

## **Advocaat-generaal: btw bij strategische overnames aftrekbaar**

Op 3 mei 2018 heeft advocaat-generaal Kokott (hierna: A-G Kokott) van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) conclusie genomen in de zaak Ryanair (C-249/17). Het ging hierbij over de aftrekbaarheid van btw op professionele diensten. Ryanair had die diensten ingekocht omdat het bedrijf aandelen in haar concurrent Aer Lingus wilde overnemen. De High Court of Ireland besliste eerder dat de btw op deze professionele diensten niet in aftrek kan worden gebracht omdat de overnamepoging uiteindelijk is mislukt. A-G Kokott kiest een andere richting en concludeert dat Ryanair de btw op professionele diensten wel in aftrek mag brengen. Het uiteindelijke arrest in deze zaak, dat nog moet volgen, kan van groot belang zijn voor bijvoorbeeld private equity-ondernemingen en de M&A-praktijk binnen concerns.

### **Conclusie A-G Kokott**

A-G Kokott typeert Ryanair als een operationele onderneming – te onderscheiden van de klassieke financiële holding – die bedrijfsactiviteiten uitoefent op de luchtvaartmarkt en daarmee omzet genereert. De beoogde overname van concurrent Aer Lingus door het verwerven van al haar aandelen kan naar de mening van de A-G worden vergeleken met de situatie waarin een onderneming fysieke arbeidsmiddelen en installaties van een concurrent wenst te verkrijgen (en niet slechts de aandelen om louter dividenden op te strijken). Bij een dergelijke ‘functionele benadering’ past het dat voor de btw-aftrek op begeleidingskosten wordt gekeken naar de beoogde omzet uit de operationele luchtvaartactiviteiten. Volgens de A-G bestaat er een rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de ingekochte professionele diensten bij de verwerving van aandelen in Aer Lingus en de prijs van de luchtvervoersactiviteiten. Ryanair zou deze kosten immers hoe dan ook in de vluchtprijzen moeten verrekenen, wil zij rendabel opereren. De A-G suggereert daarmee dat Ryanair recht op aftrek van voorbelasting heeft conform het (pro rata) btw-aftrekrecht dat geldt voor haar algehele bedrijfsactiviteiten, ook als de overname uiteindelijk niet slaagt.

### **Mogelijke beslissing van HvJ?**

De A-G werkt in haar conclusie de zogenoemde verlengstukgedachte verder uit, en wel op zodanige wijze dat ook buiten de situatie van een mislukte aandelenovername btw-aftrekmogelijkheden bestaan voor holdingsituaties binnen een concernverband. De A-G geeft daarmee een voor de praktijk zeer welkome invulling aan de verlengstukgedachte. Wij kunnen ons voorstellen dat het HvJ de uitkomst van deze conclusie op zich wel wenselijk acht, maar houden er rekening mee dat het HvJ daarbij mogelijk een andere route kiest. Hoewel het HvJ in eerdere arresten refereert aan de verlengstukgedachte, is dit in een holdingcontext tot nog toe niet eerder uitgewerkt. Wij zijn dan ook benieuwd of het HvJ zover wil meegaan met de conclusie van de A-G, of dat het HvJ de vragen zal afbakenen met inachtneming van de feiten in dit geschil en meer specifiek daarop antwoord zal geven.

### **Huidige Nederlandse praktijk en impact**

In Nederland kan de btw op begeleidingsdiensten in de regel ook in aftrek worden gebracht als een overname mislukt, mits er een objectief voornemen bestaat om met btw belaste prestaties te verrichten jegens die deelneming. Tot dit voornemen kan naar onze mening worden geconcludeerd als uit onderzoek blijkt dat de overnemer zich moeit

in het beheer van de andere reeds in bezit zijnde deelnemingen, dan wel als uit diens beleid blijkt dat nieuwe deelnemingen steeds worden toegevoegd aan de bestaande fiscale eenheid voor de btw. Voor de aftrek wordt dan aansluiting gezocht bij het normale aftrekrecht dat van toepassing is voor de algehele bedrijfsactiviteit van de belastingplichtige. Indien de verkrijgende vennootschap nog geen 'track record' heeft met bestaande deelnemingen, of haar deelnemingen altijd passief aanhoudt, dan dient in de huidige praktijk rekening te worden gehouden met niet-aftrekbare btw op de begeleidingskosten. Indien het HvJ de conclusie van de A-G evenwel volgt en de uitwerking van de verlengstukgedachte volledig overneemt, dan is een btw-aftrekbeperking mogelijk niet aan de orde in geval van een strategische overname van aandelen met het oog op de uitbreiding of wijziging van bestaande operationele activiteiten van de verkrijgende vennootschap.

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

De uitkomst in de zaak Ryanair kan mogelijk grote impact hebben op bijvoorbeeld private equity-ondernemingen alsmede de M&A-praktijk van concerns. Bent u van plan overnames te doen, dan is het raadzaam tijdig uw btw-positie te bezien. Het is met inachtneming van deze conclusie nog steeds verstandig al in een vroeg stadium van de overname objectief te onderbouwen dat het gaat om een strategische overname en dat u van plan bent jegens de beoogde deelneming met btw belaste handelingen te gaan verrichten. Zo kunt u de aftrek van voorbelasting zo veel mogelijk trachten veilig te stellen, ook als de overname mislukt.

Indien u op dit moment in discussie bent met de Belastingdienst en aan u naheffingsaanslagen zijn of worden opgelegd, dan adviseren wij u ter behoud van rechten bezwaar aan te tekenen onder verwijzing naar de zaak Ryanair, in het bijzonder de conclusie van A-G Kokott. Mogelijk is het in voorkomende gevallen zinvol om de uitspraak van het HvJ in deze zaak af te wachten. Uiteraard kunnen de adviseurs van de Indirect Tax en M&A Group van Meijburg & Co u verder assisteren met deze problematiek. Neemt u gerust contact op met een van hen of met uw gebruikelijke adviseur.

Meijburg & Co  
mei 2018

*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.*