



Datum van inontvangstneming : 13/05/2013

T851

CURIA GREFFE  
Luxembourg  
Entrée 02 AVR. 2013

C-164/13 - ①

VI

# Hoge Raad der Nederlanden

Derde Kamer

Nr. 11/01624

8 maart 2013

|  |  |
|--|--|
| Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>931.295</u> |  |
| Luxemburg,   | 03-04-2013   |
| Fax / E-mail: .....  | De Griffier, voor deze   |
| Neergelegd op: <u>02.04.13</u>   | <u>p.o. A. aret</u><br>Mafra Manuela Ferreira<br>Hoofdadministrateur |

## Arrest

gewezen op het beroep in cassatie van Turbu.com Mobile Phone's B.V. te Bergeijk (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 25 februari 2011, nrs. 07/00410 en 07/00414, betreffende een beschikking inzake omzetbelasting.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Belanghebbende heeft verzocht om teruggaaf van omzetbelasting over het tijdvak juli 2003. Dit verzoek is door de Inspecteur bij beschikking van 5 juli 2004 afgewezen, welke beschikking, na daartegen gemaakt bezwaar, bij uitspraak van de Inspecteur is gehandhaafd.

De Rechtbank te Breda (nr. AWB 06/9) heeft het tegen die uitspraak ingestelde beroep gegrond verklaard, de uitspraak van de Inspecteur vernietigd en een teruggaaf verleend.

Zowel belanghebbende als de Inspecteur heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld bij het Hof. Zowel belanghebbende als de Inspecteur heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Het Hof heeft de uitspraak van de Rechtbank vernietigd en het bij de Rechtbank ingestelde beroep ongegrond verklaard. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

## 2. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft de zaak doen toelichten door mr. J.J. Vetter, advocaat te Amsterdam.

De Advocaat-Generaal M.E. van Hilten heeft op 19 april 2012 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie. De conclusie van de Advocaat-Generaal is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

## 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1.1. In het onderhavige tijdvak - juli 2003 - handelde belanghebbende in mobiele telefoons. Bij haar aangifte omzetbelasting over dit tijdvak heeft belanghebbende leveringen naar lidstaten van de Europese Unie aangegeven met toepassing van het nultarief. Tevens heeft zij bedragen aan in rekening gebrachte omzetbelasting in aftrek gebracht. Dit een en ander resulteerde in een verzoek om teruggaaf van omzetbelasting.

3.1.2. De hiervoor in 3.1.1 vermelde in rekening gebrachte bedragen hebben onder meer betrekking op door Phones4You International B.V. (hierna: de leverancier) aan belanghebbende verrichte leveringen van telefoons. Belanghebbende heeft deze telefoons doorverkocht en geleverd. Belanghebbende beschikt over inkoopfacturen (hierna: de facturen) die zijn voorzien van de naam Phones4You, van een logo en van het adres Schiekade 830 te Rotterdam. Belanghebbende heeft de op de facturen vermelde bedragen overgemaakt naar het op de facturen vermelde bankrekeningnummer.

3.1.3. De leverancier stond in het onderhavige tijdvak bij de Kamer van Koophandel ingeschreven, met als enig aandeelhouder en directeur R.E. Brouwer te Schoonhoven, met wie belanghebbende in verband met de vaststelling van de identiteit van de leverancier contact heeft gehad en van wie belanghebbende een kopie van zijn paspoort heeft ontvangen. Volgens de inschrijving bij de Kamer van Koophandel had de leverancier als adres Schiekade 830 te Rotterdam.

3.1.4. Op het adres Schiekade 830 bevond zich een pand met verhuurde kantoorruimten. In dat pand bevond zich een brievenbus die op naam van Phones4You was gehuurd van de exploitant van het gebouw. Voorts was door die exploitant aan Phones4You een telefoonnummer ter beschikking gesteld. Die telefoonaansluiting was doorgeschakeld naar het nummer van een mobiele telefoon.

3.1.5. De Inspecteur heeft zich op het standpunt gesteld dat de facturen niet de in artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (tekst 2003; hierna: de Wet) in samenhang met artikel 35

van de Wet vereiste gegevens bevatten. Daarbij achtte hij van belang dat de facturen de naam Phones4You dragen en dat in het register van de Kamer van Koophandel een onderneming met deze naam niet is aangetroffen maar slechts een onderneming met de naam van de leverancier, welke naam echter niet op de facturen voorkomt, en voorts dat de verhuurder van de kantoren aan de Schiekade 830 te Rotterdam heeft verklaard geen kantoorruimte aan Phones4You te hebben verhuurd. Op grond van dit een en ander heeft de Inspecteur zich op het standpunt gesteld dat belanghebbende geen recht op aftrek heeft ter zake van de door de leverancier in rekening gebrachte bedragen aan omzetbelasting.

3.2. De hiervoor in 3.1.1 vermelde bedragen hebben voorts betrekking op aan belanghebbende verrichte leveringen van telefoons die haar in rekening zijn gebracht op facturen die staan op naam van Campos Holding B.V. (hierna: Campos). Belanghebbende heeft deze telefoons doorverkocht en geleverd. Belanghebbende heeft de op de facturen vermelde bedragen overgemaakt naar het op de facturen vermelde bankrekeningnummer.

De Inspecteur heeft zich op het standpunt gesteld dat niet Campos maar een derde de telefoons aan belanghebbende heeft geleverd en dat ter zake van die leveringen geen omzetbelasting is voldaan, terwijl belanghebbende wist of had moeten weten dat hier sprake was van btw-fraude. Naar de mening van de Inspecteur had belanghebbende daarom geen recht op aftrek van de hier bedoelde in rekening gebrachte omzetbelasting.

3.3. De hiervoor in 3.1.1 vermelde leveringen naar andere lidstaten hebben onder meer betrekking op de op

facturen van belanghebbende vermelde afnemer Unique Leisurewear Ltd (hierna: Unique). De goederen zijn in opdracht van belanghebbende door een derde vervoerd naar het Verenigd Koninkrijk. Na aankomst in die lidstaat werden de goederen voor rekening van belanghebbende opgeslagen bij een andere derde. Na verloop van tijd werden de goederen op naam van Unique afgehaald. De betaling voor de goederen is overgemaakt vanaf een bankrekening die niet op naam van Unique stond. Voorts heeft Unique op een desbetreffende vraag om informatie van de Engelse belastingdienst ontkend goederen van belanghebbende te hebben ontvangen of betalingen te hebben verricht.

De Inspecteur heeft zich op het standpunt gesteld dat belanghebbende met betrekking tot voormelde leveringen de toepasselijkheid van het nultarief onvoldoende heeft doen blijken.

3.4. De Inspecteur heeft het verzoek om teruggaaf afgewezen.

#### 4. Beoordeling van de middelen

4.1. Het Hof heeft geoordeeld dat voor zover belanghebbende heeft bedoeld (nader) bewijs door middel van het horen van getuigen te willen bijbrengen, dit bewijsaanbod als ingetrokken moet worden beschouwd doordat belanghebbende ná de schorsing van het onderzoek ter zitting schriftelijk heeft toegestemd in het achterwege blijven van een nadere zitting.

4.2. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat - gelet op de verklaringen van de verhuurder van de kantoren aan de Schiekade 830 te Rotterdam - Phones4You, de naam die op

de facturen als onderneming was vermeld, of de leverancier, waarvoor Phones4You naar belanghebbende heeft gesteld de handelsnaam is, niet was gevestigd op dit adres. Naar het oordeel van het Hof is daarmee niet voldaan aan het in artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet in samenhang met artikel 35 van de Wet voor aftrek opgenomen vereiste dat de factuur de naam en het adres vermeldt van de ondernemer die de levering of de dienst verricht. Deze constatering verhindert naar 's Hofs oordeel de door belanghebbende bepleite aftrek.

4.3. Met betrekking tot het recht op aftrek ter zake van de op naam van Campos opgemaakte facturen heeft het Hof geoordeeld dat "belanghebbende willens en wetens betrokken is geweest bij de orchestratie van btw-fraude en dat bij de uitvoering daarvan niet altijd even nauwkeurig is gewerkt". De desbetreffende aftrek heeft het Hof om die reden niet toegestaan.

4.4. Met betrekking tot de leveringen aan Unique heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende niet alles heeft gedaan wat redelijkerwijs binnen haar mogelijkheden lag om te zorgen dat zij niet bij btw-fraude betrokken raakte. Onder meer de omstandigheid dat belanghebbende niet heeft gecontroleerd of geleverd was aan de persoon die op de facturen als afnemer stond vermeld, ook niet toen bleek dat was betaald door een ander dan degene die op de factuur als afnemer stond vermeld, duidt erop, aldus het Hof, dat belanghebbende een werkzaam aandeel had in btw-fraude. Naar 's Hofs oordeel heeft de Inspecteur de toepassing van het nultarief terecht geweigerd.

4.5. Met betrekking tot andere in 3.1.1 bedoelde leveringen heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende geen belang heeft bij haar grieven tegen het oordeel van de Rechtbank, omdat deze - gelet op de andere correcties - niet tot een teruggaaf van omzetbelasting kunnen leiden.

4.6. Middel I richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de hiervoor in 4.2 weergegeven oordelen van het Hof.

Artikel 35, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet verplicht de ondernemer ter zake van zijn leveringen en diensten aan een andere ondernemer of aan een rechtspersoon, andere dan ondernemer, een genummerde en gedagtekende factuur uit te reiken, waarin op duidelijke en overzichtelijke wijze onder meer zijn naam en adres zijn vermeld. Hiermee is in de eerste plaats uitvoering gegeven aan het bepaalde in artikel 22, lid 3, letter a, van de Zesde richtlijn dat inhoudt dat de belastingplichtige een factuur moet uitreiken voor goederen die hij heeft geleverd aan of diensten die hij heeft verricht voor een andere belastingplichtige of een niet-belastingplichtige rechtspersoon. Voorts is met het bepaalde in artikel 35, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet uitvoering gegeven aan artikel 22, lid 3, letter b, van de Zesde richtlijn dat bepaalt dat op de factuur de volledige naam en het volledige adres van de belastingplichtige moeten worden vermeld. Indien de hiervoor bedoelde gegevens op de factuur ontbreken dan wel onjuist of onvolledig zijn, kan niet gesproken worden van een op de voorgeschreven wijze opgemaakte factuur in



de zin van artikel 15, lid 1, van de Wet (artikel 18, lid 1, aanhef en letter a, van de Zesde richtlijn).

In beginsel moet onder het op duidelijke en overzichtelijke wijze vermelden van de naam en het adres in de zin van artikel 35, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet worden verstaan het vermelden van de volledige naam van de ondernemer en diens volledige adres. Van belang hierbij is dat aan de hand van deze gegevens de ondernemer die de op de factuur vermelde prestatie heeft verricht, is te identificeren en te traceren. Aan de vereisten van artikel 35, lid 1, aanhef en letter b, van de Wet is daarom voldaan indien de ondernemer aan de hand van de op de factuur vermelde naam en het op de factuur vermelde adres kan worden geïdentificeerd en getraceerd.

4.7. Indien het Hof voor het antwoord op de vraag of op de facturen de in artikel 35, lid 1, letter b, van de Wet bedoelde naam en adres van de leverancier zijn vermeld, hiervan niet is uitgegaan, heeft het een onjuiste maatstaf aangelegd. Indien het Hof is uitgegaan van de juiste maatstaf, is zijn oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, aangezien de hiervoor in 3.1.3 en 3.1.4 vermelde omstandigheden niet uitsluiten dat de leverancier aan de hand van de op de facturen vermelde naam en het op de facturen vermelde adres kon worden geïdentificeerd en getraceerd. Middel I slaagt derhalve. Gelet hierop komt de Hoge Raad niet toe aan behandeling van middel II dat betoogt dat door de toepassing die het Hof met betrekking tot het adresvereiste van artikel 35, lid 1, letter a, van de Wet geeft de uitoefening van het recht op aftrek te moeilijk wordt gemaakt.

4.8. De middelen III en IV betogen in de eerste plaats dat het Hof ten onrechte niet is ingegaan op het door belanghebbende gedane beroep op het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 24 april 1991, V-N 1991, blz. 1294, waarin de Staatssecretaris regels geeft met betrekking tot de aftrek van omzetbelasting die is vermeld op facturen die niet voldoen aan de wettelijke vereisten. De middelen slagen in zoverre, aangezien belanghebbende inderdaad beroep op dat besluit heeft gedaan en het Hof hierover geen oordeel heeft gegeven.

Voor zover deze middelen betogen dat het Hof ten onrechte niet is ingegaan op het door belanghebbende gedane beroep op de Resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 23 april 1986, V-N 1986, blz. 1125, wordt het terecht voorgesteld, maar kan het in zoverre niet tot cassatie leiden, aangezien deze resolutie ziet op de gevallen waarin op een factuur ten onrechte dan wel te veel omzetbelasting in rekening is gebracht en hiervan in dit geval geen sprake is.

4.9.1. De middelen V en VI zijn gericht tegen het hiervoor in 4.3 omschreven oordeel van het Hof met betrekking tot het afwijzen van het recht op aftrek ter zake van de op naam van Campos opgemaakte facturen.

4.9.2. Middel VI betoogt dat het Hof heeft nagelaten te behandelen de door belanghebbende aangevoerde grieven omtrent schending van het vertrouwensbeginsel alsmede schending van de beginselen van een goede procesorde vanwege de omstandigheid dat de Inspecteur eerst ter zitting van het Hof, op 18 juni 2009, zes jaren na het verzoek van belanghebbende tot teruggave van omzetbelasting, heeft aangevoerd dat belanghebbende wist

of had moeten weten dat ter zake van de op naam van Campos opgemaakte facturen sprake was van btw-fraude.

4.9.3. In zijn ter zitting van 18 juni 2009 aan het Hof overgelegde pleitnota heeft de Inspecteur onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 juli 2006, Axel Kittel en Recolta Recycling, nrs. C-439/04 en C-440/04, V-N 2008/3.23, en naar in het dossier vermelde feiten dan wel in de stukken van het geding aangevoerde feitelijke stellingen, aangevoerd dat belanghebbende wist of had moeten weten dat sprake was van btw-fraude en dat reeds op die grond het recht op aftrek ter zake van de op naam van Campos opgemaakte facturen diende te worden geweigerd. Het Hof heeft na een onderbreking van de zitting voor raadkameroverleg aan partijen meegedeeld dat de Inspecteur zijn in de pleitnota ingenomen standpunt naar zijn oordeel niet op een eerder moment in de procedure op deze wijze heeft verwoord en belanghebbende daarom in de gelegenheid gesteld op die stelling te reageren. Het in die reactie gevoerde verweer is beperkt gebleven tot de hiervoor in 4.9.2 aangevoerde grieven. Hoewel uit de uitspraak van het Hof niet uitdrukkelijk blijkt dat het Hof die grieven bij de beoordeling van de stelling van de Inspecteur heeft betrokken, kan middel VI niet tot cassatie leiden. De stelling van de Inspecteur werd aangevoerd ter ondersteuning van zijn standpunt in het reeds tussen partijen bestaande geschil omtrent het recht op aftrek ter zake van de op naam van Campos opgemaakte facturen. In zoverre is het Hof niet buiten de grenzen van het geschil getreden. Voorts heeft de Inspecteur geen andere feiten of feitelijke stellingen aangevoerd dan die

in de stukken van het geding waren vermeld. Op grond van een en ander hoefde het Hof de stelling van de Inspecteur daarom niet buiten beschouwing te laten op de grond dat deze te laat is aangevoerd. Aangezien uit de stukken van het geding voorts blijkt dat het Hof belanghebbende en zijn gemachtigde op hun verzoek in de gelegenheid heeft gesteld na schorsing van het onderzoek ter zitting schriftelijk op deze stelling te reageren, kan - mede gelet op hetgeen belanghebbende in die reactie aanvoert - niet worden geconcludeerd dat het Hof de goede procesorde heeft geschonden door een oordeel te geven over de stelling van de Inspecteur.

4.9.4. Middel V richt zich tegen het hiervoor in 4.3 weergegeven oordeel van het Hof dat belanghebbende willens en wetens betrokken is geweest bij btw-fraude. Het middel slaagt. Zonder nadere motivering die ontbreekt is onbegrijpelijk het oordeel van het Hof dat uit de in onderdeel 4.15 van zijn uitspraak vermelde feiten, in onderlinge samenhang bezien, kan worden geconcludeerd dat belanghebbende willens en wetens betrokken is geweest bij de "orchestratie" van btw-fraude.

4.10. Middel IV richt zich onder meer tegen de feitelijke vaststellingen in onderdelen 2.7.6, eerste volzin, alsmede onderdeel 2.8.6, eerste volzin, van 's Hofs uitspraak dat zowel Phones4You als Campos slechts één, niet op het onderhavige tijdvak betrekking hebbende aangifte omzetbelasting heeft ingediend en gedurende haar gehele bestaan geen omzetbelasting op aangifte heeft voldaan. Het middel voert aan dat in hoger beroep deze feiten zijn betwist. Aangezien in hoger beroep de hiervoor bedoelde feiten inderdaad zijn betwist, had het

Hof, zonder nadere motivering, die ontbreekt, deze feiten niet als vaststaand mogen vermelden. Mitsdien slaagt het middel in zoverre.

4.11.1. De middelen VIII tot en met X richten zich tegen de hiervoor in 4.4 weergegeven oordelen met het betoog dat het Hof ten onrechte belanghebbende de toepassing van het nultarief ter zake van de leveringen aan Unique heeft onthouden.

4.11.2. Ingevolge artikel 9, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet op de omzetbelasting 1968 in verbinding met post a.6 van de bij deze wet behorende tabel II geldt het nultarief voor leveringen van goederen die worden vervoerd naar een andere lidstaat, wanneer deze goederen aldaar zijn onderworpen aan heffing van belasting ter zake van een intracommunautaire verwerving. Op een belastingplichtige rust de last te bewijzen dat de goederen in een andere lidstaat aan deze heffing zijn onderworpen. Aan die last is voldaan wanneer aannemelijk is dat de goederen in het kader van de levering naar een andere lidstaat zijn vervoerd en aldaar zijn ontvangen door een (rechts)persoon die in dat kader belasting ter zake van een intracommunautaire verwerving verschuldigd is. Aan de bewijslevering dat de afnemer hiertoe gehouden was, waren in het onderhavige tijdvak geen bijzondere eisen gesteld. Zie voor dit een en ander HR 15 april 2011, nr. 09/00552, LJN BM9147, BNB 2011/159.

4.11.3. Uit 's Hof's uitspraak blijkt niet of het Hof van oordeel is geweest dat aan de hiervoor omschreven wettelijke voorwaarden voor de toepassing van het nultarief ter zake van de leveringen aan Unique niet is voldaan. Het Hof heeft vastgesteld dat belanghebbende de

goederen naar het Verenigd Koninkrijk heeft doen overbrengen, maar de uitspraak van het Hof geeft geen blijk ervan dat het Hof heeft beoordeeld of de goederen zijn geleverd aan een persoon die ter zake van de levering een intracommunautaire verwerving verrichtte.

Indien aan het oordeel van het Hof ten grondslag heeft gelegen het oordeel dat aan de laatstvermelde wettelijke voorwaarde niet werd voldaan, reeds omdat de betalingen voor de leveringen zijn gedaan door een ander dan degene die op de factuur als afnemer is vermeld en/of omdat belanghebbende niet de nodige zorgvuldigheid heeft betracht, getuigt zijn oordeel van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien deze omstandigheden geen grondslag kunnen vormen om een ondernemer het recht op toepassing van het nultarief te onthouden.

Voor zover aan het oordeel van het Hof ten grondslag heeft gelegen het oordeel dat ook indien aan de hiervoor in 4.11.2 omschreven wettelijke voorwaarden is voldaan, belanghebbende geen recht heeft op toepassing van het nultarief omdat hij een werkzaam aandeel had in btw-fraude, is het Hof buiten de rechtsstrijd getreden, aangezien de Inspecteur voor het Hof niet heeft gesteld dat belanghebbende met betrekking tot de intracommunautaire leveringen betrokken is geweest bij fraude.

4.11.4. Op grond van hetgeen hiervoor in 4.11.3 is overwogen, slagen de middelen VII tot en met X in zoverre.

4.12. Middel XII richt zich tegen het hiervoor in 4.1 vermelde oordeel van het Hof dat het door belanghebbende aangeboden getuigenbewijs als ingetrokken

moet worden beschouwd omdat zij heeft ingestemd met het afzien van een tweede zitting. Het middel slaagt. Belanghebbende heeft ermee ingestemd een nadere mondelinge behandeling achterwege te laten. In die instemming ligt niet besloten dat belanghebbende tevens afziet van bewijslevering overeenkomstig het voordien gedane bewijsaanbod. Uit het oordeel van het Hof blijkt niet waarom dat hier anders zou zijn.

4.13.1. Voor het geval naar aanleiding van het hiervoor in 4.6, 4.7 en 4.11.3 overwogene na verwijzing komt vast te staan dat ter zake van de hiervoor in 3.2 bedoelde facturen is voldaan aan de vereisten van artikel 35, lid 1, van de Wet, alsmede dat de leveringen waarop deze facturen betrekking hebben, deel uitmaakten van een keten van handelingen die was gericht op btw-fraude en dat belanghebbende zich daarvan bewust was of had moeten zijn, is het volgende van belang.

4.13.2. Op grond van artikel 17, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn (thans: artikelen 167 en 168, BTW-richtlijn 2006) verlenen de lidstaten aan iedere belastingplichtige recht op aftrek of op teruggaaf van - onder meer - de btw, welke in het binnenland is verschuldigd of is voldaan voor de door een andere belastingplichtige aan hem geleverde of te leveren goederen en voor de te zijnen behoeve verrichte of te verrichten diensten. Dat recht op aftrek of teruggaaf bestaat overeenkomstig artikel 17, lid 3, aanhef en letter b, van de Zesde richtlijn (thans: artikel 169, aanhef en letter b, BTW-richtlijn 2006) ook voor de in artikel 17, lid 2, bedoelde btw, voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor - onder meer - door de

belastingplichtige verrichte handelingen die overeenkomstig artikel 28quater, A, (thans: artikel 138, lid 1, BTW-richtlijn 2006) zijn vrijgesteld.

Om zijn recht op aftrek uit te oefenen moet de belastingplichtige op grond van artikel 18, lid 1, aanhef en letter a, van de Zesde richtlijn (thans: artikel 178, aanhef en letter a, BTW-richtlijn 2006) voor de in artikel 17, lid 2, onder a, bedoelde aftrek, in het bezit zijn van een overeenkomstig artikel 22, lid 3, opgestelde factuur.

In de Nederlandse wetgeving is het hiervoor omschreven recht op aftrek ten uitvoer gelegd in artikel 15, lid 1, van de Wet. Ingevolge deze wettelijke bepaling geldt het recht op aftrek voor belasting welke in het tijdvak van aangifte door andere ondernemers ter zake van door hen aan de ondernemer verrichte leveringen en verleende diensten in rekening is gebracht op een op de voorgeschreven wijze opgemaakte factuur, een en ander voor zover de desbetreffende goederen en diensten door de ondernemer worden gebezigd in het kader van zijn onderneming.

4.13.3. Gedurende het onderwerpelijke jaar gold in Nederland voor de toepassing van het recht op aftrek niet als wettelijke voorwaarde dat de belastingplichtige niet bewust betrokken is bij ontduiking van btw of btw-fraude.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat de justitiabele die betrokken is bij bedrog of misbruik geen beroep op het recht van de Europese Unie kan doen en dat het in voorkomend geval door een lidstaat toepassen van een in een nationale wet neergelegde antifraudebepaling niet in strijd is met het recht van de



Europese Unie (vgl. HvJ 6 juli 2006, Kittel en Recolta, gevoegde zaken C-439/04 en C-440/04, V-N 2006/42.13, HvJ 7 december 2010, R, C-285/09, V-N 2011/2.11 en HvJ 6 december 2012, Bonik EOOD, C-285/11, V-N 2013/2.21). De vraag rijst of de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de toepassing van het recht op aftrek dienen te weigeren wanneer op basis van objectieve gegevens vaststaat dat sprake is van fraude of misbruik en de belastingplichtige wist of had moeten weten dat hij daaraan deelnam, ook indien de nationale wet niet erin voorziet de aftrek te weigeren. Met andere woorden, heeft het in de bedoelde arresten van het Hof van Justitie neergelegde beginsel van Europees recht dat een belastingplichtige die betrokken is bij btw-fraude of misbruik geen recht kan doen gelden op de vrijstelling voor intracommunautaire leveringen en het recht op aftrek, rechtstreekse werking?

Of dient voor de toepassing van dit beginsel een grondslag aanwezig te zijn in nationale wettelijke bepalingen?

Voor een bevestigend antwoord op de eerste vraag kan worden aangevoerd dat uit de arresten van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het gaat om een beginsel van Europees recht dat zich zou kunnen lenen voor rechtstreekse werking en daarmee voor toepassing door de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties.

Voor een bevestigend antwoord op de laatste vraag pleit het beginsel van legaliteit. Het is in beginsel aan de lidstaten om wettelijke maatregelen te nemen ter voorkoming van fraude of misbruik. Belanghebbende heeft met betrekking tot de toepassing van het recht op aftrek

geen beroep gedaan op het recht van de Europese Unie, maar uitsluitend op het nationale recht.

4.14. Gelet op het hiervoor in 4.13 overwogene zal de Hoge Raad op de voet van artikel 267 VWEU een vraag voorleggen aan het Hof van Justitie met betrekking tot de uitlegging van het recht van de Unie.

### 5. Beslissing

De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vraag:

Dienen de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties op grond van het recht van de Europese Unie het recht op aftrek te weigeren wanneer op basis van objectieve gegevens vaststaat dat met betrekking tot de desbetreffende goederen sprake is van btw-fraude en de belastingplichtige wist of had moeten weten dat hij daaraan deelnam, indien de nationale wet niet erin voorziet onder die omstandigheden het recht op aftrek te weigeren?

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.A.C.A. Overgaauw als voorzitter, en de raadsheren D.G. van Vliet, E.N. Punt, C.H.W.M. Sterk en M.A. Fierstra, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2013.

