en in ruil voor een deelneming in de algemene winst inbrengt in de dochterondernemingen, hoewel de in een eerder stadium afgenomen diensten (i) niet rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de eigen handelingen van de holding, maar met de (in hoge mate) vrijgestelde activiteiten van de dochterondernemingen; (ii) niet zijn opgenomen in de prijs van de (voor de dochterondernemingen verrichte) belaste handelingen, en (iii) niet behoren tot de algemene kosten van de eigen bedrijfsuitoefening van de holding.

38. Voor de beantwoording van die vraag moet in herinnering worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak uit artikel 168 van de btw-richtlijn blijkt dat de betrokkene slechts recht op aftrek heeft indien, ten eerste, hij een „belastingplichtige” in de zin van deze richtlijn is en, ten tweede, de goederenleveringen of diensten waarvoor op dat recht aanspraak wordt gemaakt, door de belastingplichtige downstream zijn gebruikt voor zijn belaste handelingen.(7) In de volgende punten zal ik nader ingaan op elk van deze voorwaarden.

1. Hoedanigheid van W als belastingplichtige

39. Volgens artikel 9 van de btw-richtlijn wordt als belastingplichtige beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Bovendien blijkt uit dit artikel 9 dat het begrip economische activiteit betrekking heeft op alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, en meer in het bijzonder op de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.(8)

40. Een vennootschap wier enig doel erin bestaat een deelneming te nemen in andere vennootschappen, zonder dat zij zich direct of indirect mengt in het beheer van die vennootschappen, heeft volgens vaste rechtspraak niet de hoedanigheid van btw-plichtige in de zin van artikel 9 van de btw-richtlijn en geniet evenmin recht op aftrek. De enkele aankoop en het enkele aanhouden van aandelen vormen op zich geen economische activiteit in de zin van de btw-richtlijn, die de aankoper of houder de hoedanigheid van belastingplichtige verleent, aangezien dergelijke handelingen niet kunnen worden aangemerkt als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het eventuele dividend – de opbrengst van deze deelneming – of een meerwaarde na de verkoop ervan, spruit immers voort uit de eigendom zelf van de zaak.(9)

41. Dit ligt anders wanneer de deelneming gepaard gaat met directe of indirecte inmenging in het beheer van de vennootschappen waarin wordt deelgenomen, indien deze inmenging aan btw

onderworpen handelingen impliceert.(10) In het bijzonder is een gemengde holding, die niet enkel kapitaaldeelnemingen houdt maar tevens aan deze vennootschappen onder bezwarende titel belastbare diensten levert, een belastingplichtige, die in beginsel recht heeft op aftrek van voorbelasting.(11) Dergelijke holdingvennootschappen worden doorgaans „bestuursholdings” genoemd.(12)

42. Het Hof heeft gepreciseerd dat het begrip „inmenging van een holding in het beheer van haar dochteronderneming” in die zin moet worden opgevat dat het alle door de holding ten behoeve van haar dochteronderneming verrichte handelingen bestrijkt die een economische activiteit in de zin van de btw-richtlijn opleveren.(13) Hoewel de voorbeelden van activiteiten die een dergelijke inmenging opleveren geen limitatieve opsomming vormen, is onomstreden dat administratieve, financiële, commerciële, en technische diensten daarvan deel uitmaken.(14)

43. In casu blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat W voor haar dochterondernemingen aan btw onderworpen administratieve en boekhoudkundige diensten verrichtte (zoals gezegd betrof dit diensten met betrekking tot de aanwerving en het ontslag van personeel, de aankoop van materiaal, het bijhouden van de boekhouding en de opstelling van belastingaangiften). Om die reden kan zonder meer worden gesteld dat zij een economische activiteit verrichtte, waarbij zij zich mengde in het beheer van haar dochterondernemingen door aan btw onderworpen handelingen te verrichten, en bijgevolg moet worden aangemerkt als een belastingplichtige in de zin van artikel 9, lid 1, van de btw-richtlijn.

2. Verband tussen de goederenleveringen of diensten die de belastingplichtige als grondslag voor zijn recht op aftrek heeft aangevoerd en zijn in een later stadium verrichte belaste handelingen

44. Zoals gezegd is voor de aftrekbaarheid van de belasting niet alleen vereist dat de afnemer belastingplichtig is, maar ook dat er een verband bestaat tussen de in een eerder stadium afgenomen diensten en de economische activiteit van de afnemer. Met andere woorden, dergelijke handelingen moeten daadwerkelijk inherent zijn aan de bedrijfsuitoefening.

45. Uit artikel 168 van de btw-richtlijn blijkt namelijk dat een belastingplichtige de over een goed of dienst verschuldigde of voldane btw mag aftrekken indien hij dat goed of die dienst gebruikt voor zijn belaste handelingen.(15)

46. Volgens de rechtspraak dient er een rechtstreeks en onmiddellijk verband te bestaan tussen een bepaalde handeling in een eerder stadium en een of meer handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat, opdat de belastingplichtige voorbelasting in aftrek kan brengen.(16)

47. Het recht op aftrek wordt eveneens toegekend – ook al bestaat er geen rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen een bepaalde handeling in een eerder stadium en een of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat – wanneer de kosten voor de betrokken diensten deel uitmaken van de algemene kosten van de belastingplichtige. Dergelijke kosten houden immers rechtstreeks en onmiddellijk verband met de gehele economische activiteit van de belastingplichtige in het algemeen.(17)

48. In beide gevallen moeten de kosten van de diensten in een eerder stadium zijn opgenomen in de prijs van de bijzondere handelingen in een later stadium of in de prijs van de door de belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteit geleverde goederen of verrichte diensten.(18)

49. Wanneer door een belastingplichtige ontvangen goederen of diensten daarentegen

verband houden met vrijgestelde handelingen of handelingen die niet binnen de werkingssfeer van de btw vallen, kan er geen sprake zijn van heffing van belasting in een later stadium noch van aftrek van voorbelasting.(19)

50. Het Hof heeft ook gepreciseerd dat, om te beoordelen of aan de voornoemde voorwaarden is voldaan, rekening moet worden gehouden met de uitsluitende oorzaak van de betrokken handeling, die moet worden beschouwd als een criterium ter bepaling van de objectieve inhoud. Wanneer vaststaat dat een handeling niet ten behoeve van de belastbare activiteit van een belastingplichtige is verricht, kan niet worden aangenomen dat tussen deze handeling en deze activiteit een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat, ook al is deze handeling gelet op de objectieve inhoud ervan aan de btw onderworpen.(20)

51. In de onderhavige zaak blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat de door W afgenomen goederen en diensten niet zijn gebruikt, in de zin van artikel 168 van de btw-richtlijn, voor haar belaste handelingen maar – rekening houdend met de „uitsluitende oorzaak” daarvan – zijn gebruikt in het kader van een inbreng als vennoot, uiteraard om niet, in de twee dochterondernemingen. Een inbreng van de holding in de vennootschappen waarin zij een deelneming heeft – in geld of in natura – dient naar zijn aard voor de ontvangst van dividenden.

52. Vanuit dit gezichtspunt kan de in een later stadium verrichte handeling van een inbreng in natura in de dochterondernemingen niet worden aangemerkt als een „economische activiteit” in de zin van artikel 9, lid 1, van die richtlijn. Zoals gezegd betreft die activiteit immers de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, een begrip waaronder volgens vaste rechtspraak de loutere ontvangst van dividenden niet valt. Hieruit volgt dat de kosten voor de afname van goederen en diensten die worden gebruikt als inbreng in de dochterondernemingen niet aftrekbaar kunnen zijn, aangezien zij dienen voor de verrichting van een activiteit die, wat W betreft, geen economisch karakter heeft.

53. Daarnaast blijkt duidelijk uit de beschrijving in de verwijzingsbeslissing dat de in een eerder stadium verrichte handelingen waarvoor het recht op aftrek is betwist (kosten die zijn gemaakt voor architectendiensten en statische berekeningen, planningskosten, algemene bedrijfskosten, plaatsingskosten en verkoopkosten) onmiddellijk en rechtstreeks verband hielden met de handelingen die de dochterondernemingen in een later stadium hebben verricht in het kader van hun bouwactiviteiten voor de bouw van onroerende goederen en de verkoop van wooneenheden. Dit verband kan objectief worden vastgesteld, gelet op de aard zelf van de betrokken activiteit, en kan niet wordt uitgesloten door het feit dat de door W afgenomen diensten vervolgens in de dochterondernemingen zijn ingebracht; integendeel, het lijkt daardoor te worden bevestigd.

54. Derhalve kan worden uitgesloten dat bovengenoemde in een eerder stadium verrichte handelingen rechtstreeks en onmiddellijk verband hielden met de aan btw onderworpen handelingen die W in een later stadium heeft verricht, die bestaan in het onder bezwarende titel verlenen van boekhoudkundige en managementdiensten aan de dochterondernemingen, en dat de kosten voor die in een eerder stadium verrichte handelingen waren opgenomen in de prijs van deze administratieve en boekhoudkundige diensten.

55. Op dit punt moet alleen nog worden beoordeeld of de litigieuze in een eerder stadium verrichte handelingen kunnen worden geacht deel uit te maken van de algemene kosten van W. Voor zover mij bekend is in de rechtspraak van het Hof geen gemeenschappelijke definitie van het begrip „algemene kosten” te vinden, maar worden louter in een aantal arresten specifieke situaties op dat begrip teruggevoerd.

56. Zo volgt uit vaste rechtspraak, waarnaar ook W in haar opmerkingen uitgebreid verwijst, dat de kosten die door een holding die zich mengt in het beheer van een dochteronderneming zijn

gemaakt voor de verschillende diensten waarvan zij gebruik heeft gemaakt voor de verwerving van deelnemingen in deze dochteronderneming, deel uitmaken van de algemene kosten van de belastingplichtige, en als zodanig bestanddelen zijn van de prijs van zijn producten. Er is derhalve in beginsel een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen deze kosten en de algehele bedrijfsactiviteit van de holding.(21)

57. Naar mijn mening verschilt de situatie in het hoofdgeding duidelijk van die welke aan de orde was in bovengenoemde rechtspraak. In die rechtspraak ging het over kosten (bijvoorbeeld kosten voor juridisch of financieel advies) in verband met de verwerving van deelnemingen in de dochterondernemingen, die daadwerkelijk aan de holding ten goede zijn gekomen. Die kosten lijken dus te worden gekenmerkt door een onmiddellijk en rechtstreeks verband met de gehele economische activiteit van de bestuursholding die aan de dochterondernemingen aan btw onderworpen diensten verleent, aangezien zij een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de verwerving van die deelneming en dus de verrichting van de economische activiteit van de holding.

58. In de onderhavige zaak vertonen de in een eerder stadium door W gemaakte kosten daarentegen geen rechtstreeks en onmiddellijk verband met de bedrijfsactiviteit van die vennootschap, aangezien zij, zoals in de voorgaande punten uiteengezet, het voorwerp zijn van een inbreng „in natura” ten behoeve van de dochterondernemingen. Het betreft dus geen kosten die voor de holding noodzakelijk zijn om deelnemingen te verwerven, maar kosten die als zodanig het voorwerp vormen van de inbreng in de dochterondernemingen en dienen voor de verrichting van de – in hoge mate van btw vrijgestelde – economische activiteit van de dochterondernemingen. Het lijkt mij dus dat de genoemde rechtspraak niet kan worden ingeroepen om een recht op aftrek aan W toe te kennen.

59. Voor de beslechting van de onderhavige zaak kan volgens mij beter worden verwezen naar een recent arrest waarin het Hof heeft geoordeeld dat de in een eerder stadium door een holding betaalde btw niet aftrekbaar was in een zaak waarin de afgenomen diensten (om voor een obligatielening in aanmerking te komen) daadwerkelijk waren gebruikt voor de verwezenlijking van een vrijgestelde handeling (te weten de verlening van een lening aan de moedermaatschappij).(22) Uit dat arrest kan namelijk worden afgeleid dat moet worden nagegaan wat de werkelijke bestemming is van de handeling waarover de btw in een eerder stadium is betaald, en aftrek moet worden uitgesloten indien die handeling verband houdt met de verwezenlijking van een vrijgestelde handeling in een later stadium. Het is dus van wezenlijk belang te benadrukken dat in casu, in het licht van mijn overwegingen in punt 53 van deze conclusie, de handelingen waarvoor aftrek wordt gevraagd in werkelijkheid onmiddellijk en rechtstreeks verband hielden met de vrijgestelde activiteit van de dochterondernemingen, zodat aftrek zou moeten worden uitgesloten.

60. Voor deze oplossing pleit ook de rechtspraak waarin het Hof, weliswaar niet specifiek met betrekking tot holdings, niettemin – in tegenstelling tot wat W in haar opmerkingen heeft gesteld – algemene regels heeft gegeven voor de aftrek van btw, die dus ook gelden voor de onderhavige zaak.

61. De omstandigheid dat de belastingplichtige de uitgaven voor een door een derde verrichte handeling in plaats van voor zijn eigen belaste handelingen heeft gedaan, heeft tot gevolg dat het noodzakelijke rechtstreekse en onmiddellijke verband tussen de verwerving van de diensten in een eerder stadium en de handeling in een later stadium wordt verbroken, waardoor de belastingplichtige de btw niet integraal kan aftrekken.(23) Dit beginsel is van toepassing op de situatie in het hoofdgeding, gelet op het feit dat de dochterondernemingen rechtspersonen zijn die dienen te worden onderscheiden van de holding.

62. Tot slot lijkt de opmerking van het Bundesfinanzhof in punt 59 van de verwijzingsbeslissing

mij niet onbelangrijk: indien de door W voorgestelde en door de rechter in eerste aanleg aanvaarde redenering wordt gevolgd, zou dit ertoe leiden dat bij om het even welke inmenging van een holding in dochterondernemingen die een vrijgestelde activiteit verrichten, wordt gerechtvaardigd dat de holding een volledige tussenschakel vormt bij de aankoop van goederen en diensten die dienen voor de activiteiten van de dochterondernemingen waardoor, in strijd met het beginsel van neutraliteit van de btw, recht op volledige aftrek wordt verkregen.

63. In het licht van het bovenstaande dient de eerste prejudiciële vraag naar mijn oordeel als volgt worden beantwoord: „Artikel 168, onder a), juncto artikel 167 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde moet aldus worden uitgelegd dat een bestuursholding, die voor dochterondernemingen belaste handelingen in een later stadium verricht, geen recht heeft op aftrek van voorbelasting over diensten die zij van derden afneemt en in ruil voor een deelneming in de algemene winst inbrengt in de dochterondernemingen, indien de in een eerder stadium afgenomen diensten niet rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de eigen handelingen van de holding, maar met de (in hoge mate) vrijgestelde activiteiten van de dochterondernemingen, en de in een eerder stadium afgenomen diensten niet zijn opgenomen in de prijs van de (voor de dochterondernemingen verrichte) belaste handelingen en niet behoren tot de algemene kosten van de eigen bedrijfsuitoefening van de holding.”

C. Tweede prejudiciële vraag

64. Met de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, voor het geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, of er sprake is van misbruik van recht in de zin van de rechtspraak van het Hof, wanneer een bestuursholding als „tussenschakel” in de keten van diensten aan dochterondernemingen wordt opgenomen op een wijze dat zij de diensten, waarvoor de dochterondernemingen bij een rechtstreekse afname geen recht op aftrek van voorbelasting zouden hebben, zelf afneemt, inbrengt in de dochterondernemingen tegen een deelneming in hun winst en vervolgens met een beroep op haar positie als bestuursholding aanspraak maakt op volledige aftrek van de voorbelasting over de diensten in een eerder stadium, dan wel deze tussenschakeling op niet-fiscale gronden kan worden gerechtvaardigd, hoewel de volledige aftrek van de voorbelasting op zich in strijd is met het systeem en zou leiden tot een mededingingsvoordeel van holdingconstructies ten opzichte van enkelvoudige ondernemingen.

65. Om de in de vorige punten uiteengezette redenen ben ik van mening dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord, en dat W de in de relevante bepalingen van de btw-richtlijn gestelde voorwaarden dus niet juist heeft toegepast. De vraag over een eventueel misbruik van recht zou dus niet hoeven te worden beantwoord. Ik acht het evenwel nuttig om, voor het geval het Hof tot een andere slotsom zou komen, ook over de tweede prejudiciële vraag enkele opmerkingen te maken.

66. Zoals bekend is de bestrijding van fraude, belastingontwijking en misbruik een doel dat in de btw-regeling is erkend en wordt aangemoedigd.(24)

67. Ingevolge het verbod van misbruik van recht is het niet toegestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om een fiscaal voordeel te verkrijgen.(25) Dit beginsel op het gebied van btw is niet vastgelegd in een specifieke Unierechtelijke bepaling, maar vindt zijn grondslag in de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de weigering om een recht of een voordeel toe te kennen wegens misbruik louter het gevolg is van de vaststelling dat in geval van misbruik van recht de objectieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het gewenste voordeel te verkrijgen, in werkelijkheid niet zijn vervuld.(26)

68. Om te kunnen vaststellen dat er sprake is van misbruik, moet de belastingautoriteit van een lidstaat aantonen dat twee cumulatieve voorwaarden zijn vervuld. Ten eerste moet duidelijk zijn dat de betrokken transacties, in weerwil van de formele toepassing van de voorwaarden in de desbetreffende bepalingen van de btw-richtlijn en de nationale wettelijke regeling tot omzetting daarvan, ertoe leiden dat in strijd met het doel van deze bepalingen een belastingvoordeel wordt toegekend (hierna: „objectieve voorwaarde”). Ten tweede moet uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen (hierna: „subjectieve voorwaarde”).(27)

69. Zoals ik reeds heb vermeld, staat het aan de nationale rechter om na te gaan of in het hoofdgeding sprake is van de wezenskenmerken van misbruik. Het Hof kan echter in zijn prejudiciële beslissing in voorkomend geval preciseringen geven teneinde de nationale rechterlijke instantie bij haar uitlegging te leiden.(28)

1. Objectieve voorwaarde voor misbruik van recht

70. Met betrekking tot de objectieve voorwaarde voor misbruik van recht moet om te beginnen worden opgemerkt dat de aftrekgeregeling tot doel heeft de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. De betrokken regeling beoogt derhalve uitsluitend voor de aan btw onderworpen economische activiteiten een neutrale fiscale belasting te waarborgen(29).

71. Op grond van de gegevens in de verwijzingsbeslissing ben ik van mening dat het belastingvoordeel dat verzoekster door btw-aftrek verkrijgt in strijd is met het voornoemde doel. Aangezien de in een eerder stadium door W afgenomen goederen en diensten ten goede komen aan de economische activiteit van de dochterondernemingen, is door haar tussenschakeling immers een aftrek mogelijk geworden die aan geen enkele belasting in een later stadium gerelateerd is, noch met betrekking tot W zelf, aangezien de inbreng van de betrokken diensten in de dochterondernemingen een niet-belaste activiteit is, noch met betrekking tot de dochterondernemingen, wier activiteit in hoge mate is vrijgesteld van btw.

72. Deze situatie lijkt mij dus in strijd met het doel van het gemeenschappelijke btw-stelsel dat, zoals gezegd, beoogt een neutrale fiscale belasting te waarborgen uitsluitend voor aan btw onderworpen economische activiteiten als bedoeld in artikel 9 van de btw-richtlijn.

73. Ter bevestiging daarvan wijs ik er tevens op dat op het niveau van een ondernemingsgroep het belastingvoordeel dat wordt verkregen door volledige aftrek van de btw die W in een eerder stadium heeft betaald, niet zou worden verkregen indien de transactie een andere constructie had.

74. Stel bijvoorbeeld, in de eerste plaats, dat verzoekster de in een eerder stadium afgenomen goederen en diensten onder bezwarende titel aan de dochterondernemingen had overgedragen. In dat geval zou over een dergelijke overdracht btw verschuldigd zijn, met als gevolg dat enerzijds W de belasting over de in een eerder stadium verrichte handelingen had kunnen aftrekken, aangezien zij betrekking hadden op de afname van goederen en diensten die werden gebruikt voor haar aan btw onderworpen handelingen (te weten diensten onder bezwarende titel ten behoeve van de dochterondernemingen). Anderzijds zou de door de dochterondernemingen betaalde belasting niet, althans niet volledig, aftrekbaar zijn, aangezien zij activiteiten verrichten die in hoge mate zijn vrijgesteld.

75. Ook indien W en haar dochterondernemingen een btw-groep hadden opgericht overeenkomstig artikel 11 van de btw-richtlijn zou er geen recht op volledige aftrek zijn geweest. Aangezien een btw-groep als één belastingplichtige wordt aangemerkt(30), wordt het recht op

af trek van voorbelasting in dat geval immers uitsluitend op basis van de verrichtingen tussen de groep – en dus ook de dochterondernemingen – en derden bepaald.(31) De in een eerder stadium door W afgenomen goederen en diensten hadden dus – in het kader van de ondernemingsactiviteit als geheel gezien – verband moeten houden met de in hoge mate van btw vrijgestelde diensten betreffende de bouw en verkoop van wooneenheden die door de dochterondernemingen worden verricht, met de uitsluiting of beperking van aftrekbare belasting als gevolg.

76. Of stel, in de tweede plaats, dat W, net als andere personen met deelnemingen in de dochterondernemingen, haar inbreng in geld had verricht, en aldus de aankoop had gefinancierd van goederen en diensten die rechtstreeks door deze dochterondernemingen werden afgenomen. Ook in dat geval was de door de dochterondernemingen betaalde belasting over de afgenomen goederen en diensten niet, althans niet volledig, aftrekbaar omdat zij activiteiten verrichtten die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw.

77. Gelet op het bovenstaande, en onder voorbehoud van de eindbeoordeling door de nationale rechter, ben ik van mening dat een handeling als in het hoofdgeding aan de orde is, in strijd is met het doel van de artikelen 167 en 168 van de btw-richtlijn, en dat de objectieve voorwaarde voor misbruik van recht derhalve kan worden geacht te zijn vervuld.

2. Subjectieve voorwaarde voor misbruik van recht

78. Wat de subjectieve voorwaarde voor misbruik van recht op btw-gebied betreft moet, zoals gezegd, volgens vaste rechtspraak van het Hof uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de transacties erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen.

79. Ter rechtvaardiging van de constructie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transacties heeft W een aantal niet-fiscale gronden aangevoerd, die zijn vermeld in punt 30 hierboven. De rechter in eerste aanleg heeft deze gronden aanvaard; volgens de verwijzingsbeslissing is het Bundesfinanzhof aan diens beslissing ter zake gebonden. Het Bundesfinanzhof vraagt zich vervolgens af of het bestaan van niet-fiscale gronden in een zaak als die in het hoofdgeding in de weg staat aan de vaststelling van misbruik van recht.

80. In dit verband moet erop worden gewezen dat de rechtspraak van het Hof, waarin weliswaar sterk uiteenlopende bewoordingen worden gebruikt(32), niet vereist dat wordt aangetoond dat het verkrijgen van een belastingvoordeel het enige doel van de betrokken transacties is. Hoewel transacties die uitsluitend een dergelijk doel hebben aan het uit die rechtspraak voortvloeiende vereiste kunnen voldoen, heeft het Hof gepreciseerd dat er ook sprake van misbruik kan zijn wanneer de verkrijging van een belastingvoordeel het wezenlijke (maar niet enige) doel van de betrokken transacties is.(33) Op het gebied van directe belastingen – waar voor het verbod van misbruik een specifieke regeling geldt(34) – heeft het Hof geoordeeld dat een transactie waaraan verschillende doelstellingen, waaronder eventueel ook fiscale overwegingen, ten grondslag liggen, op grond van zakelijke overwegingen kan plaatsvinden, op voorwaarde echter dat deze fiscale overwegingen in het kader van de voorgenomen transactie niet doorslaggevend zijn.(35) Hieruit volgt dat het bestaan van redenen van commerciële aard die los staan van het belastingstelsel, op zich niet belet dat er sprake is van misbruik van recht, mits kan worden geoordeeld dat de transactie op doorslaggevende wijze een belastingvoordeel tot doel heeft.

81. In dit verband heeft het Hof tevens gepreciseerd dat de betwiste transacties in wezen tot doel hebben een belastingvoordeel te verkrijgen indien die transacties geen normale handelstransacties zijn⁽³⁶⁾, ofwel niet beantwoorden aan de economische en commerciële realiteit.⁽³⁷⁾

82. Uiteraard staat het aan de nationale rechter om na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is, door de werkelijke inhoud en betekenis van de transacties vast te stellen. Hij dient derhalve de aan de verrichte transacties ten grondslag liggende „zakelijke overwegingen” aandachtig te beoordelen teneinde na te gaan of deze in objectieve zin te rechtvaardigen zijn, op basis van de normale handelspraktijken, dan wel kenmerken vertonen die uit economisch oogpunt „abnormaal” zijn. De nationale rechter kan het eventuele louter kunstmatig karakter van die transacties in aanmerking nemen, alsmede de juridische, economische en/of persoonlijke banden tussen de bij de constructie ter verlaging van de belastingdruk betrokken ondernemers⁽³⁸⁾, aangezien uit dergelijke omstandigheden kan blijken dat de verkrijging van een belastingvoordeel het wezenlijke doel is geweest, ook al hebben daarnaast economische doelen die zijn ingegeven door overwegingen op het vlak van bijvoorbeeld marketing, organisatie en garantie mogelijk een rol gespeeld.⁽³⁹⁾

83. Volgens mij is voor de vaststelling of er sprake is van misbruik daarentegen niet relevant het – ook in de tweede vraag van het Bundesfinanzhof vermelde – gegeven over het mededingingsvoordeel dat transacties via holdingconstructies zouden opleveren ten opzichte van die van enkelvoudige ondernemingen. De organisatievrijheid kan rechtmatig aldus worden uitgeoefend dat een voordeel, ook van fiscale aard, wordt behaald ten opzichte van concurrerende ondernemingen, mits bovenvermelde voorwaarden voor misbruik niet zijn vervuld.

84. Mocht het Hof het niet eens zijn met mijn hierboven uiteengezette mening en de eerste prejudiciële vraag bevestigend beantwoorden, dan dient de tweede prejudiciële vraag, gelet op het bovenstaande, mijns inziens te worden beantwoord als volgt: „Het feit dat een bestuursholding als ‚tussenschakel’ in de keten van diensten aan dochterondernemingen wordt opgenomen op een wijze dat zij de diensten, waarvoor de dochterondernemingen bij een rechtstreekse afname geen recht op aftrek van voorbelasting zouden hebben, zelf afneemt, deze inbrengt in de dochterondernemingen tegen een deelneming in hun winst en vervolgens met een beroep op haar positie als bestuursholding aanspraak maakt op volledige aftrek van de voorbelasting over de diensten in een eerder stadium, vormt een belastingvoordeel waarvan de toekenning in strijd is met het doel van de aftrekregeling van de btw-richtlijn. Een dergelijke handeling vormt misbruik van recht, ook indien zij op niet-fiscale gronden kan worden gerechtvaardigd, indien blijkt dat het wezenlijke doel van de handeling erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen.”

V. Conclusie

85. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesfinanzhof te beantwoorden volgt:

„1) Artikel 168, onder a), juncto artikel 167 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde moet aldus worden uitgelegd dat een bestuursholding, die voor dochterondernemingen belaste handelingen in een later stadium verricht, geen recht heeft op aftrek van voorbelasting over diensten die zij van derden afneemt en in ruil voor een deelneming in de algemene winst inbrengt in de dochterondernemingen, indien de in een eerder stadium afgenomen diensten niet rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de eigen handelingen van de holding, maar met de (in hoge mate) vrijgestelde activiteiten van de dochterondernemingen, en de in een eerder stadium afgenomen diensten niet zijn opgenomen in de prijs van de (voor de

dochterondernemingen verrichte) belaste handelingen en niet behoren tot de algemene kosten van de eigen bedrijfsuitoefening van de holding.

2) Het feit dat een bestuursholding als ‚tussenschakel‘ in de keten van diensten aan dochterondernemingen wordt opgenomen op een wijze dat zij de diensten, waarvoor de dochterondernemingen bij een rechtstreekse afname geen recht op aftrek van voorbelasting zouden hebben, zelf afneemt, deze inbrengt in de dochterondernemingen tegen een deelneming in hun winst en vervolgens met een beroep op haar positie als bestuursholding aanspraak maakt op volledige aftrek van de voorbelasting over de diensten in een eerder stadium, vormt een belastingvoordeel waarvan de toekenning in strijd is met het doel van de aftrekregeling van de btw-richtlijn. Een dergelijke handeling vormt misbruik van recht, ook indien zij op niet-fiscale gronden kan worden gerechtvaardigd, indien blijkt dat het wezenlijke doel van de handeling erin bestaat een belastingvoordeel te verkrijgen.”

1 Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 PB 2006, L 347, blz. 1.

3 BGBl. 2005 I, blz. 386.

4 BGBl. 2002 I, blz. 3866.

5 Zie met betrekking tot het recht op aftrek van een holding arresten van 29 oktober 2009, SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 1 oktober 2020, Vos Aannemingen (C-405/19, EU:C:2020:785, punt 40). Zie met betrekking tot de verificatie of is voldaan aan de voorwaarden voor misbruik arresten van 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punten 76 en 77), en 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 34).

6 Zie laatstelijk arrest van 18 november 2020, Syndicat CFTC (C-463/19, EU:C:2020:932, punten 29 en 67). Zie in dezelfde zin beschikking van het Hof van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés (C-688/13, EU:C:2015:46, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en arrest van 3 oktober 2019, Woningfonds van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (C-632/18, EU:C:2019:833, punt 48).

7 Zie arrest van 3 juli 2019, The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (C-316/18, EU:C:2019:559, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 Zie in die zin arresten van 8 november 2018, C&D Foods Acquisition ApS (C-502/17, EU:C:2018:888, punt 29), en 29 oktober 2009, SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, punt 27).

9 Zie in die zin met name arrest van 20 juni 1991, Polysar Investments Netherlands BV (C-60/90, punten 13 en 14). Zie ook, in de meer recente rechtspraak, arresten van 12 november 2020, Sonaecom SGPS SA (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 30); 8 november 2018, C&D Foods Acquisition ApS (C-502/17, EU:C:2018:888, punt 30); 5 juli 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, punten 27 en 28), en 17 oktober 2018, Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, punt 16).

10 Zie arresten van 12 november 2020, Sonaecom SGPS SA (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 31); 5 juli 2018, Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, punt 29), en 17 oktober 2018, Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

11 Zie in die zin arresten van 12 november 2020, Sonaecom SGPS SA (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 32); 27 september 2001, Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, punt

22), en 13 maart 2008, *Securenta* (C-437/06, EU:C:2008:166, punt 31).

12 Zie de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Larentia + Minerva en Marenave Schiffahrt* (C-108/14 en C-109/14, EU:C:2015:212, punt 31).

13 Zie in die zin arrest van 5 juli 2018, *Marle Participations* (C-320/17, EU:C:2018:537, punt 32).

14 Zie in die zin arrest van 5 juli 2018, *Marle Participations* (C-320/17, EU:C:2018:537, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 Zie arresten van 12 november 2020, *Sonaecom SGPS SA* (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 36), en 17 oktober 2018, *Ryanair* (C-249/17, EU:C:2018:834, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Die arresten hebben weliswaar betrekking op artikel 17 van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB 1977, L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn”), maar de relevante bepalingen van respectievelijk de btw-richtlijn en de Zesde richtlijn hebben in wezen dezelfde draagwijdte. Daarom moet de rechtspraak van het Hof over de Zesde richtlijn ook relevant worden geacht voor de uitlegging van de btw-richtlijn [zie arrest van 3 juli 2019, *The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge* (C-316/18, EU:C:2019:559, punt 17)].

16 Zie arresten van 12 november 2020, *Sonaecom SGPS SA* (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 41), en 17 oktober 2018, *Ryanair* (C-249/17, EU:C:2018:834, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Zie arresten van 12 november 2020, *Sonaecom SGPS SA* (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 42), en 17 oktober 2018, *Ryanair* (C-249/17, EU:C:2018:834, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 Zie arrest van 3 juli 2019, *The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge* (C-316/18, EU:C:2019:559, punt 27).

19 Zie arrest van 29 oktober 2009, *AB SKF* (C-29/08, EU:C:2009:665, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Zie in die zin arrest van 8 november 2018, *C&D Foods Acquisition ApS* (C-502/17, EU:C:2018:888, punt 37).

21 Zie arresten van 12 november 2020, *Sonaecom SGPS SA* (C-42/19, EU:C:2020:913, punt 49); 5 juli 2018, *Marle Participations* (C-320/17, EU:C:2018:537, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 16 juli 2015, *Larentia + Minerva en Marenave Schiffahrt* (C-108/14 en C-109/14, EU:C:2015:496, punt 33).

22 Zie arrest van 12 november 2020, *Sonaecom SGPS SA* (C-42/19, EU:C:2020:913, punten 67 en 68).

23 Zie arrest van 1 oktober 2020, *Vos Aannemingen* (C-405/19, EU:C:2020:785, punt 45).

24 Zie arresten van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 71), en 29 april 2004, *Gemeente Leusden en Holin Groep* (C-487/01 en C-7/02, EU:C:2004:263, punt 76).

- 25 Zie arrest van 22 mei 2008, *Ampliscientifica en Amplifin* (C-162/07, EU:C:2008:301, punt 28).
- 26 Arrest van 22 november 2017, *Cussens* (C-251/16, EU:C:2017:881, punt 32).
- 27 Arresten van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 86), en 26 februari 2019, *T Danmark* (C-116/16 en C-117/16, EU:C:2019:135, punt 97).
- 28 Arresten van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punten 76 en 77), en 17 december 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 34).
- 29 Arrest van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 78).
- 30 Zie in die zin arresten *Ampliscientifica en Amplifin* (C-162/07, EU:C:2008:301, punt 19), en *Skandia America (USA), filial Sverige* (C-7/13, EU:C:2014:2225, punt 29). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Larentia + Minerva en Marenave Schiffahrt* (C-108/14 en C-109/14, EU:C:2015:212, punten 46-50), met betrekking tot de overeenkomstige bepalingen van de Zesde richtlijn.
- 31 Zie in die zin eveneens de mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de btw-groepoptie waarin artikel 11 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde voorziet [COM(2009) 325 def., 2 juli 2009, blz. 11].
- 32 Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak *Cussens* (C-251/16, EU:C:2017:648, punt 97).
- 33 Zie arresten van 21 februari 2008, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, punt 45), en 22 november 2017, *Cussens* (C-251/16, EU:C:2017:881, punt 53).
- 34 Zonder alle regelingen die op dit gebied op Europees niveau zijn ingevoerd door te nemen, dient te worden verwezen naar artikel 6 van richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwikingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (PB 2016, L 193, blz. 1). Volgens die bepaling kan het bestaan van misbruik worden vastgesteld wanneer het nastreven van het belastingvoordeel dat het toepasselijke belastingrecht ondermijnt „een van de hoofddoelen” van de transactie is. Die transactie moet evenwel „kunstmatig” zijn, dat wil zeggen, zij mag niet zijn opgezet „op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen”.
- 35 Zie arrest van 10 november 2011, *Foggia* (C-126/10, EU:C:2011:718, punt 35). Dat arrest betreft de specifieke antimisbruikregel van artikel 11, lid 1, onder a), van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 1).
- 36 Zie arrest van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 69).
- 37 Zie arrest van 20 juni 2013, *Paul Newey* (C-653/11, EU:C:2013:409, punten 44 en 45).
- 38 Zie arrest van 21 februari 2006, *Halifax e.a.* (C-255/02, EU:C:2006:121, punten 76 en 81).
- 39 Arrest van 21 februari 2018, *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, punt 62).