



Datum van inontvangstneming : 08/04/2014

**Zaak C-108/14**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

6 maart 2014

**Verwijzende rechter:**

Bundesfinanzhof (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 december 2013

**Verzoekster en verzoekster in „Revision”:**

Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG

**Verweerder en verweerder in „Revision”:**

Finanzamt Nordenham

---

**BESCHIKKING**

**In de zaak**

Beteiligungsgesellschaft LARENTIA + MINERVA mbH & Co. KG,

[OMISSIS] Elsfleth,

verzoekster en verzoekster in „Revision”,

[OMISSIS]

tegen

Finanzamt Nordenham,

verweerder en verweerder in „Revision”,

betreffende btw over 2005

heeft de XIe Senat (XIe kamer)

[OMISSIS]

op 11 december 2013 het volgende beslist:

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen: **[Or. 2]**

1. Welke methode dient te worden gehanteerd ter berekening van de (pro rata) aftrek van de voorbelasting die een holding heeft voldaan over door een derde voor haar verrichte diensten in verband met het bijeenbrengen van kapitaal ter verwerving van deelnemingen in dochterondernemingen, wanneer die holding later (zoals van meet af aan gepland was) verschillende belastbare diensten voor die dochterondernemingen verricht?
2. Verzet de bepaling inzake de samenvoeging van meerdere personen tot één belastingplichtige van artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting zich tegen een nationale regeling uit hoofde waarvan (ten eerste) alleen een rechtspersoon – maar geen personenvennootschap – in de onderneming van een andere belastingplichtige („Organträger”) kan worden geïntegreerd en die (ten tweede) als voorwaarde stelt dat die rechtspersoon in financieel, economisch en organisatorisch opzicht (in de zin van een hiërarchische verhouding) is geïntegreerd in de onderneming van de Organträger?
3. Indien de voorgaande vraag bevestigend moet worden beantwoord: Kan een belastingplichtige zich rechtstreeks beroepen op artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting?

### **[Or. 3] Motivering**

#### I.

In casu is de vraag aan de orde welk bedrag aan btw een holding mag aftrekken voor in een eerder stadium voldane facturen die verband houden met het aantrekken van kapitaal, wanneer het aldus bijeengebrachte kapitaal wordt gebruikt voor het verwerven van deelnemingen in dochterondernemingen en de holding nadien belastbare diensten voor die dochters verricht.

Verzoekster en verzoekster in „Revision” (hierna: „verzoekster”), een „Beteiligungsgesellschaft” (houdstermaatschappij) in de rechtsvorm van een GmbH & Co. KG, hield in het litigieuze jaar (2005) als „paraplufonds” een deelneming, in de hoedanigheid van commanditaris, in twee – eveneens in de rechtsvorm van een GmbH & Co. KG gevoerde – dochterondernemingen. Haar commanditaire inbreng bedroeg in elk van beide gevallen meer dan 98 %. De

dochterondernemingen waren elk eigenaresse van een door hen in het internationale scheepsverkeer geëxploiteerd volcontainerschip.

Verzoekster sloot met haar dochterondernemingen op 1 maart 2005 een „dienstverrichtingsovereenkomst”. Uit hoofde daarvan verrichtte zij „administratieve diensten” voor henen stond zij hen ter zijde als „algemeen bedrijfskundig adviseur”. Tot haar taken behoorden met name het organiseren en houden van aandeelhoudersvergaderingen, advisering op het vlak van de interne bedrijfsvoering, de chartermarkt en financiële vraagstukken, het leggen van contacten met havenautoriteiten en andere binnen- of buitenlandse autoriteiten ten behoeve van de dochtervennootschappen, advisering bij naar aanleiding van die bemiddeling gevoerde gesprekken en bemiddeling in diensten op juridisch, fiscaal en accountancygebied.

**[Or. 4]** Voor die diensten ontving verzoekster vanaf 2006 een vergoeding van jaarlijks 295 000 EUR exclusief omzetbelasting. Voor de advisering gedurende de oprichtingsfase en betreffende het dagelijks beheer tot het einde van het litigieuze jaar 2005 ontving zij een forfaitaire vergoeding van 97 000 EUR exclusief omzetbelasting.

Verzoekster trok in het litigieuze jaar 2005 met behulp van GEBAB Konzeptions- und Emissionsgesellschaft mbH kapitaal aan ter hoogte van 25 795 000 EUR, waarvan zij 20 040 000 EUR als commanditair kapitaal inbracht in de dochterondernemingen.

Over de kosten van verzoekster in verband met het bijeenbrengen van kapitaal door GEBAB Konzeptions- und Emissionsgesellschaft mbH en voor de opstelling van een rapport over het prospectus door Hansetreuhand GmbH, was omzetbelasting verschuldigd ter hoogte van in totaal 764 121,07 EUR, die verzoekster in haar aangifte omzetbelasting voor 2005 als voorbelasting in aftrek bracht.

Verweerder en verweerder in „Revision” (Finanzamt Nordenham; hierna: „verweerder”) ging uiteindelijk slechts akkoord met een aftrek van 170 475,41 EUR (= 22,31 %), aangezien hij van mening was dat van het kapitaal ter hoogte van 25 795 000 EUR dat door verzoekster was aangetrokken, een bedrag van 20 040 000 EUR (= 77,69 %) bestemd was voor de niet-economische activiteit bestaande in het houden van deelnemingen in haar dochterondernemingen, waarvoor geen recht van aftrek bestaat.

Het Niedersächsische Finanzgericht (hierna: „Finanzgericht”) verwierp het beroep bij vonnis van 12 mei 2011 [OMISSIS] [OMISSIS].

**[Or. 5]** In haar beroep in „Revision” stelt verzoekster dat de feiten van het onderhavige geding op alle wezenlijke punten overeenstemmen met die welke ten grondslag lagen aan de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) van 27 september 2001, *Cibo Participations* (C-16/00, Jurispr.

blz. I-6663, [OMISSIS]), en 29 oktober 2009, SKF (C-29/08, Jurispr. blz. I-10413, [OMISSIS]). Hieruit volgt haars inziens dat het houden van deelnemingen rechtstreeks verband houdt met de inmenging onder bezwarende titel in het beheer van de dochterondernemingen, wanneer een moedermaatschappij die een deelneming verwerft, gebruikmaakt van diensten om later voor haar vervolgens opgerichte respectievelijk verworven dochterondernemingen zelf aan btw onderworpen diensten te verrichten. In dat geval verricht de holding algemeen gezien economische activiteiten, zodat de kosten die gepaard gaan met de verwerving van een deelneming volledig als algemene kosten van de onderneming moeten worden beschouwd en de daarmee verband houdende voorbelasting volledig aftrekbaar is.

Subsidiair stelt verzoekster in „Revision” voor het eerst dat zij in elk geval recht heeft op de door haar gevorderde btw-aftrek omdat zij en haar dochterondernemingen een Organschaft [fiscale eenheid] vormen. Dat verzoekster en haar dochterondernemingen ondanks het feit dat deze als commanditaire vennootschappen de rechtsvorm hebben van personenvennootschappen, moeten worden beschouwd als een Organschaft – hetgeen door het Finanzgericht eventueel nog zou moeten worden vastgesteld – volgt uit de arresten van het Hof van 9 april 2013, Commissie/Ierland (C-85/11), [OMISSIS] en 25 april 2013, Commissie/Zweden (C-480/10) [OMISSIS]. Dat betekent volgens verzoekster dat haar de handelingen van [Or. 6] haar dochterondernemingen moeten worden toegerekend, zodat zij recht heeft op volledige btw-aftrek.

Verzoekster vordert vernietiging van het vonnis van het Finanzgericht en nietigverklaring van de op 24 september 2007 vastgestelde gewijzigde btw-aanslag voor 2005 en, subsidiair, vernietiging van het vonnis van het Finanzgericht en terugverwijzing naar diezelfde rechter ten einde de zaak opnieuw behandeld en beoordeeld te zien.

Verweerder vordert verwerping van het beroep in „Revision”.

## II.

De XIe Senat van het Bundesfinanzhof (hierna: „XIe Senat”) verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de in het dictum geformuleerde vragen inzake de uitlegging van het Unierecht, en schorst de behandeling van de zaak tot de uitspraak van het Hof.

### 1. Relevante regelgeving

#### a) Nationaal recht

aa) § 15, lid 1, eerste volzin, punt 1, eerste volzin, van het Umsatzsteuergesetz (wet op de omzetbelasting, hierna: „UStG”) bepaalt dat de ondernemer de belasting die hij wettelijk verschuldigd is voor de door een andere ondernemer voor zijn onderneming verrichte diensten, als voorbelasting in aftrek mag brengen.

Volgens § 15, lid 1, eerste volzin, punt 1, tweede volzin, UStG kan de ondernemer de voorbelasting slechts in aftrek brengen indien hij beschikt over een in overeenstemming met de §§ 14 en 14a UStG opgestelde factuur.

Voor diensten die de ondernemer gebruikt voor niet-belaste handelingen bestaat volgens § 15, lid 2, eerste volzin, punt 1, UStG geen recht op aftrek van voorbelasting, hoewel volgens § 15, lid 3, punt 1, sub a, UStG de voorbelasting voor onder meer niet-belaste handelingen in de zeescheepvaart (§ 4, punt 2, juncto § 8, lid 1, **[Or. 7]** UStG) wél aftrekbaar is. Indien de ondernemer een voor zijn onderneming geleverd, ingevoerd of binnen de Unie verworven goed of een door hem afgenomen andere dienst slechts ten dele gebruikt om handelingen te verrichten waarvoor geen recht op aftrek bestaat, komt volgens § 15, lid 4, eerste volzin, UStG het deel van de betrokken voorbelasting niet voor aftrek in aanmerking dat economisch moet worden toegerekend aan de tot uitsluiting van aftrek leidende handelingen. De ondernemer kan overeenkomstig § 15, lid 4, tweede volzin, UStG de niet-aftrekbare deelbedragen via een objectieve schatting vaststellen. Een vaststelling van de niet-aftrekbare deelbedragen aan de hand van de verhouding tussen de handelingen die aftrek van voorbelasting uitsluiten en de handelingen waarvoor recht op aftrek bestaat, is volgens § 15, lid 4, derde volzin, UStG slechts toegestaan wanneer geen andere economische toerekening mogelijk is.

bb) Als – tot aftrek van voorbelasting gerechtigde – ondernemer wordt volgens § 2, lid 1, eerste volzin, UStG eenieder beschouwd die een bedrijfs- of beroepsactiviteit zelfstandig uitoefent, waarbij de onderneming volgens § 2, lid 1, tweede volzin, UStG de gehele bedrijfs- of beroepsactiviteit van de ondernemer omvat. Een bedrijfs- of beroepsactiviteit is volgens § 2, lid 1, derde volzin, UStG elke duurzame activiteit ter verwerving van inkomsten, ook wanneer een winsttoogmerk ontbreekt of een vereniging van personen slechts ten behoeve van haar leden werkzaam is.

Overeenkomstig § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG wordt de bedrijfs- of beroepsactiviteit niet zelfstandig uitgeoefend wanneer uit de algemene feitelijke omstandigheden blijkt dat een rechtspersoon financieel, economisch en organisatorisch is geïntegreerd in de „dominerende” onderneming (de Organträger; in dat geval is sprake van een zogenoemde „Organschaft”).

**[Or. 8] b) Unierecht**

aa) Volgens artikel 17, lid 2, sub a, van de in het litigieuze jaar 2005 vigerende Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting (hierna: „Zesde richtlijn”) mag een belastingplichtige die goederen en diensten gebruikt voor belaste handelingen, de door hem in het binnenland verschuldigde of voldane belasting voor de hem door een andere belastingplichtige geleverde of te leveren goederen respectievelijk voor de te zijnen behoeve door een andere

belastingplichtige verrichte of te verrichten diensten, aftrekken van de door hem verschuldigde belasting. Artikel 168, sub a, van de sinds 1 januari 2007 geldende richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw-richtlijn”) bevat een daarmee overeenstemmende bepaling. Met betrekking tot handelingen op het vlak van de zeescheepvaart zijn artikel 17, lid 3, sub b, juncto artikel 15, punt 5, van de Zesde richtlijn relevant (thans: artikel 169, sub b, juncto artikel 148, sub c, van de btw-richtlijn).

Voor zover een belastingplichtige goederen en diensten zowel gebruikt voor handelingen waarvoor volgens artikel 17, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn recht op aftrek bestaat, als voor handelingen zonder recht op aftrek, is aftrek volgens artikel 17, lid 5, van de Zesde richtlijn slechts toelaatbaar voor het gedeelte van de btw dat evenredig is aan het bedrag van eerstbedoelde handelingen. Artikel 173, lid 1, van de btw-richtlijn bevat een daarmee overeenstemmende bepaling.

**[Or. 9] bb)** Als – tot aftrek gerechtigde – belastingplichtige wordt krachtens artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn eenieder beschouwd die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een van de in artikel 4, lid 2, daarvan omschreven economische activiteiten verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Artikel 9, lid 1, van de btw-richtlijn bevat een daarmee overeenstemmende bepaling.

Volgens artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn kan elke lidstaat, onder voorbehoud van de in artikel 29 daarvan bedoelde raadpleging, in het binnenland gevestigde personen die juridisch gezien wel zelfstandig zijn, doch financieel, economisch en organisatorisch nauw met elkaar zijn verbonden, tezamen als één belastingplichtige aanmerken. Artikel 11, lid 1, van de btw-richtlijn bevat een daarmee overeenstemmende bepaling.

## 2. Btw-aftrek door een holding

a) Verzoekster is een holding. Hieronder wordt begrepen een vennootschap die tot doel heeft direct of indirect op lange termijn deelnemingen in één of meerdere juridisch zelfstandige ondernemingen te houden en te beheren [OMISSIS].

In de praktijk wordt er een onderscheid gemaakt naar drie soorten holdings [OMISSIS]:

- een financiële holding is een holding die zich ertoe beperkt deelnemingen in vennootschappen te houden en te beheren **[Or. 10]** en die geen diensten onder bezwarende titel verricht;
- een bestuursholding is een holding die zich met het oog op een uniform bestuur actief in het dagelijks beheer van haar dochterondernemingen mengt;

- een gemengde holding is een holding die slechts ten opzichte van bepaalde dochterondernemingen bestuurlijke functies uitoefent terwijl zij in andere dochterondernemingen alleen deelnemingen houdt en beheert.

b) Volgens vaste rechtspraak van het Hof en het Bundesfinanzhof heeft een holding waarvan het enige doel bestaat in de verwerving van deelnemingen in andere ondernemingen, zonder dat zij zich direct of indirect mengt in het beheer van die ondernemingen, onverminderd haar rechten als aandeelhouder of vennoot, niet de hoedanigheid van btw-plichtige in de zin van artikel 4 van de Zesde richtlijn, zodat zij volgens artikel 17 van die richtlijn ook geen recht heeft op aftrek van voorbelasting (zie arresten Hof van 20 juni 1991, Polysar Investments [C-60/90, Jurispr. blz. I-3111, [OMISSIS] punt 17], en 14 november 2000, Floridienne en Berginvest [C-142/99, Jurispr. blz. I-9567, [OMISSIS], punt 17]; arrest Cibo Participations [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 18], en arrest van 6 september 2012, Portugal Telecom [C-496/11, [OMISSIS] punt 31]; [OMISSIS]).

aa) De inmenging van een holding in het beheer van de ondernemingen **[Or. 11]** waarin zij deelnemingen heeft genomen, vormt een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn, voor zover die inmenging gepaard gaat met handelingen die op grond van artikel 2 van die richtlijn aan btw zijn onderworpen, zoals het verrichten van administratieve, financiële, commerciële en technische diensten door de holding ten behoeve van haar dochterondernemingen (zie arresten Cibo Participations [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 22], en Portugal Telecom [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 34]; [OMISSIS]).

bb) Een holding die dergelijke diensten ten behoeve van haar dochterondernemingen verricht, kan (daarnaast) ook een niet-economische dimensie hebben (zie arresten Hof Floridienne en Berginvest [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 6, 20 en 32] en Cibo Participations [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 8, 10, 22 en 44], arrest van 13 maart 2008, Securenta [C-437/06, Jurispr. blz. I-1597, [OMISSIS] punten 11 en 26 e.v.], en arresten SKF [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 20 en 61 e.v.] en Portugal Telecom [reeds aangehaald [OMISSIS], punten 15 e.v. en 47]; [OMISSIS]).

c) Een holding kan de btw die zij voor het afnemen van diensten in eerdere stadia heeft voldaan slechts als voorbelasting aftrekken wanneer de in die eerdere stadia verrichte handelingen rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat of wanneer de kosten voor de betrokken diensten deel uitmaken van haar algemene kosten en – als zodanig – bestanddelen zijn van de prijs van de door haar **[Or. 12]** verrichte diensten (zie arrest Hof Cibo Participations [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 31], arresten van 26 mei 2005, Kretztechnik [C-465/03, Jurispr. blz. I-4357, [OMISSIS] punten 35 e.v.], en 8 februari 2007, Investrand [C-435/05, Jurispr. blz. I-1315, [OMISSIS] punten 23 e.v.], en arresten Securenta [reeds aangehaald,



[OMISSIS] punt 27], SKF [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 57 e.v.] en Portugal Telecom [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 36 e.v.]; [OMISSIS]).

d) Het staat aan de nationale rechterlijke instanties vast te stellen of de door een holding afgenomen diensten in hun geheel gezien rechtstreeks en onmiddellijk verband houden met de economische handelingen in een later stadium waarvoor recht op aftrek bestaat, of die diensten door de holding worden gebruikt voor zowel economische handelingen met recht op aftrek als voor handelingen zonder recht op aftrek dan wel of zij door de holding worden gebruikt voor zowel economische als niet-economische handelingen (zie arrest Portugal Telecom [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 48]).

e) Bij toepassing van die beginselen op de onderhavige zaak heeft verzoekster ingevolge § 15, lid 1, eerste volzin, punt 1, UStG, en artikel 17, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn principieel recht op aftrek, voor zover zij in een eerder stadium diensten heeft afgenomen die verband hielden met de ten behoeve van haar dochterondernemingen verrichte administratieve en commerciële diensten.

aa) Laatstbedoelde diensten geven als belastbare handelingen in een later stadium principieel recht op aftrek van voorbelasting. **[Or. 13]** Zij zijn – indien niet is voldaan aan de voorwaarden voor een Organschaft in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG respectievelijk artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn (zie de punten 4 en 5 van deze beschikking) – geen (niet-belastbare) interne diensten van een Organträger ten behoeve van de vennootschappen die met haar een fiscale eenheid vormen (de zogenoemde „Organgesellschaften” of gedomineerde vennootschappen) , waarvoor geen recht op aftrek van de voorbelasting bestaat [OMISSIS].

bb) De XIe Senat is echter van mening dat een volledige aftrek uitgesloten is en dat verzoekster de voorbelasting over de diensten die zij heeft afgenomen in verband met het bijeenbrengen van kapitaal slechts kan aftrekken voor zover zij administratieve en commerciële diensten voor haar dochterondernemingen heeft verricht.

De door verzoekster in een eerder stadium verrichte diensten in verband met het aantrekken van kapitaal waren namelijk ook – zo niet hoofdzakelijk – gericht op de (niet-belastbare) verwerving en het (niet-belastbare) houden van deelnemingen in de dochterondernemingen. Die eerdere diensten vonden dus niet hun „uitsluitende oorzaak” in het latere verrichten van de (belastbare) diensten ten behoeve van de dochterondernemingen. Dat is voor de (volledige) aftrek van de voorbelasting echter wel vereist (zie arrest Investrand [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 33]; [OMISSIS])

Bij dergelijke diensten, die zowel worden gebruikt voor economische activiteiten als voor niet-economische activiteiten **[Or. 14]**, kan de voorbelasting slechts

worden afgetrokken voor zover de hiermee verband houdende kosten aan de economische activiteit moeten worden toegerekend [OMISSIS].

De XIe Senat is derhalve van oordeel dat de door een holding ten behoeve van haar dochterondernemingen verrichte belastbare diensten – die mogelijk slechts een geringe omvang hebben – niet noodzakelijkerwijs tot gevolg hebben dat niet alleen de verrichte diensten, maar ook het (op zich niet-belastbare) verwerven en houden van de deelneming zelf moeten worden beschouwd als een ondernemingsactiviteit die recht geeft op volledige btw-aftrek. Het is echter de vraag of die zienswijze verenigbaar is met de beginselen van het reeds aangehaalde arrest *Cibo Participations* ([OMISSIS]).

### 3. Eerste prejudiciële vraag

a) De Zesde richtlijn bevat geen regeling inzake de methoden of criteria die de lidstaten moeten toepassen bij de vaststelling van bepalingen inzake de verdeling van de voorbelasting naargelang de betrokken kosten verband houden met economische dan wel niet-economische activiteiten. Om de belastingplichtigen in staat te stellen de nodige berekeningen te maken, staat het derhalve aan de lidstaten om met eerbiediging van de beginselen die aan het gemeenschappelijke btw-stelsel ten grondslag liggen, de hiertoe geschikte methoden en criteria vast te stellen (zie arrest *Securenta* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 34]).

De vaststelling van de methoden en criteria voor de verdeling [Or. 15] van de voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten in de zin van de Zesde richtlijn behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten, die bij de uitoefening ervan rekening moeten houden met het doel en de systematiek van die richtlijn en derhalve een berekeningsmethode moeten bepalen die objectief weergeeft welk deel van de in een eerder stadium gedane kosten werkelijk toe te rekenen is aan elk van deze twee activiteiten (zie arresten *Securenta* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 35 e.v. en 39] en *Portugal Telecom* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 42 en 44]). De lidstaten mogen bij de uitoefening van die bevoegdheid in voorkomend geval gebruikmaken van hetzij een verdeelsleutel volgens het soort investering, hetzij een verdeelsleutel volgens het soort handeling, dan wel van een andere passende verdeelsleutel zonder dat zij zich tot één van die methoden hoeven te beperken (zie arrest *Securenta* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 38]).

b) De Duitse wetgever heeft tot dusver geen dergelijke regeling vastgesteld.

Om die reden heerst er in de praktijk een grote rechtsonzekerheid over de wijze waarop de voorbelasting over in een eerder stadium verrichte handelingen die verband houden met de economische en de niet-economische activiteiten van een holding, precies moet worden verdeeld, en dit ondanks de mogelijkheid om in gevallen die zich daarvoor lenen § 15, lid 4, UStG naar analogie toe te passen [OMISSIS].

Zo wordt er met betrekking tot de vereiste verdeling van de voorbelasting van uitgegaan dat een verdeelsleutel volgens het soort handeling kan worden toegepast, dat wil zeggen dat de verdeling plaatsvindt naargelang van de verhouding tussen de inkomsten uit de bedrijfsactiviteiten en de inkomsten uit de deelneming [OMISSIS] **[Or. 16]** [OMISSIS]. In de literatuur wordt die benadering voor het merendeel afgewezen [OMISSIS] en een verdeling naargelang van investeringen in economische activiteiten, enerzijds, en investeringen in niet-economische activiteiten, anderzijds, adequater geacht (zogenoemde investeringsleutel, [OMISSIS]). Daarnaast wordt ook een verdeling aan de hand van bedrijfseconomische factoren mogelijk geacht. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het aantal personen dat zich met de deelneming bezighoudt [OMISSIS], de in verband met de deelneming verrichte arbeidsuren [OMISSIS] of de individuele kosten voor het houden van de deelnemingen [OMISSIS]. Deze situatie houdt volgens de XIe Senat het risico in dat het Unierecht in de lidstaten op uiteenlopende wijze wordt toegepast.

Van een dergelijke rechtsonzekerheid is ook sprake in het onderhavige geval. Volgens het Finanzgericht valt op de door verweerder met het oog op de verdeling van de voorbelasting gehanteerde schattingsmethode, waarbij wordt gebruikgemaakt van de investeringsleutel, principieel niets aan te merken, aangezien verzoekster geen geschiktere verdelingsmaatstaf heeft voorgesteld. Verweerder heeft volgens het Finanzgericht echter ook, uitgaande van een investeringsleutel, een te hoge aftrek toegekend, aangezien het niet voor de verwerving van deelnemingen gebruikte kapitaal ook verband zou kunnen houden met **[Or. 17]** latere handelingen van niet-economische aard, bijvoorbeeld het beheer van deelnemingen. Om procedurele redenen kan het Finanzgericht de lasten die verzoekster in de btw-aanslag zijn opgelegd, echter niet verzwaren.

c) Gelet op de rechtsonzekerheid over de verdeling van de voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten en aangezien in dit opzicht een (zo mogelijk) uniforme rechtspraktijk in de lidstaten vereist is, verzoekt de XIe Senat het Hof om nadere aanwijzingen omtrent de door hem bepleite berekeningsmethode, die objectief moet weergeven welk deel van de in een eerder stadium gedane kosten werkelijk toe te rekenen is aan elk van deze twee activiteiten (zie arresten *Securenta* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 33 en 39] en *Portugal Telecom* [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 42 en 44, met verdere verwijzingen]).

Niettemin is de XIe Senat zich terdege ervan bewust dat het niet mogelijk is een berekeningsmethode vast te leggen die exact is afgestemd op alle denkbare gevallen van een verdeling van voorbelasting tussen economische en niet-economische activiteiten. Aangezien de onderhavige situatie echter kenmerkend is voor holdings, is de XIe Senat van mening dat een uniforme benadering voor de gehele Unie vereist is.

4. Tweede prejudiciële vraag

a) In het onderhavige geval is voorts de vraag aan de orde of is voldaan aan de voorwaarden voor het bestaan van een fiscale eenheid in de zin van artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

Mocht dit het geval zijn, dan zouden verzoekster en haar dochterondernemingen **[Or. 18]** worden aangemerkt als één belastingplichtige (zie arrest Hof van 22 mei 2008, Ampliscientifica en Amplifin [C-162/07, Jurispr. blz. I-4019, [OMISSIS] punt 19]; [OMISSIS]). Dat zou betekenen dat met het oog op de btw-aftrek door verzoekster niet de door haar ten behoeve van haar dochterondernemingen verrichte – in dat geval niet-belastbare – diensten relevant zijn, maar de (belastbare en recht op aftrek gevende) handelingen die in een later stadium door de dochterondernemingen tegenover derden worden verricht [OMISSIS].

aa) In dat geval staan de (niet-belastbare) verwerving en het (niet-belastbare) houden van deelnemingen in de dochterondernemingen mogelijkwijs niet aan btw-aftrek in de weg, omdat het verwerven en het houden van deelnemingen in ondernemingen, net als het opnemen van een vennoot met het oog op het aantrekken van extra kapitaal, dan als een algemene economische activiteit zou moeten worden beschouwd. Voor in dat verband afgenomen diensten zou een onbeperkt recht op aftrek van voorbelasting kunnen bestaan (zie arrest Hof van 26 juni 2003, KapHag [C-442/01, Jurispr. blz. I-6851, [OMISSIS] punt 43], en arrest Kretztechnik [reeds aangehaald, [OMISSIS] punten 36 e.v.]; [OMISSIS]).

bb) De XIe Senat acht het echter niet uitgesloten dat er voor de niet-economische activiteiten **[Or. 19]** overeenkomstig de beginselen die zijn vervat in de in punt II.2.b bb van deze beschikking genoemde arresten van het Hof, desondanks geen recht op btw-aftrek bestaat. In zoverre zou doorslaggevend kunnen zijn dat de mogelijke gezamenlijke behandeling van meerdere personen als één belastingplichtige overeenkomstig § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG en artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn uitsluitend rechtvaardigt dat meerdere economische activiteiten binnen één persoon worden samengevoegd en niet dat de werkingssfeer van de btw wordt uitgebreid tot niet-economische activiteiten.

b) Naar nationaal recht (§ 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG) is reeds op grond van het feit dat de dochterondernemingen van verzoekster in hun hoedanigheid van personenvennootschappen geen rechtspersonen in de zin van die bepaling zijn, geen sprake van een Organschaft.

aa) Terwijl volgens artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn meerdere „personen” samen als één belastingplichtige mogen worden behandeld, is het ingevolge § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG slechts toegestaan dat „rechtspersonen”, niet echter personenvennootschappen, in de onderneming van de Organträger worden geïntegreerd.

bb) Commanditaire vennootschappen als verzoekster zijn geen rechtspersonen [OMISSIS].

Een commanditaire vennootschap is volgens de wettelijke definitie van § 161, lid 1, van het Handelsgesetzbuch (wetboek van koophandel, hierna: „HGB”) een vennootschap die tot doel heeft een commercieel bedrijf onder een gezamenlijke firma te voeren, waarbij één of meerdere vennoten ten opzichte van schuldeisers van de vennootschap niet verder aansprakelijk zijn dan het bedrag van een bepaalde financiële inbreng (commanditaire vennoten), terwijl bij de andere vennoten [Or. 20] geen beperking van de aansprakelijkheid plaatsvindt (hoofdelijk aansprakelijke vennoten). De commanditaire vennootschap kan onder haar firma rechten verwerven en verplichtingen aangaan, eigendom aan en andere zakelijke rechten op onroerend goed verwerven, beroep instellen bij de rechter of worden aangeklaagd (§ 161, lid 2, juncto § 124, lid 1, HGB). Zij is echter geen rechtspersoon [OMISSIS].

cc) Een commanditaire vennootschap kan ondernemer zijn in de zin van § 2, lid 1, eerste volzin, UStG [OMISSIS] en optreden als Organträger in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG [OMISSIS].

Volgens vaste rechtspraak van het Bundesfinanzhof kan een commanditaire vennootschap echter – zijnde een personenvennootschap – niet worden beschouwd als een rechtspersoon in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG en derhalve voor de btw niet als Organgesellschaft zijn geïntegreerd in een andere onderneming [OMISSIS]. Die zienswijze wordt over het algemeen [Or. 21] ook in de literatuur bepleit [OMISSIS].

c) Los van de aard van de dochterondernemingen als personenvennootschappen is de toepassing van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG eventueel ook uitgesloten – hetgeen in voorkomend geval door het Finanzgericht nog zou moeten worden vastgesteld – omdat, overeenkomstig die bepaling, de Organgesellschaft, blijkens de algemene feitelijke omstandigheden financieel, economisch en organisatorisch moet zijn geïntegreerd in de Organträger.

Voorwaarde voor een dergelijke krachtens § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG vereiste integratie is volgens vaste rechtspraak van het Bundesfinanzhof dat er een hiërarchische verhouding bestaat tussen de Organträger en de Organgesellschaft als „gedomineerde persoon” [OMISSIS].

Van een financiële integratie in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG is derhalve slechts sprake wanneer de Organträger financieel op zodanige wijze bij de Organgesellschaft is betrokken, dat hij de aandeelhoudersvergadering bij meerderheidsbesluit zijn wil kan opleggen [OMISSIS] [Or. 22] [OMISSIS].

Voorwaarde voor een organisatorische integratie in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG is volgens recente rechtspraak van de Ve Senat van het 12

Bundesfinanzhof dat de Organträger gebruikmaakt van de met de financiële integratie gepaard gaande mogelijkheid, de dochteronderneming te leiden op het vlak van het dagelijks beheer. Daarbij moet hij de Organgesellschaft door de aard van zijn bedrijfsvoering kunnen besturen en haar zijn wil kunnen opleggen [OMISSIS].

Kenmerkend voor een economische integratie in de zin van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG is ten slotte dat de Organgesellschaft deel uitmaakt van de structuur van de dominerende Organträger [OMISSIS].

d) In het licht van de recente rechtspraak van het Hof (zie arresten Commissie/Ierland [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 36] en Commissie/Zweden [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 35], beide betreffende artikel 11 van de btw-richtlijn) betwijfelt de XIe Senat echter of de nationale regeling van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG, die de behandeling van in het binnenland gevestigde personen als één belastingplichtige afhankelijk stelt van verdere respectievelijk andere voorwaarden dan die welke in de Unierechtelijke machtigingsgrondslag zijn vastgelegd, verenigbaar is met artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn en het beginsel van neutraliteit van de rechtsvorm.

**[Or. 23]** Volgens die recente rechtspraak van het Hof voorziet artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn niet in de mogelijkheid voor de lidstaten om de economische actoren verdere voorwaarden voor de vorming van een btw-groep op te leggen, dan die welke in die bepaling worden genoemd (zie arresten Commissie/Ierland [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 36]; Commissie/Zweden [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 35], beide betreffende artikel 11 van de btw-richtlijn).

aa) Dit doet ten eerste de vraag rijzen of § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG alleen rechtspersonen als Organgesellschaften mag toelaten. Ten tweede kan worden betwijfeld of het Bundesfinanzhof de behandeling van meerdere personen als één belastingplichtige ervan afhankelijk mag maken dat er sprake is van een hiërarchische verhouding, terwijl volgens het Unierecht een nauwe verbondenheid toereikend is.

bb) Het Unierecht verleent de lidstaten de bevoegdheid om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om te voorkomen dat de behandeling van meerdere personen als één belastingplichtige tot belastingontduiking of -ontwijking leidt (arresten Commissie/Ierland [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 49] en Commissie/Zweden [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 38], beide betreffende artikel 11 van de btw-richtlijn; zie ook arrest Ampliscientifica en Amplifin [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 29]).

De XIe Senat gaat echter ervan uit dat de voorwaarden van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG, die uitgebreider zijn en afwijken van de voorwaarden van

artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn, niet als dergelijke nodige maatregelen kunnen worden beschouwd.

**[Or. 24]** cc) In elk geval moet ervan worden uitgegaan dat § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG in strijd is met het Unierechtelijke beginsel van de neutraliteit van de rechtsvorm, aangezien uit hoofde van die bepaling alleen rechtspersonen Organgesellschaften kunnen zijn, hetgeen betekent dat ondernemingen op grond van hun rechtsvorm op objectief niet gerechtvaardigde wijze verschillend worden behandeld [OMISSIS].

Het beginsel van de btw-neutraliteit, zoals dat tot uitdrukking komt in de neutraliteit van de rechtsvorm (zie bijvoorbeeld arrest Hof van 10 september 2002, Kügler [C-141/00, Jurispr. blz. I-6833, [OMISSIS] punt 30, met verdere verwijzingen]; [OMISSIS]), dat de rechtsvorm van een belastingplichtige op het vlak van het btw-recht principieel niet relevant is [OMISSIS] en dat kapitaal- en personenvennootschappen zoveel mogelijk gelijk moeten worden behandeld [OMISSIS].

dd) Nu is het echter zo dat het recht tot vorming van een btw-groep vooral in artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn is opgenomen om de nationale regeling **[Or. 25]** van § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG – net als de desbetreffende Nederlandse regeling – van een Unierechtelijke onderbouwing te voorzien (zie bijvoorbeeld de raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité inzake het voorstel voor de Zesde richtlijn van 31 januari 1974, PB C 139 van 12 november 1974, blz. 17; [OMISSIS]).

Derhalve heeft de Commissie van de Europese Unie in het beroep wegens niet-nakoming dat zij op 4 oktober 1985 tegen de Bondsrepubliek Duitsland heeft ingesteld in verband met § 2, lid 2, punt 2, tweede volzin, UStG 1980, ook niet de regeling van de Organschaft op zich aan de orde gesteld, maar – uitsluitend – gelaakt dat de Duitse regeling destijds nog niet beperkt was tot het binnenland (zie PB C 285 van 8 november 1985, blz. 6, zaak C-298/85; [OMISSIS]).

Wat de volgens § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG vereiste hiërarchische verhouding betreft, acht de XIe Senat bovendien relevant dat het Hof in zijn arrest betreffende artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn (Ampliscientifica en Amplifin [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 19]) de formulering heeft gebezigd „de afhankelijke persoon (personen) in de zin van deze bepaling”. Dit zou wederom voor de vereiste van een hiërarchische verhouding kunnen pleiten [OMISSIS].

## 5. Derde prejudiciële vraag

a) De XIe Senat is in wezen van mening dat het niet mogelijk is § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG conform de richtlijn aldus uit te leggen dat onder de genoemde „rechtspersonen” ook personenvennootschappen vallen **[Or. 26]** en dat een financiële, economische en organisatorische „integratie” los van een

hiërarchische verhouding reeds bij een nauwe financiële, economische en organisatorische „verbondenheid” kan bestaan.

Het is juist dat een rechterlijke instantie het nationale btw-recht zoveel mogelijk dient uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante Unierechtelijke bepalingen (zie bijvoorbeeld arrest Hof van 11 juli 2002, Marks & Spencer [C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, UR 2002, 436, punt 24, met verdere verwijzingen]). Een richtlijnconforme uitlegging is echter slechts mogelijk wanneer er in het concrete geval verschillende uitleggingsmogelijkheden bestaan. De XIe Senat betwijfelt echter dat een uitlegging kan worden gegeven die indruist **[Or. 27]** tegen de bewoordingen en strekking van een wettekst – hetgeen in casu met betrekking tot § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG eventueel vereist is (zie bijvoorbeeld arrest Hof van 24 januari 2012, Dominguez [C-282/10, [OMISSIS] punt 25, met verdere verwijzingen]; [OMISSIS]). Het nationale recht maakt namelijk een onderscheid tussen „juristische Personen” (rechtspersonen) (zie § 2, lid 2, punt 2, eerste volzin, UStG) en „Personenvereinigungen” (personenverenigingen) (zie § 2, lid 1, derde zin, UStG), waarbij het laatste begrip ruimer is en in het bijzonder ook personenvennootschappen omvat [OMISSIS].

b) De XIe Senat vraagt zich derhalve af of een belastingplichtige zich rechtstreeks kan beroepen op artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

aa) Volgens de rechtspraak van het Hof en het Bundesfinanzhof kan **[Or. 27]** een belastingplichtige, wanneer de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en niet tijdig uitvoeringsmaatregelen zijn getroffen, zich op die bepalingen beroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met de richtlijn in overeenstemming is (zie bijvoorbeeld arrest Kügler [reeds aangehaald, [OMISSIS] punt 51]; [OMISSIS]).

Aan die voorwaarden is met betrekking tot artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn (artikel 11, lid 1, van de btw-richtlijn) ten dele wel [OMISSIS] en ten dele niet voldaan [OMISSIS].

bb) Tegen de mogelijkheid voor een belastingplichtige om zich op artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn te beroepen, zou kunnen pleiten dat die bepaling niet voldoende nauwkeurig is, voor zover zij verlangt dat de betrokken „personen financieel, economisch en organisatorisch nauw met elkaar verbonden zijn”.

In dit opzicht moeten echter wellicht de criteria worden toegepast die de Europese Commissie heeft voorgesteld in haar mededeling van 2 juli 2009 aan de Raad en het Europees Parlement over de btw-groepoptie waarin artikel 11 van de btw-richtlijn voorziet (COM [2009] 325 definitief, [OMISSIS] punt 3.3.4).

cc) Mocht de mogelijkheid om artikel 4, lid 4, tweede alinea, van de Zesde richtlijn in te roepen, bestaan, zou de betrokken belastingplichtige zelf kunnen bepalen of hij de rechtsgevolgen van die bepaling al dan niet laat intreden.



**[Or. 28]** Volgens de rechtspraak van het Bundesfinanzhof voorziet echter het UStG noch het Unierecht in een keuzerecht voor het intreden van de rechtsgevolgen van een btw-rechtelijke Organschaft [OMISSIS].

6. De rechtsgrondslag voor het prejudiciële verzoek is artikel 267, lid 3, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

[OMISSIS]