

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. MAZÁK

van 11 december 2007¹

1. Met deze prejudiciële verwijzing verzoekt het Niedersächsisches Finanzgericht (Duitsland) om een uitlegging van artikel 2, lid 1, en artikel 17, lid 5, van de Zesde btw-richtlijn.² Het vraagt in wezen hoe het in het geval dat een belastingplichtige tegelijkertijd ondernemingsactiviteiten en niet-ondernemingsactiviteiten verricht, het recht op aftrek van de voorbelasting moet bepalen, en voor het geval dat de aftrek van de voorbelasting enkel is toegestaan voor zover de kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit, of de verdeling van de voorbelasting in een ondernemingsdeel en een niet-ondernemingsdeel volgens een zogenoemde „verdeelsleutel op basis van de investeringen” dient te worden verricht of volgens een „verdeelsleutel op basis van de omzet”.

I — Rechtskader**A — Gemeenschapsrecht**

2. Krachtens artikel 2, lid 1, van de Zesde richtlijn zijn „de leveringen van goederen en de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht”, onderworpen aan btw.

3. Artikel 4 van de Zesde richtlijn geeft de volgende definities:

¹ — Oorspronkelijke taal: Engels.

² — 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 L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn”).

„1. Als belastingplichtige wordt beschouwd ieder die, ongeacht op welke plaats,

zelfstandig een van de in lid 2 omschreven economische activiteiten verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

5. Met betrekking tot het recht op aftrek van voorbelasting bepaalt artikel 17 van de Zesde richtlijn:

2. De in lid 1 bedoelde economische activiteiten omvatten alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmede gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt onder andere beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

„2. Voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen, mag de belastingplichtige van de door hem verschuldigde belasting aftrekken:

- a) de [btw] welke verschuldigd of voldaan is voor de hem door een andere belastingplichtige in het binnenland geleverde of te leveren goederen en voor de te zijnen behoefte door een andere tot voldoening van belasting gehouden belastingplichtige in het binnenland verrichte of te verrichten diensten;

[...]”

[...]

4. Artikel 13, B, sub d, punt 5, van de Zesde richtlijn bepaalt dat de lidstaten „handelingen, bemiddeling daaronder begrepen, uitgezonderd bewaring en beheer, inzake aandelen, deelnemingen in vennootschappen of verenigingen, obligaties en andere waardepapieren” van btw moeten uitsluiten.

5. Voor goederen en diensten die door een belastingplichtige zowel worden gebruikt voor handelingen als bedoeld in de leden 2 en 3, waarvoor recht op aftrek bestaat, als voor handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, wordt aftrek slechts toegestaan voor dat gedeelte van de [btw], dat evenredig is aan het bedrag van de eerstbedoelde handelingen (pro rata).

Dit pro rata wordt overeenkomstig de bepalingen van artikel 19 bepaald voor het totaal van de door de belastingplichtige verrichte handelingen.

[...]”³

6. Artikel 19 van de Zesde richtlijn bepaalt met betrekking tot de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek ten slotte het volgende:

„1. Het pro rata voor de toepassing van de aftrek, als bedoeld in artikel 17, lid 5, eerste alinea, is de uitkomst van een breuk, waarvan:

- de teller bestaat uit het totale bedrag van de per jaar berekende omzet, exclusief [btw], met betrekking tot de handelingen waarvoor overeenkomstig artikel 17, leden 2 en 3, recht op aftrek bestaat, en

- de noemer bestaat uit het totale bedrag van de per jaar berekende omzet, exclusief [btw], met betrekking tot de handelingen die in de teller zijn opgenomen, alsmede die waarvoor geen recht op aftrek bestaat. De lidstaten kunnen in de noemer ook het bedrag van subsidies opnemen, met uitzondering van die bedoeld in artikel 11, A, lid 1, sub a.

Het pro rata wordt op jaarbasis vastgesteld, uitgedrukt in een percentage en op de hogere eenheid afgerond.

3 — Artikel 17, lid 5, bepaalt verder: „De lidstaten kunnen evenwel: a) de belastingplichtige toestaan een pro rata te bepalen voor iedere sector van zijn bedrijfsuitoefening, indien voor ieder van deze sectoren een aparte boekhouding wordt gevoerd; b) de belastingplichtige verplichten voor iedere sector van zijn bedrijfsuitoefening een pro rata te bepalen en voor ieder van deze sectoren een aparte boekhouding te voeren; c) de belastingplichtige toestaan of verplichten de aftrek toe te passen volgens het gebruik van de goederen en diensten of van een deel daarvan; d) de belastingplichtige toestaan of verplichten de aftrek toe te passen volgens de in de eerste alinea vastgestelde regel voor alle goederen en diensten die zijn gebruikt voor alle daarin bedoelde handelingen; e) epalen dat, wanneer de [btw] die niet door de belastingplichtige kan worden afgetrokken, onbeduidend is, hiermee geen rekening wordt gehouden.”

2. In afwijking van het bepaalde in lid 1 wordt voor de berekening van het pro rata buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de leveringen van investeringsgoederen welke door de belastingplichtige in het kader van zijn onderneming worden gebruikt. Tevens wordt buiten beschouwing gelaten de omzet met betrekking tot de in artikel 13, B, sub d, bedoelde handelingen, wanneer deze bijkomstige handelingen zijn, alsmede tot bijkomstige handelingen ter zake van onroerende goederen en bijkomstige financiële handelingen. Indien de lidstaten gebruik maken van de in artikel 20, lid 5, geboden mogelijkheid om geen herziening voor investeringsgoederen te eisen, mogen zij de opbrengst van de verkoop van investeringsgoederen opnemen in de berekening van het pro rata voor de toepassing van de aftrek.

3. Het voorlopige pro rata voor een bepaald jaar is gelijk aan het pro rata dat op grond van de handelingen van het voorgaande jaar werd berekend. Indien een dergelijke basis ontbreekt of niet relevant is, wordt het pro rata door de belastingplichtige onder toezicht van de belastingdiensten aan de hand van zijn eigen prognoses voorlopig geraamd. De lidstaten kunnen evenwel hun huidige regelingen handhaven.

De aftrek die op grond van het voorlopige pro rata heeft plaatsgevonden wordt herzien nadat voor elk jaar in het daarop volgende jaar het definitieve pro rata is vastgesteld.”

1. Leveringen en diensten die een ondernemer op het nationale grondgebied onder bezwarende titel in het kader van zijn onderneming verricht. [...]”

8. § 4, nr. 8, sub f, UStG bepaalt onder andere dat „[v]an de onder § 1, lid 1, nr. 1, vallende handelingen” zijn vrijgesteld „handelingen en de bemiddeling bij handelingen inzake deelnemingen in vennootschappen en andere verenigingen”.

9. § 15 UStG bepaalt:

B — *Nationaal recht*

7. § 1, lid 1, punt 1, van het Umsatzsteuergesetz (Duitse wet op de omzetbelasting⁴, in de versie die toepasselijk is op de voor de verwijzende rechter aanhangige zaak, namelijk de versie van 1993; hierna: „UStG”) bepaalt:

„1) De ondernemer kan de volgende voorbelasting aftrekken:

„Aan omzetbelasting zijn onderworpen:

1. de in facturen in de zin van § 14 afzonderlijk vermelde belasting voor leveringen en diensten die door andere ondernemingen voor zijn onderneming zijn verricht. [...];

⁴ — BGBl. 1979 I, blz. 1953.

2. de belasting over de toegevoegde waarde, welke voldaan is voor goederen die voor zijn onderneming zijn ingevoerd of die hij voor het verrichten van de in § 1, lid 3, bedoelde handelingen gebruikt;
3. de belasting over de intracommunautaire verwerving van goederen voor zijn onderneming.

intracommunautair verworven goed of een andere door hem ontvangen dienstverrichting slechts gedeeltelijk ter uitvoering van handelingen die de aftrek van voorbelasting uitsluiten, dan is het gedeelte van de desbetreffende voorbelasting dat economisch kan worden toegerekend aan de tot uitsluiting van de aftrek van voorbelasting leidende handelingen, niet aftrekbaar. De ondernemer kan de niet-aftrekbare deelbedragen via een objectieve schatting vaststellen. [...]”

- 2) Van de aftrek van voorbelasting is uitgesloten de belasting over de leveringen, de invoer en de intracommunautaire verwerving van goederen alsmede over de overige dienstverrichtingen die de ondernemer ter uitvoering van de volgende handelingen gebruikt:

1. belastingvrije handelingen;

[...]

- 4) Gebruikt de ondernemer een voor zijn onderneming geleverd, ingevoerd of

II — Feiten en procedurele achtergrond en de prejudiciële vragen

10. Verzoekster (Securenta Göttinger Immobilienanlagen und Vermögensmanagement AG, als rechtsopvolgster van Göttinger Vermögensanlagen AG) hield zich in het desbetreffende belastingjaar, 1994, bezig met de aankoop en verkoop alsmede het beheer van onroerende goederen, effecten, deelnemingen en beleggingen van welke aard dan ook. Het hiervoor benodigde kapitaal verwierf zij door de uitgifte van aandelen en van atypische stille deelnemingen („atypisch stille Beteiligungen”). Daarbij nam zij, zoals gebruikelijk bij een „Publikumsgesellschaft” (openbare vennootschap), een groot aantal stille vennoten op. Particulieren die op deze wijze deelnamen, verschaften kapitaal aan verzoekster, die dat vervolgens belegde.

11. In 1994 had verzoekster een belastbare omzet van 2 959 800,10 DEM. De totale omzet van verzoekster bedroeg 6 480 006,60 DEM. Hieronder vielen dividendinkomsten van 226 641,89 DEM en inkomsten uit de verkoop van effecten van 1 389 930,72 DEM (in totaal 1 616 572,61 DEM).

12. Van de voorbelasting van 6 838 535,68 DEM was 6 161 679,37 DEM niet toe te rekenen aan bepaalde in een later stadium verrichte handelingen. Het Finanzamt Göttingen (belastingkantoor te Göttingen; hierna: „Finanzamt”) weigerde de aftrek van de voorbelasting die betrekking had op gemaakte kosten voor de uitgifte van atypische stille deelnemingen, overeenkomstig § 15, lid 2, punt 1, juncto § 4, punt 8, sub f, UStG (4 171 424,70 DEM). Dit bedrag trok het Finanzamt derhalve af van het totaalbedrag aan voorbelasting. Na een verdere aftrek van voorbelasting (676 856,31 DEM), die diende te worden toegerekend aan de omzet van verzoekster uit verhuur, bleef er naar de mening van het Finanzamt een bedrag aan voorbelasting over (1 990 254,67 DEM), dat niet direct was toe te rekenen aan bepaalde in een later stadium verrichte handelingen. Daarvan keurde het Finanzamt het met een verdeelsleutel van 45,68 % berekende deel goed, zodat er een aftrekbare voorbelasting van 1 567 616,74 DEM en voor het desbetreffende belastingjaar een terug te geven bedrag van 1 123 647,00 DEM resulteerde.

13. Verzoekster heeft deze beslissing betwist voor de vijfde Senat van het Niedersächsische Finanzgericht (hierna: „Finanzgericht”), dat bij arrest van 18 oktober 2001 het beroep heeft afgewezen op grond dat het Finanzamt terecht de kosten die door verzoekster waren gemaakt in verband met de uitgifte van atypische stille deelnemingen, had toegerekend aan de belastingvrije handelingen en de aftrek van de overeenkomstige voorbelasting niet heeft toegestaan. Verzoekster heeft hoger beroep ingesteld bij het Bundesfinanzhof (nationale belastingrechter), dat bij arrest van 18 november 2004 het arrest van het Finanzgericht van 18 oktober 2001 heeft vernietigd en de zaak voor hernieuwde behandeling en beslissing heeft terugverwezen naar het Niedersächsische Finanzgericht.

14. Het Niedersächsische Finanzgericht is van mening dat verzoekster behalve een ondernemingsdeel ook een niet-ondernemingsdeel heeft.

15. Aangezien het Niedersächsische Finanzgericht twijfelt hoe, in de bij hem aanhangige zaak, de aftrekbaarheid en de verdeling moet worden vastgesteld in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, heeft het de volgende twee vragen aan het Hof voorgelegd voor een prejudiciële beslissing:

„1) In het geval dat een belastingplichtige tegelijkertijd ondernemingsactiviteiten

en niet-ondernemingsactiviteiten verricht, wordt het recht op aftrek van de voorbelasting dan bepaald naar de verhouding van de belastbare en belaste handelingen enerzijds en de belastbare en vrijgestelde handelingen anderzijds (standpunt van verzoekster), of is aftrek van de voorbelasting enkel toegestaan voor zover de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit van verzoekster als bedoeld in artikel 2, lid 1, van richtlijn 77/388/EEG?

- 2) Voor het geval dat de aftrek van de voorbelasting enkel is toegestaan voor zover de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit: dient de verdeling van de voorbelasting in een ondernemingsdeel en een niet-ondernemingsdeel volgens een zogenoemde ‚verdeelsleutel op basis van de investeringen’ te worden verricht of is — zoals verzoekster stelt — met overeenkomstige toepassing van artikel 17, lid 5, van richtlijn 77/388/EEG ook een ‚verdeelsleutel op basis van de omzet’ juist?”

16. Verzoekster, de Duitse en de Portugese regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Partijen hebben niet verzocht om een mondelinge behandeling en die heeft ook niet plaatsgevonden.

III — Bespreking

A — *Belangrijkste argumenten van partijen*

17. Verzoekster stelt in wezen dat alle voorbelasting die heeft gedrukt op de aankoop van nieuwe deelnemingen, aftrekbaar is. Onder verwijzing naar het arrest Kretztechnik⁵, voert verzoekster aan dat de uitgifte van aandelen ertoe dient om haar kapitaal ten behoeve van haar algemene economische activiteit te versterken. Aangezien deze activiteit zowel belaste als vrijgestelde handelingen omvat, moet het aftrekbare deel ingevolge artikel 17, lid 5, van de Zesde richtlijn worden bepaald naar de verhouding van de belaste en belastbare handelingen enerzijds en de belaste en vrijgestelde handelingen anderzijds.

18. De Duitse regering voert aan dat de aftrek van voorbelasting enkel is toegestaan voor zover de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit van verzoekster. Zij stelt

⁵ — Arrest van 26 mei 2005 (C-465/03, Jurispr. blz. I-4357).

dat een deel van het aldus verkregen kapitaal wordt bestemd voor gebieden waar verzoeker geen economische activiteit verricht, met name voor deelnemingen in andere ondernemingen. De Duitse regering stelt dat de verdeling van de voorbelasting tussen een ondernemingsdeel en een niet-ondernemingsdeel volgens een „verdeelsleutel op basis van de investeringen” moet worden verricht, dat wil zeggen de verhouding waarmee de opbrengsten uit het door de toelating van atypische stille vennoten verkregen kapitaal wordt bestemd voor het ondernemingsdeel of het niet-ondernemingsdeel.

19. De Portugese regering stelt dat de btw van verzoeker enkel aftrekbaar is voor het deel dat betrekking heeft op de handelingen die in het kader van haar economische activiteit worden verricht en voert in wezen aan dat de verdeelsleutel op basis van de investeringen in het onderhavige geval de juistere verdeelsleutel is.

20. De regering van het Verenigd Koninkrijk merkt in wezen op dat het gedeelte van de voorbelasting over de algemene kosten, die zijn verbonden aan of die worden gebruikt voor het niet-ondernemingsdeel van verzoeker, geen deel uitmaakt van enige berekening in verband met de aftrek van voorbelasting, omdat dat gedeelte van de voorbelasting geheel buiten de aftrekregeling valt en volledig dient te worden genegeerd. Wat de verdeling betreft, stelt de regering van het

Verenigd Koninkrijk in wezen dat daarin niet wordt voorzien in de Zesde richtlijn en tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort.

21. Naar de mening van de Commissie zal de fiscale behandeling van het ondernemingsdeel van verzoeker afhangen van de toepasselijkheid van een van de factoren die tot het recht op aftrek leiden. Terwijl handelingen in effecten zijn vrijgesteld van btw, kunnen leveringen van onroerend goed, in voorkomende gevallen, worden belast. Dit verklaart de verdeling van de activiteiten van verzoeker in drie onderdelen: (i) niet-belastbare handelingen; (ii) belastbare maar vrijgestelde handelingen, en (iii) belastbare handelingen. De verwijzende rechter dient dit punt echter nader te onderzoeken, in het licht van de omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak. Wat de verdeling zelf betreft, stelt de Commissie dat de verdeling volgens de verdeelsleutel op basis van de investeringen de objectievere werkwijze zou zijn. Deze verdeelsleutel zou echter de economische realiteit voldoende moeten weerspiegelen en derhalve voor elk fiscaal jaar moeten worden berekend.

B — *Bespreking*

1. Eerste prejudiciële vraag

22. De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat verzoeker behalve een

ondernemingsdeel⁶ ook een niet-ondernemingsdeel heeft. Ik herinner er echter aan dat, ofschoon artikel 4 van de Zesde richtlijn aan de btw een zeer ruime werkingssfeer toekent, deze bepaling enkel betrekking heeft op activiteiten met een economisch karakter.⁷

activiteit die bestaat in de verkoop van deze deelnemingen.⁹ Handelingen inzake waardepapieren kunnen daarentegen binnen de werkingssfeer van de btw vallen, maar zijn daarvan vrijgesteld.¹⁰

23. Het is vaste rechtspraak dat het enkele verwerven en het enkele houden van aandelen niet als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn is te beschouwen. De louter financiële deelneming in een andere onderneming is niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.⁸ Indien de financiële deelneming in een andere onderneming derhalve op zich geen economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn vormt, geldt dit bijgevolg eveneens voor de tegenovergestelde

24. Het Hof heeft geoordeeld dat een personenvennootschap bij het opnemen van een vennoot tegen betaling van een contante inbreng, te zijnen behoeve geen dienst onder bezwarende titel verricht in de zin van artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn.¹¹ Hetzelfde oordeel heeft het Hof gevelde met betrekking tot de uitgifte van aandelen om kapitaal aan te trekken.¹²

25. In het arrest Kretztechnik heeft het Hof geoordeeld dat een vennootschap bij de uitgifte van nieuwe aandelen de bedoeling heeft haar vermogen te vergroten door bijkomend kapitaal aan te trekken, waarbij zij de nieuwe aandeelhouders een recht van eigendom op een deel van het aldus verhoogde kapitaal toekent. Met de uitgifte

6 — Ik acht het niet noodzakelijk om in verband met de btw onderscheid te maken tussen „ondernemingsdeel” en „economische activiteit”. In deze conclusie zal ik enkel het begrip „economische activiteit” gebruiken, dat wordt gebezigd in de Zesde richtlijn.

7 — Zie arrest van 29 april 2004, EDM (C-77/01, Jurispr. blz. I-4295, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie wat dit betreft eveneens arrest Kretztechnik, aangehaald in voetnoot 5, punt 18. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat het begrip „economische activiteiten” een objectief karakter heeft, in die zin dat de activiteit op zichzelf wordt beschouwd, onafhankelijk van het oogmerk of het resultaat van de activiteit. Zie onder andere, arrest van 21 februari 2006, University of Huddersfield (C-223/03, Jurispr. blz. I-1751, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

8 — Zie arrest van 21 oktober 2004, BBL (C-8/03, Jurispr. blz. I-10157).

9 — Zie arrest van 26 juni 2003, KapHag (C-442/01, Jurispr. blz. I-6851, punt 40).

10 — Zie onder andere arrest BBL, aangehaald in voetnoot 8, punten 36-41 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

11 — Arrest KapHag, aangehaald in voetnoot 9, punt 43.

12 — Arrest Kretztechnik, aangehaald in voetnoot 5, punt 25.

beoogt de vennootschap het aantrekken van kapitaal, niet het verrichten van diensten. Vanuit het oogpunt van de aandeelhouder is het voor de kapitaalverhoging betaalde bedrag niet de betaling van een tegenprestatie, maar een investering of een belegging van middelen.¹³

26. Gelet op het feit dat verzoekster — niet-tengestaande haar rechten als aandeelhouder of vennoot — noch rechtstreeks, noch indirect is betrokken bij het beheer¹⁴ van de vennootschappen waarin zij deelnemingen neemt, houdt of overdraagt, kunnen de activiteiten van verzoekster niet als een economische activiteit worden beschouwd.

27. In het arrest Rempelman heeft het Hof voor het eerst uiteengezet dat de aftrekregeling tot doel heeft, de ondernemer geheel te ontlasten van de in het kader van al zijn economische activiteiten verschuldigde of betaalde btw. Het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde waarborgt derhalve een volstrekt neutrale fiscale belasting van alle economische activiteiten, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteiten, mits die activiteiten op zich aan de heffing

van btw zijn onderworpen (beginsel van fiscale neutraliteit).¹⁵

28. De laatstgenoemde voorwaarde toont aan dat de betaalde btw alleen aftrekbaar is wanneer er een rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat tussen een bepaalde handeling in een eerder stadium en een of meer in een later stadium verrichte handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat. In het arrest Investrand heeft het Hof geoordeeld dat „[h]et recht op aftrek van de btw die op het betrekken van goederen of diensten drukt, vooronderstelt dat de voor de verwerving ervan gedane uitgaven zijn opgenomen in de prijs van de belaste handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat”.¹⁶

29. In punt 36 van het arrest Kretztechnik heeft het Hof geoordeeld dat „nu een aandelenuitgifte een handeling is die niet binnen de werkingssfeer van de Zesde richtlijn valt, en Kretztechnik met deze handeling haar kapitaal ten behoeve van haar algemene economische activiteit beoogde te versterken, [moet] worden vastgesteld dat de kosten van de door haar in het kader van de betrokken handeling verworven diensten deel uitmaken van haar algemene kosten en als zodanig bestanddelen van de prijs van haar producten zijn. Er is immers een rechtstreekse en

13 — Ibidem, punt 26.

14 — Zie in deze zin, arrest van 27 september 2001, *Cibo Participations* (C-16/00, Jurispr. blz. I-6663).

15 — Arrest van 14 februari 1985, *Rempelman* (268/83, Jurispr. blz. 655, punt 19) Zie eveneens arrest van 22 februari 2001, *Abbey National* (C-408/98, Jurispr. blz. I-1361, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 — Arrest van 8 februari 2007, *Investrand* (C-435/05, Jurispr. blz. I-1315, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

onmiddellijke samenhang tussen dergelijke diensten en de gehele bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige.”¹⁷

Kretztechnik, waar de betrokken vennootschap enkel belaste leveringen verrichtte.¹⁹

30. Het Hof heeft vervolgens in punt 37 van dat arrest geoordeeld dat „Kretztechnik [bijgevolg], ingevolge artikel 17, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, een recht op aftrek [heeft] van alle btw die heeft gedrukt op de door haar gemaakte kosten voor de verschillende diensten die zij voor haar aandelenuitgifte heeft laten verrichten, mits alle handelingen van die vennootschap in het kader van haar bedrijfsactiviteit belaste handelingen zijn. Ingevolge artikel 17, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn kan een belastingplichtige die handelingen verricht waarvoor wél, en handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, immers enkel het gedeelte van de btw aftrekken dat evenredig is aan het bedrag van eerstbedoelde handelingen.”¹⁸

31. Ik ben het met de verwijzende rechter, de Duitse regering en de Commissie, eens dat de situatie van verzoekster nauwelijks is te vergelijken met de situatie in het arrest

32. De Commissie voert terecht aan dat in het onderhavige geval, voor zover verzoekster deelnemingen en andere rechten neemt, houdt of overdraagt, echter zonder het oogmerk om systematisch tegen vergoeding een dienst te verrichten, haar activiteit geen economisch karakter heeft en bijgevolg niet belastbaar is. Voor zover de btw met betrekking tot deze activiteit niet aftrekbaar is, omdat deze geen economisch karakter heeft en niet binnen de werkingssfeer van de btw valt, is de belastingaftrek uitgesloten, te meer daar de door die kosten bewerkstelligde activiteit niet onder de btw-regeling valt. Wat dat betreft kunnen de aan de uitgifte van aandelen en atypische stille deelnemingen verbonden kosten niet worden beschouwd als algemene kosten of als bestanddelen van de prijs, die een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang hebben met de gehele bedrijfsactiviteit van verzoekster en die als zodanig aftrekbaar zijn.

33. Hieruit volgt dat de aftrek van de voorbelasting die heeft gedrukt op de aan de uitgifte van deelnemingen verbonden kosten niet gerechtvaardigd is, tenzij het daarmee

17 — Arrest Kretztechnik, aangehaald in voetnoot 5, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

18 — Ibidem, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

19 — Ibidem. Dit hield in dat in dat geval Kretztechnik het kapitaal verwierf in haar hoedanigheid van een als zodanig handelende belastingplichtige. De btw die heeft gedrukt op voorgaande handelingen, die als algemene kosten zijn toe te rekenen aan de gehele bedrijfsactiviteit van Kretztechnik, was derhalve volledig aftrekbaar. Zie met betrekking tot een recenter arrest van het Hof, arrest Investrand, aangehaald in voetnoot 16.

verkregen kapitaal wordt bestemd voor de economische activiteit van verzoekster. De aan de uitgifte van aandelen en atypische stille deelnemingen verbonden kosten die kunnen worden toegerekend aan het niet-ondernemingsdeel van verzoekster (dat wil zeggen, aan het aankopen, beheren en verkopen van belangen in andere ondernemingen), geeft haar geen recht op belastingaftrek.

Kretztechnik, echter aan toegevoegd dat ingevolge artikel 17, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn een belastingplichtige die handelingen verricht waarvoor wél, en handelingen waarvoor geen recht op aftrek bestaat, enkel het gedeelte van de btw kan aftrekken dat kan worden toegerekend aan eerstbedoelde handelingen.²⁰

34. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, heeft verzoekster, anders dan de situatie in het arrest Kretztechnik, geen productiebedrijf. Hieruit volgt dat de kosten die samenhangen met de uitgifte van deelnemingen geen deel uitmaakten van de algemene kosten, die *alleen* van invloed waren op haar economische activiteit.

37. Ik moet concluderen dat de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten van verzoekster niet kunnen worden beschouwd als kosten die deel uitmaken van haar algemene kosten en als zodanig bestanddelen van de prijs van haar producten zijn, die een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang hebben met de gehele bedrijfsactiviteit van verzoekster.²¹

35. Zoals uit het bovenstaande blijkt, waren de kosten van verzoekster veeleer — tenminste gedeeltelijk — van invloed op de niet-economische activiteiten van verzoekster. Ik acht het van belang om hierbij op te merken dat zowel uit de verwijzingsbeschikking, als uit de opmerkingen van partijen blijkt dat dit feitelijk gegeven door partijen niet wordt betwist.

38. In het geval dat de belastingplichtige tegelijkertijd ondernemingsactiviteiten en niet-ondernemingsactiviteiten verricht, wordt de aftrek van btw die heeft gedrukt op de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten derhalve enkel toegestaan voor zover deze kosten terecht kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit van de belastingplichtige als bedoeld in artikel 2, lid 1, van de Zesde richtlijn.

36. Zoals ik hierboven in herinnering heb gebracht, heeft het Hof er in het arrest

20 — Arrest Kretztechnik, aangehaald in voetnoot 5, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

21 — Zie arrest Kretztechnik, ibidem, punt 36.

2. Tweede prejudiciële vraag

39. Gelet op het voorgestelde antwoord op de eerste prejudiciële vraag, is het eveneens noodzakelijk de tweede prejudiciële vraag te bespreken, die in wezen betrekking heeft op de wijze van verdeling van de voorbelasting tussen de economische activiteit en de niet-economische activiteit van verzoekster (en of artikel 17, lid 5, van de Zesde richtlijn dienovereenkomstig moet worden toegepast op deze verdeling).

40. Ik acht het van belang om op te merken dat artikel 17, lid 5, van de Zesde richtlijn zowel handelingen omvat waarvoor recht op aftrek van btw bestaat (niet-vrijgestelde belastbare handelingen), als handelingen waarvoor geen recht op aftrek van btw bestaat (vrijgestelde belastbare handelingen). Uit de arresten *Sofitam*, *Floridienne* en *Berginvest*, *Cibo Participations* en *EDM* kan worden afgeleid dat handelingen die buiten de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, moeten worden uitgesloten van de berekening van het pro rata als bedoeld in de artikelen 17 en 19 van de Zesde richtlijn.²²

22 — Arresten van 22 juni 1993, *Sofitam* (C-333/91, Jurispr. blz. I-3513, punten 13 en 14), en 14 november 2000, *Floridienne* en *Berginvest* (C-142/99, Jurispr. blz. I-9567, dictum), en arresten *Cibo Participations* (aangehaald in voetnoot 14, punt 44) en *EDM* (aangehaald in voetnoot 7, punt 54). In het arrest *Floridienne* en *Berginvest* heeft het Hof bijvoorbeeld geoordeeld dat artikel 19 van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat van de noemer van de breuk die dient voor het berekenen van het pro rata voor de toepassing van de aftrek moeten worden uitgesloten: de dividenden die dochterondernemingen uitkeren aan hun holdingvennootschap die voor andere activiteiten aan de btw is onderworpen en ten behoeve van deze dochterondernemingen diensten inzake beheer verricht.

41. Noch artikel 17, noch artikel 19 — noch wat dat betreft de Zesde richtlijn als zodanig — bevat echter een bepaling die regelt welke methoden of criteria de lidstaten zouden moeten hanteren bij de verdeling van de voorbelasting tussen economische activiteiten en niet-economische activiteiten.

42. Gelet op dit, al dan niet bewuste, stilzwijgen van de communautaire wetgever, ben ik van mening dat het Hof geen specifieke voorwaarden met betrekking tot de verdeling van de btw-voorbelasting in verband met economische en niet-economische activiteiten mag toevoegen aan de tekst van de Zesde richtlijn. Ik acht het niet juist, zoals met name door verzoekster is gesteld, om de bepalingen van de Zesde richtlijn naar analogie of op overeenkomstige wijze toe te passen.

43. Aangezien de Zesde richtlijn niet voorziet in een methode van verdeling van de voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten, moet bijgevolg worden geconcludeerd dat dat behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten.²³

23 — Ik kan hierbij opmerken dat de Commissie reeds in de zaak *Cibo Participations* in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet dat aangezien in artikel 17 van de Zesde richtlijn niets over de omzet uit economische activiteiten buiten de werkingssfeer van de richtlijn wordt geregeld, de lidstaten bevoegd zijn om de methode vast te leggen op grond waarvan aftrek is uitgesloten. Zie conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl in de zaak *Cibo Participations*, aangehaald in voetnoot 14, punt 31.

44. Ik wil echter benadrukken dat de bevoegdheid van de lidstaten niet onbegrensd is bij de verdeling van de voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten en dat zij bepaalde uit de Zesde richtlijn voortvloeiende beginselen, zoals deze door het Hof zijn uitgelegd, moeten naleven.

hebben, mits zij niet voorbijgaan aan het doel van de betrokken bepaling en de plaats ervan in de systematiek van de Zesde richtlijn”.²⁴

46. Het recht op aftrek waarin de artikelen 17 en volgende van de Zesde richtlijn voorzien, maakt namelijk integrerend deel uit van de btw-regeling, en kan in beginsel niet worden beperkt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft elke beperking van het recht op aftrek gevolgen voor de hoogte van de belastingdruk en deze moet in alle lidstaten op dezelfde wijze worden toegepast.²⁵

45. Wat dat betreft moet ik opmerken dat het Hof in een zaak met betrekking tot een ander gebied (namelijk het gebruik van tot het bedrijf behorend onroerend goed voor privédoeleinden) maar betreffende een soortgelijk vraagstuk, om te beginnen heeft vastgesteld dat de Zesde richtlijn „niet de nodige aanwijzingen bevat voor een uniforme en nauwkeurige omschrijving van de regels ter bepaling van het bedrag van de betrokken uitgaven”, en vervolgens heeft geoordeeld dat „dient te worden aanvaard dat de lidstaten ter zake een bepaalde beoordelingsmarge

47. Bij de door de lidstaten in verband met de verdeling gehanteerde methode en criteria dient te worden gewaarborgd dat de door de Zesde richtlijn nagestreefde doelstellingen worden nageleefd. Zij mogen derhalve niet in strijd zijn met het beginsel van fiscale neutraliteit, waarop het door de Zesde richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke btw-stelsel is gebaseerd, dat uitsluit dat ondernemers die dezelfde handelingen verrichten, verschillend worden behandeld inzake de btw-heffing.”²⁶

24 — Zie in die zin arrest van 14 september 2006, Wollny (C-72/05, Jurispr. blz. I-8297, punt 28). Zie eveneens arrest van 1 februari 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Jurispr. blz. 113, punten 16 en 17).

25 — Zie met name arrest van 6 juli 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Jurispr. blz. I-1883, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie eveneens de twaalfde overweging van de considerans van de Zesde richtlijn.

26 — Zie arresten van 16 september 2004, Cimber Air (C-382/02, Jurispr. blz. I-8379, punten 23 en 24), en 18 december 2005, Jyske Finans (C-280/04, Jurispr. blz. I-10683, punt 39).

IV — Conclusie

48. Ik ben derhalve van mening dat het Hof de prejudiciële vragen van het Niedersächsische Finanzgericht als volgt zou moeten beantwoorden:

- „1) In het geval dat een belastingplichtige tegelijkertijd ondernemingsactiviteiten en niet-ondernemingsactiviteiten verricht, wordt het recht op aftrek van de voorbelasting die heeft gedrukt op de aan de uitgifte van aandelen en stille deelnemingen verbonden kosten enkel toegestaan voor zover deze kosten terecht kunnen worden toegerekend aan de economische activiteit van deze belastingplichtige in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn 77/388/EEG.
- 2) De methode van verdeling van de voorbelasting tussen economische activiteiten en niet-economische activiteiten behoort tot de bevoegdheid van de lidstaten. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid dienen de lidstaten met name te waarborgen dat het beginsel van fiscale neutraliteit wordt nageleefd.”