

HvJ: oogmerk van een aandelenverkoop kan het btw-afrekkrecht beperken

Op 8 november 2018 heeft het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) uitspraak gedaan in de zaak C&D Foods (C-502/17). Deze zaak gaat over de btw-afrekk op kosten die verband houden met een voorgenomen maar uiteindelijk niet gerealiseerde verkoop van aandelen. Op de vraag of er btw-afrekk op begeleidingskosten bestaat acht het HvJ het beslissend met welk oogmerk de aandelen worden verkocht. C&D Foods had als doel om met de opbrengsten uit de verkoop een schuld bij haar bank – die tevens aandeelhouder was – af te lossen. Volgens het HvJ vormt de aandelenverkoop door C&D Foods in dat geval een activiteit die buiten het bereik van de btw valt. Dit heeft tot gevolg dat de hieraan toerekenbare btw op begeleidingskosten in het geheel niet aftrekbaar is. Dit arrest heeft mogelijk grote impact op de huidige Nederlandse praktijk omtrent de verkoop van deelnemingen.

1. Beslissing HvJ

De Deense vennootschap C&D Foods maakt onderdeel uit van het internationale Arovit concern. Zij houdt indirect alle aandelen in Arovit Petfood en verleent beheer en IT-gerelateerde diensten aan deze deelneming. De aandelen van het Arovit concern komen op een zeker moment in handen van een bank, die de aandelen in het Arovit concern voor € 1 verkrijgt, omdat de toenmalige eigenaar zijn betalingsverplichtingen jegens die bank niet kon nakomen. De bank was voornemens de aandelen in Arovit Petfood te (doen) verkopen.

Voor de verkoop van aandelen in Arovit Petfood wordt een advocatenkantoor ingeschakeld, dat een ontwerpovereenkomst opstelt met een niet bij naam genoemde koper. Uiteindelijk ziet C&D Foods - de indirecte aandeelhouder van Arovit Petfood - van de verkoop af, omdat geen geschikte koper kan worden gevonden. C&D Foods brengt de btw op begeleidingskosten volledig in afrekk maar de Deense fiscus weigert een btw-teruggaaf te verlenen.

Het HvJ stelt vast dat C&D Foods met de voorgenomen verkoop van aandelen als doel heeft om openstaande schulden bij haar bank, de nieuwe aandeelhouder van de groep, af te betalen. Volgens het HvJ houdt een dergelijke aandelenverkoop geen rechtstreeks verband met de btw-belaste diensten van C&D Foods en vormt het evenmin een verlengstuk daarvan. Daarmee valt de verkoop van de deelneming buiten de werkingsfeer van de btw en bestaat geen recht op afrekk van btw op de begeleidingskosten.

2. Nadere analyse en impact op Nederlandse praktijk

Opvallend in deze zaak is dat de bank die het Arovit concern had overgenomen, van meet af aan de verkoop van Arovit Petfood beoogde. Op die manier wilde de bank bewerkstelligen dat zij niet langer als schuldeiser van het Arovit concern optrad. Het was ook de bank die voor rekening van C&D Foods de begeleidingsdiensten had geregeld. Het enige motief van de verkoop van de deelneming, was dus om met de opbrengst daarvan de oude schulden aan de bank, zijnde de nieuwe aandeelhouder, af te lossen. In deze specifieke context ontbreekt de directe link met de btw-belaste activiteiten van C&D Foods. Het HvJ lijkt hiermee een direct verband te suggereren tussen de begeleidingsdiensten en de aandeelhoudersbelangen van het Arovit concern.

Naar onze mening moet de beslissing van het HvJ in de specifieke context van de feiten worden gezien. Het arrest laat nadrukkelijk ruimte voor gehele of gedeeltelijke btw-af trek op begeleidingskosten ingeval van een aandelenverkoop, indien de verkoop plaatsvindt in het kader van een op eigen initiatief ingezette herstructurering of rationalisatie van een concern. Daarbij dient het oogmerk te bestaan om met de opbrengsten van de aandelenverkoop de btw-belastbare activiteiten van het concern te versterken. Dit is ook in eerdere rechtspraak van het HvJ bevestigd (HvJ inzake SKF, C-29/08).

In de Nederlandse praktijk worden de begeleidingskosten bij de voorgenomen verkoop van aandelen in de regel aangemerkt als algemene kosten, indien de deelneming actief wordt gehouden door het verrichten van met btw-belaste prestaties aan die deelneming, of als de deelneming is gevoegd in een btw-fiscale eenheid. Op deze kosten is het normale btw-af trekrecht van toepassing. Indien een holding de verkoop van een deelneming beoogt is het gezien de beslissing van het HvJ in deze zaak essentieel te onderbouwen met welk oogmerk dit gebeurt. Is dit uitsluitend vanwege het dienen van de bedrijfsbelangen van het concern, dan bestaat naar onze mening recht op af trek conform het normale btw-af trekrecht en de daarbij geldende beperkingen.

Daarbij merken wij op dat bij de aflossing van schulden het bedrijfsbelang van een concern wel degelijk kan worden gediend. Een verlichting in de schuldpositie van een concern heeft immers directe invloed op de kredietwaardigheid van het concern, de mogelijkheid om nieuwe contracten te sluiten met toeleveranciers, dan wel de mogelijkheid nieuwe bedrijfsactiviteiten te ontwikkelen. Daarbij geldt dat wat in bedrijfsmatige zin voor het concern van belang is, ook voor haar aandeelhouders van belang kan zijn, en in die zin is in voorkomende gevallen sprake van een gemeenschappelijk belang voor alle stakeholders. Nadere rechtsontwikkeling op dit onderwerp zal moeten uitwijzen waar de grens precies dient te worden getrokken.

3. Wat kunt u nu doen?

Gezien de beslissing van het HvJ is het van groot belang na te gaan met welk oogmerk de verkoop van een deelneming plaatsvindt en op welke wijze de opbrengsten uit die verkoop worden aangewend. Houdt uw onderneming zich bezig met de verkoop van deelnemingen (al dan niet incidenteel), dan is het beslist raadzaam om uw vaste adviseur te raadplegen om de implicaties van dit arrest door te spreken.

Deze uitkomst van dit arrest is van groot belang voor M&A-praktijken, al dan niet binnen concerns, private-equityondernemingen, maar ook voor operationele ondernemingen die deelnemingen houden. Onze specialisten van de Indirect Tax Group en de M&A Group zijn u daarbij graag van dienst.

Meijburg & Co
november 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.