

A-G HvJ: btw-aftrekbeperking bij 'parkeren' opgehaald kapitaal in afwachting van nieuwe investering

Op 14 mei 2020 heeft advocaat-generaal Kokott (hierna: A-G Kokott of A-G) van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) conclusie genomen in de zaak Sonaecom (C-42/19). De zaak draait om btw-aftrek op professionele diensten bij een voorgenomen, maar uiteindelijk niet-gerealiseerde aankoop van aandelen. Hoewel het HvJ hierover recent al heeft geoordeeld in de zaak [Ryanair \(C-249/17\)](#), onderscheidt deze casus zich door het gewijzigde gebruik van het kapitaal dat was opgehaald om de deelneming mee te verwerven. Door het rentedragend 'parkeren' van kapitaal binnen de groep loopt Sonaecom volgens de A-G tegen een aftrekbeperking aan. Als gevolg van de coronacrisis kan het on hold zetten van een investering en het aanhouden van het daarvoor bestemde kapitaal vaker voorkomen. Indien het kapitaal wordt aangehouden in afwachting van een nieuwe investering, zien wij mogelijkheden om een btw-aftrekbeperking te voorkomen.

1. Achtergrond

Sonaecom is een Portugese holdingmaatschappij die zich bezighoudt met het verwerven, houden en beheren van deelnemingen. In 2015 wil zij de aandelen in Cabovisão verwerven, dat actief is op het gebied van audiovisueel vermaak, telefonie en internet. 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. Met het opgehaalde kapitaal wil Sonaecom de aandelen verwerven in Cabovisão, om er vervolgens diensten tegen vergoeding aan te verrichten. De btw die is verschuldigd over de professionele diensten en over de investment banking fee brengt ze 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 de professionele diensten niet in aftrek had mogen brengen. Enerzijds omdat de btw toerekenbaar is aan een niet-economische activiteit (het verwerven en beheren van een deelneming) en anderzijds omdat de btw toerekenbaar is aan een btw-vrijgestelde activiteit (lening aan de moedermaatschappij). De Portugese rechter besluit over de btw-behandeling vragen aan het HvJ te stellen.

2. Conclusie A-G Kokott

A-G Kokott begint met de vaststelling dat Sonaecom in haar opvatting een gemengde holding is. Behalve de wens om de aandelen in Cabovisão te verwerven, heeft Sonaecom ook het voornemen om diensten tegen vergoeding aan de dochtervennootschap te verlenen. Vervolgens gaat de A-G in op de omvang van btw-aftrek op de professionele diensten. Zij is van mening dat Sonaecom een volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft, ongeacht het feit dat uiteindelijk geen aandelen in Cabovisão worden verkregen. De professionele diensten zijn volgens de A-G rechtstreeks toerekenbaar aan de voorgenomen verkrijging van de deelneming en de beoogde btw-belaste diensten die

daarop zouden volgen. Het gegeven dat de aankoop uiteindelijk niet doorgaat, leidt dus niet tot de verplichting om de eerder in aftrek gebrachte btw te corrigeren.

Hoewel niet duidelijk is welke vergoeding Sonaecom aan Cabovisão had willen berekenen voor de dienstverlening, bestaat de mogelijkheid dat die vergoeding beduidend lager ligt dan de gemaakte kosten voor de afgenomen professionele diensten. Hoewel deze wanverhouding volgens de A-G een gevoel van onbehagen opwekt, is zij stellig van mening dat het recht op btw-aftrek in dergelijke gevallen niet moet worden beperkt.

Vervolgens gaat de A-G in op de btw-aftrek ter zake van de investment banking fee bij de uitgifte van obligaties. Daarbij onderzoekt zij of voor het recht op aftrek het voorgenomen btw-belaste gebruik van het kapitaal of het daadwerkelijk btw-vrijgestelde gebruik doorslaggevend is. Sonaecom was namelijk eerst van plan het kapitaal in te zetten voor de aankoop van Cabovisão, maar toen dit niet doorging heeft ze het kapitaal geparkeerd door een lening aan haar moedermaatschappij te verstrekken.

De A-G meent dat voor het recht op aftrek het daadwerkelijke gebruik van de diensten doorslaggevend is. De btw over de fee betaald aan de investeringsbank is daarom niet aftrekbaar. Volgens de A-G voert Sonaecom tevergeefs aan dat het kapitaal louter is geparkeerd bij de moedermaatschappij en later alsnog is gebruikt om deelnemingen in andere ondernemingen te kunnen kopen. Volgens de A-G bestaat in dat geval geen ruimte voor herziening van niet-aftrekbare btw, omdat de diensten van de bank bij de uitgifte van een obligatielening geen verband houden met een investeringsgoed waarop herziening mogelijk is. De niet-aftrekbaarheid van de btw op de investment banking fee is volgens de A-G daarom definitief.

3. Nederlandse praktijk en mogelijkheden voor btw-aftrek

3.1 Btw-aftrek op professionele diensten bij aankoop deelneming?

In de Nederlandse praktijk is het gebruikelijk om professionele diensten afgenomen bij de aankoop van een deelneming aan te merken als algemene kosten, mits er een voornemen bestaat om diensten tegen vergoeding aan de deelneming te verrichten. Deze lijn is gebaseerd op eerdere rechtspraak van het HvJ. A-G Kokott kiest in deze zaak voor een andere route op basis van het relatief recente arrest Ryanair (C-249/17). In die zaak oordeelde het HvJ dat Ryanair een volledig recht op aftrek had, omdat de btw op professionele diensten rechtstreeks verband hield met het voornemen om alle aandelen in een andere vennootschap te verwerven en daaraan btw-belaste diensten te verlenen. Mocht het HvJ deze conclusie volgen, dan ontstaat er wellicht een definitieve trendbreuk met oudere rechtspraak en daarmee meer ruimte voor volledige btw-aftrek bij de aankoop van deelnemingen indien daar btw-belaste diensten aan zullen worden verricht.

3.2 Btw-af trek op kosten voor uitgifte van obligaties na bestemmingswijziging opgehaald kapitaal?

De fee van een investeringsbank voor de uitgifte van obligaties zou in Nederland – anders dan in de Portugese zaak Sonaecom – zijn vrijgesteld van btw. Daarmee zou eventuele niet-af te trek bare btw voor belastingplichtigen in Nederland sowieso niet aan de orde zijn. Indien belastingplichtigen wel btw verschuldigd zijn over andersoortige diensten die verband houden met een uitgifte van obligaties maar het kapitaal daarna tijdelijk anders aanwenden dan voor beoogde belaste handelingen, is daarmee niet per definitie gezegd dat sprake is van een aftrekbeperking. Om btw-af trek zo veel mogelijk veilig te stellen bij het tijdelijk parkeren van kapitaal in afwachting van een nieuwe investering denken wij bijvoorbeeld aan de volgende drie mogelijkheden:

- 1) De vennootschap die het kapitaal heeft aangetrokken verstrekt een rentedragende lening aan een groepsvennootschap met wie zij samen een fiscale eenheid btw vormt.
- 2) De vennootschap die het kapitaal heeft aangetrokken verstrekt een rentedragende lening aan een groepsvennootschap die is gevestigd buiten de Europese Unie. Bovendien is daarbij sprake van bedrijfseconomische overwegingen.
- 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 van essentieel belang om voldoende te kunnen aantonen dat die intentie inderdaad bestaat.

Overigens is het de vraag of zonder deze mogelijkheden de btw die in een eerder tijdvak op professionele diensten in aftrek is gebracht – conform het voornemen voor btw-belast gebruik – niet ook in stand kan blijven als de bestemming van het opgehaalde kapitaal pas in een later aangiftetijdvak wijzigt. Gezegd zou mogelijk kunnen worden dat de professionele diensten reeds zijn verbruikt in het eerdere tijdvak en dat in Nederland herziening dan achterwege kan blijven.

4. Wat kunt u intussen 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. Gelet op de conclusie van A-G Kokott in de zaak Sonaecom bestaan er verschillende mogelijkheden om tot volledige btw-af trek op professionele diensten te komen. Het is echter afwachten of het HvJ de lijn van de A-G zal volgen. Los van de uitkomst blijft het van essentieel belang om vooraf de btw-gevolgen van een voorgenomen investering in beeld te hebben en na te denken over de te nemen stappen wanneer de investering onverhoopt niet gerealiseerd wordt.

Indien u van gedachten wilt wisselen over deze conclusie, neemt u dan gerust contact op met de adviseurs van de Indirect Tax Group van Meijburg & Co of met uw gebruikelijke adviseur.

Meijburg & Co
mei 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.