

## **HvJ: geen btw-aftrek bij 'parkeren' opgehaald kapitaal na mislukte overname deelneming**

Op 12 november 2020 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) uitspraak gedaan in de zaak Sonaecom (C-42/19). Het HvJ volgt de conclusie van [advocaat-generaal Kokott](#) (hierna: A-G) en oordeelt dat btw-aftrek is toegestaan op ingekochte diensten bij een voorgenomen, maar niet-gerealiseerde aankoop van aandelen. Daarnaast bevestigt het HvJ dat het 'parkeren' van kapitaal in de vorm van een verstrekte rentedragende lening leidt tot een btw-aftrekbeperking op daarmee verband houdende kosten. Veel overnametrajecten staan door de coronacrisis even 'on hold'. De onderhandelingen zijn bijvoorbeeld niet definitief beëindigd, maar partijen blijven met elkaar in gesprek. Ook zonder een crisis komt het voor dat een overname of investering voor een bepaalde periode vooruitgeschoven wordt. Het is dan voor de investerende partij belangrijk om te anticiperen op de btw-gevolgen van het voorlopig opschorten van de transactie, en in het bijzonder de wijze waarop de investeerder het opgehaalde kapitaal tijdelijk wegzet.

### **1. Achtergrond**

Sonaecom is een Portugese holdingmaatschappij die zich bezighoudt met het verwerven, houden en beheren van deelnemingen. In 2005 wil zij de aandelen in Cabovisão verwerven, om er vervolgens beheersdiensten tegen vergoeding aan te verrichten. Met het oog op de verwerving laat Sonaecom marktonderzoek uitvoeren. Daarnaast schakelt Sonaecom een investeringsbank in voor het tot stand brengen van een obligatie-uitgifte, zodat met dit opgehaalde kapitaal de aandelen in Cabovisão kunnen worden verworven. De btw die is verschuldigd over de professionele diensten en over de provisie aan de investeringsbank brengt Sonaecom volledig in aftrek.

De verwerving van aandelen in Cabovisão gaat uiteindelijk niet door. Het opgehaalde kapitaal parkeert Sonaecom in de tussentijd door een rentedragende lening aan haar moedermaatschappij te verstrekken. De Portugese belastingdienst neemt het standpunt in dat Sonaecom de btw op zowel de professionele diensten als de btw over de provisie van de investeringsbank niet in aftrek had mogen brengen, omdat de kosten niet voor btw-belaste handelingen zouden zijn gemaakt. De Portugese rechter besluit daarop prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ over de aftrekbaarheid van btw op de genoemde kosten.

### **2. Overwegingen en oordeel HvJ**

Net als A-G Kokott stelt het HvJ eerst vast dat Sonaecom een gemengde holding is. Zij verricht voor de btw zowel economische activiteiten (beheersdiensten aan deelnemingen tegen vergoeding) als niet-economische activiteiten (passief houden van deelnemingen). Afgezien van de intentie om de aandelen in Cabovisão te verwerven, heeft Sonaecom ook het voornemen om met btw belaste diensten tegen vergoeding aan deze (potentieel toekomstige) deelneming te verrichten.

Het uitgangspunt is dat bij het verrichten van uitsluitend niet-economische activiteiten, zoals het *passief* verwerven en houden van aandelen, geen btw-aftrekrecht bestaat.

Pas zodra een holding met btw belaste diensten verricht aan haar deelneming, of daartoe het voornemen heeft, is sprake van het *actief* houden van aandelen en is de btw op toerekenbare kosten wel aftrekbaar.

Vervolgens gaat het HvJ in op de omvang van de btw-aftrek op professionele diensten. Anders dan de A-G concludeerde, oordeelt het HvJ dat de professionele diensten (marktonderzoek) algemene kosten betreffen en dus niet als directe kosten zijn te beschouwen. Een directe link met btw belaste diensten door de holding aan de deelneming ontbreekt, aldus het HvJ.

Deze kosten hebben aldus een samenhang met de algehele bedrijfsactiviteit van Sonaecom. Hiermee verduidelijkt het HvJ zijn eerdere oordeel in de zaak [Ryanair \(C-249/17\)](#). Daarin oordeelde het HvJ dat btw-aftrek op professionele diensten bij een mislukte overname in beginsel is toegestaan, maar was het niet geheel duidelijk of het HvJ deze diensten aanmerkte als directe of algemene kosten. Het HvJ heeft nu verduidelijkt dat deze kosten algemene kosten betreffen. De hoogte van het btw-aftrekrecht wordt in dat geval bepaald door de algehele bedrijfsactiviteit van een holding.

Tot slot gaat het HvJ in op de btw-aftrek ter zake van provisies die zijn betaald aan de investeringsbank voor het tot stand brengen van een obligatie-uitgifte. Het HvJ overweegt of voor het btw-aftrekrecht op de provisies het *voorgenomen* btw-belaste gebruik of het *daadwerkelijke* btw-vrijgestelde gebruik van het kapitaal doorslaggevend is. Sonaecom was aanvankelijk voornemens het aangetrokken kapitaal uit de obligatie-uitgifte in te zetten voor de aankoop van Cabovisão (de toekomstige deelneming). Toen dit niet doorging, heeft Sonaecom het kapitaal geparkeerd door een rentedragende lening aan haar moedermaatschappij te verstrekken: een van btw vrijgestelde activiteit. Het HvJ bevestigt, in overeenstemming met de A-G, dat voor het btw-aftrekrecht het *daadwerkelijke* gebruik van de diensten doorslaggevend is. Omdat de diensten daadwerkelijk zijn gebruikt voor een btw-vrijgestelde activiteit, is de btw op de betaalde provisies volgens het HvJ niet aftrekbaar.

### **3. Nederlandse praktijk en mogelijkheden voor btw-aftrek?**

De btw-aftrek op professionele diensten bij de voorgenomen aankoop van een deelneming in de huidige Nederlandse praktijk stemt overeen met de beslissing van het HvJ in deze zaak. Het uiteindelijke btw-aftrekrecht voor deze kosten wordt ook in de Nederlandse praktijk in de regel bepaald aan de hand van de algehele bedrijfsactiviteiten van de holding, mits die het voornemen heeft om met btw belaste diensten aan de beoogde deelneming te verrichten.

Ten aanzien van de btw die drukt op professionele diensten voor het ophalen van kapitaal (zoals van een investeringsbank) hebben wij de volgende kanttekeningen.

#### *Veiligstellen btw-aftrek bij tijdelijk parkeren kapitaal*

Indien door onvoorziene omstandigheden het opgehaalde kapitaal niet direct kan worden geïnvesteerd, zijn er mogelijkheden om btw-aftrek op professionele diensten zo

veel mogelijk veilig te stellen in afwachting van een nieuwe investering. Als sprake is van bedrijfseconomische overwegingen, zien wij de volgende opties:

1. De vennootschap die het kapitaal heeft aangetrokken verstrekt een rentedragende lening aan een groepsvennootschap, met wie zij samen een fiscale eenheid btw vormt. De fiscale eenheid btw verricht met btw belaste prestaties.
2. De vennootschap die het kapitaal heeft aangetrokken verstrekt een rentedragende lening aan een groepsvennootschap die is gevestigd buiten de Europese Unie (per 1 januari 2021 valt het Verenigd Koninkrijk hier ook onder).
3. Het kapitaal wordt aangehouden, om op een later moment alsnog een aankoop deelneming te realiseren waaraan btw-belaste diensten zullen worden verleend. Het is dan essentieel om met objectieve documentatie te kunnen aantonen dat die intentie inderdaad bestaat.

#### *Btw-vrijstelling in Nederland op provisie van financiële instelling*

De provisie van een financiële instelling voor het regelen en tot stand brengen van een obligatie-uitgifte zou in Nederland – anders dan kennelijk in de zaak Sonaecom – zijn vrijgesteld van btw. Daarmee zou in Nederland eventuele niet-afrekbare btw op een dergelijke provisie van een financiële instelling niet aan de orde moeten zijn.

#### **4. Wat kunt u nu doen?**

Indien de beoogde aankoop van een deelneming door omstandigheden – bijvoorbeeld als gevolg van de coronacrisis – niet gerealiseerd kan worden, dan is het raadzaam om de btw-gevolgen nader te onderzoeken. Dat geldt in bredere zin ook voor andere situaties waarin een onderneming kapitaal ophaalt voor een investering in een met btw belaste sfeer maar waarbij de investering door omstandigheden wordt uitgesteld. Afhankelijk van de wijze waarop dat opgehaalde kapitaal tijdelijk wordt weggezet, kan dit aanzienlijke gevolgen hebben voor het uitgeoefende btw-aftrekrecht. Ondanks de uitspraak van het HvJ in de zaak Sonaecom bestaan er toch verschillende mogelijkheden om tot volledige dan wel meer optimale btw-aftrek op professionele diensten te komen.

Wilt u van gedachten wisselen over dit arrest en/of in meer brede zin over de strategie die u kunt ontwikkelen in het kader van acquisities en overnames, neemt u dan gerust contact op met de adviseurs van de Indirect Tax Group van Meijburg & Co, of met uw gebruikelijke adviseur.

Meijburg & Co  
16 november 2020

*De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder*

*adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.*