

## **HvJ staat geen btw-af trek toe bij inbreng in natura**

Op 8 september 2022 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) uitspraak gedaan in de zaak W GmbH (C-98/21). Hierin staat het recht op aftrek van btw centraal van een holding die btw-belaste diensten verricht en daarnaast diensten inkoopt die zij vervolgens inbrengt bij haar twee dochtervennootschappen. Het HvJ oordeelt dat in deze specifieke situatie geen recht op aftrek bestaat voor kosten direct toerekenbaar aan de inbreng. Het HvJ lijkt daarbij rekening te houden met de btw-positie van de dochtervennootschappen die nagenoeg geen recht op aftrek van btw hebben. Hoewel de uitspraak in de lijn der verwachting lag, hebben wij toch enkele kanttekeningen bij de wijze waarop het HvJ tot zijn oordeel komt.

### **1. Achtergrond en feiten**

W is een in Duitsland gevestigde vastgoedontwikkelaar met een meerderheidsbelang in twee Duitse deelnemingen (X en Y). Er bestaat geen fiscale eenheid btw tussen de entiteiten. Omdat de feiten voor de beide deelnemingen vergelijkbaar zijn, gaan we hierna enkel in op de deelneming in X.

W heeft 94% van de aandelen in X. De andere 6% wordt gehouden door Z. Deelneming X verricht handelingen die in hoge mate zijn vrijgesteld van btw. In een overeenkomst is vastgelegd dat de twee aandeelhouders W en Z een inbreng in natura (hierna: inbreng) doen in hun dochter X. Voor Z bestaat de inbreng uit geld (€ 600.000). Voor W bestaat de inbreng uit de kosteloze verrichting van diensten aan X.

De diensten – ter waarde van € 9,4 miljoen naar evenredigheid van het aandeelhoudersbelang – omvatten architectendiensten, statische berekeningen, planning van de warmte- en geluidsinstallatie, energietoevoer, netwerkaansluitingen, algemene aanneming, plaatsing en verkoop voor twee door X te bouwen gebouwen. W verricht deze diensten deels met eigen personeel of materiaal en deels door goederen en diensten bij andere ondernemingen af te nemen.

Op grond van een andere overeenkomst verricht W aan X ook boekhoudkundige en managementdiensten tegen vergoeding. Hieronder vallen onder meer de werving en het ontslag van personeel en de aankoop van materiaal. De diensten die W bij wijze van inbreng dient te verrichten zijn uitdrukkelijk van de tweede overeenkomst uitgesloten.

### **2. Overwegingen HvJ**

Het HvJ oordeelt dat een inbreng vergelijkbaar is met het houden van aandelen en daarmee geen economische activiteit vormt. De kosten gemaakt voor deze inbreng houden bovendien rechtstreeks en onmiddellijk verband met de activiteiten van X, en kunnen daarom niet worden aangemerkt als algemene kosten van W. Volgens het HvJ bestaat geen rechtstreeks en onmiddellijk verband tussen de ingekochte diensten en de door W verrichte managementdiensten, zelfs niet als W deze managementdiensten niet zou kunnen verrichten zonder de inbreng van de overige diensten in X.

### **3. Analyse oordeel HvJ**

Het lag in de lijn der verwachting dat het HvJ in deze zaak de btw-af trek bij W zou weigeren. Door btw-af trek bij W toe te staan – die X niet had gehad als hij de door W ingebrachte diensten rechtstreeks zou hebben ingekocht – zou het HvJ het btw-

systeem onder druk hebben gezet. Bovendien zou het HvJ daarmee de deur openzetten voor btw-besparingsstructuren. In recente jurisprudentie heeft het HvJ een aantal keer negatief geoordeeld voor belastingplichtigen in zaken waar btw-besparingsstructuren aan de orde waren, bijvoorbeeld in het arrest Paul Newey (C-653/11).

Toch plaatsen wij een aantal kanttekeningen bij de wijze waarop het HvJ de btw-aftreksluiting bij W beredeneert. Doordat het HvJ in dit arrest niet het leerstuk van misbruik hanteert, ontstaat het risico dat de gekozen benadering een onwenselijk brede uitleg krijgt. Het HvJ stelt onomwonden dat de inbreng een zelfstandige niet-economische activiteit is. Dit komt omdat het HvJ de inbreng gelijkstelt met het houden van aandelen. Onder omstandigheden is het houden van aandelen echter wel degelijk een economische activiteit. Naar onze mening zou dit evengoed moeten gelden voor de inbreng, omdat de inbreng niet op voorhand een doel op zichzelf hoeft te zijn maar veelal ook een middel om te komen tot de uitoefening of versterking van een onderneming. Als we kijken naar de vaste lijn die het HvJ kiest in zijn arresten over het houden van aandelen – in de context van een inbreng – zien we de volgende mogelijke situaties:

1. De holding verricht belastbare handelingen jegens haar deelneming (waarin zij een inbreng verricht).
2. De handeling (inbreng) vormt een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de belastbare activiteit (van managementdiensten tegen vergoeding en/of van de onderneming van de inbrenger).
3. De inbreng ziet op (een zelfstandig deel van) een onderneming.

Gezien de context van de onderhavige zaak gaan wij hierna uitsluitend in op mogelijkheid 1. Met het houden van aandelen en het verlenen van managementdiensten tegen vergoeding verricht W uitsluitend handelingen die resulteren in een volledig btw-aftrekrecht. W houdt daarmee de aandelen in X naar onze mening volledig in de economische sfeer. Deze kwalificatie als economische activiteit – bestaande uit het verrichten van belastbare handelingen jegens de deelneming – zou in beginsel in lijn moeten zijn met de uitspraak van het HvJ in het arrest Larentia + Minerva (C-108/14 en C-109/14). De inbreng is dan naar onze mening in wezen onlosmakelijk verbonden met de belastbare handelingen van de holding.

In het onderhavige arrest oordeelt het HvJ echter dat de inbreng moet worden gezien als een – kennelijk – aparte niet-economische activiteit. Dit roept bij ons de vraag op of het HvJ daarmee geen kunstmatige splitsing aanbrengt bij het houden van een deelneming. Naar onze mening zou kunnen worden betoogd dat als het houden van aandelen zich eenmaal in de economische sfeer voor de btw bevindt – doordat de holding belastbare handelingen verricht jegens haar deelneming – een eventuele inbreng niet tot gevolg heeft dat dan alsnog een nieuwe ‘niet-economische sfeer’ ontstaat. Het HvJ lijkt deze stap wel te nemen. De inkoop-btw die aan de inbreng toerekenbaar is, komt in die benadering dan niet voor aftrek in aanmerking. Daarmee lijkt het HvJ voor twee ankers te gaan liggen om de btw-aftrek te kunnen uitsluiten. Allereerst is de inkoop-btw niet rechtstreeks toerekenbaar aan de activiteiten van W, maar aan die van X. Bovendien beslist het HvJ dat de inbreng een niet-economische

activiteit van W vormt en dat de daaraan toerekenbare inkoop-btw niet voor aftrek in aanmerking komt. Het is ons daarom niet duidelijk welke benadering doorslaggevend is geweest voor het HvJ.

#### **4. Impact Nederlandse praktijk**

De jurisprudentie zoals het HvJ die heeft ontwikkeld rondom de holdingproblematiek en aftrek van btw blijft naar onze mening ongewijzigd. Daarnaast zijn de feiten in dit arrest behoorlijk specifiek. Wat deze zaak wel aantoonst, is dat handelingen inzake aandelen steeds weer bijzondere btw-gevolgen met zich mee kunnen brengen die vragen om maatwerk.

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

De btw-aftrekpositie van holdings blijft doorlopend in ontwikkeling en leidt zeer regelmatig tot discussies. Het is van groot belang om tijdig de btw-gevolgen van de verschillende opties te overwegen. Uiteraard zijn de adviseurs van de Indirect Tax Group van KPMG Meijburg & Co graag bereid om te kijken wat de mogelijkheden zijn voor uw specifieke situatie. Neemt u gerust contact op met een van hen of met uw gebruikelijke adviseur.

KPMG Meijburg & Co  
september 2022

*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.*