

## **A-G HvJ in btw-zaak Dong Yang: dochter niet zomaar vaste inrichting van moeder**

Op 14 november 2019 heeft Advocaat-Generaal ('A-G') Kokott conclusie genomen in de zaak Dong Yang Electronics (C-547/18). Deze zaak gaat over de vraag of een dochtervennootschap die gevestigd is in de Europese Unie voor de btw aangemerkt dient te worden als een vaste inrichting van een moedervernootschap gevestigd buiten de Europese Unie. Volgens de A-G is dit niet het geval, tenzij er sprake is van een contractuele structuur die misbruik vormt. In Nederland wordt een dochtervennootschap in principe niet aangemerkt als vaste inrichting. Mocht het Hof van Justitie de conclusie van de A-G niet volgen, dan kan deze zaak grote impact hebben op de huidige Nederlandse praktijk.

### **1. Achtergrond en rechtsvragen**

Dong Yang Electronics (Polen) ('Dong Yang') assembleert printplaten voor LG Display gevestigd in Korea ('LG Korea'). Deze assemblage kwalificeert voor de btw als een dienst waarbij het heffingsrecht is toegekend aan het land waar de zakelijke afnemer is gevestigd of een vaste inrichting heeft. Dong Yang verkrijgt de onderdelen van een dochtermaatschappij van LG Korea, namelijk LG Polen Productie, terwijl LG Korea eigenaar blijft. Na assemblage, stuurt Dong Yang Electronics de printplaten weer terug naar LG Polen Productie.

Dong Yang stuurt facturen zonder btw aan LG Korea, nu zij een overeenkomst met LG Korea heeft en daarmee LG Korea als afnemer van haar diensten ziet. Daarnaast is Dong Yang door LG Korea ervan verzekerd dat LG Korea voor de btw geen vaste inrichting in Polen heeft.

De Poolse Belastingdienst stelt dat Dong Yang Poolse btw in rekening had moeten brengen aan LG Korea. Volgens de Poolse Belastingdienst kwalificeert LG Polen Productie voor de btw als vaste inrichting van LG Korea en zijn de diensten van Dong Yang Polen bestemd voor deze vaste inrichting. LG Korea heeft namelijk toegang tot het personeel en de technische middelen van LG Polen Productie via de contractuele vormgeving van het bedrijfsmodel. Dong Yang Polen had - volgens de Poolse Belastingdienst - als leverancier aan de hand van de aard en het gebruik van de verrichte dienst moeten vaststellen voor welke vaste inrichting van de afnemer de dienst werd verricht. Daartoe had zij moeten vaststellen dat LG Korea een vaste inrichting in Polen heeft.

De prejudiciële vragen die voorliggen zijn:

1. Kan uit de enkele omstandigheid dat een vennootschap met zetel buiten de Europese Unie een dochteronderneming met zetel in Polen heeft, worden afgeleid dat deze vennootschap in Polen beschikt over een vaste inrichting?
2. Zo nee, dient de leverancier verplicht de contractuele verhoudingen tussen de buiten de Europese Unie gevestigde afnemer en haar dochteronderneming in de Europese Unie te onderzoeken, om vast te stellen of er sprake is van een vaste inrichting?

## 2. Conclusie A-G en impact Nederlandse praktijk

A-G Kokott concludeert met betrekking tot de eerste vraag dat een dochteronderneming van een vennootschap met zetel buiten de EU in beginsel niet als vaste inrichting voor de btw moet worden aangemerkt. Dit volgt volgens de A-G klip en klaar uit de bewoordingen van de relevante bepalingen van de Btw-richtlijn. Een andere uitkomst is volgens de A-G slechts denkbaar indien de door de afnemer van een dienst gekozen contractuele structuur een schending van het verbod op misbruik oplevert (hetgeen in de relatie Dong Yang Polen – LG Korea niet aan de orde lijkt). Voor misbruik is onder meer noodzakelijk dat er een belastingvoordeel wordt verkregen. Doordat LG Korea de Poolse btw – zou deze verschuldigd zijn geweest – in aftrek had kunnen brengen, is er geen sprake van een belastingvoordeel. Dit was anders in het arrest DFDS (HvJ 20 februari 1997, C-260/95) waarin een dochtervennootschap de moedervernootschap ondersteunde bij de verkoop van reisdiensten.

In antwoord op de tweede vraag concludeert de A-G dat een dienstverrichter geen onderzoek hoeft te doen naar ontoegankelijke contractuele verhoudingen tussen zijn afnemer en diens dochterondernemingen om vast te stellen dat een afnemer feitelijk over deze dochtervennootschap beschikt als ware dit een vaste inrichting voor de btw. Voor zover er geen aanwijzingen van het tegendeel zijn, mag een belastingplichtige vertrouwen op een schriftelijke verklaring van zijn afnemer dat deze geen vaste inrichting heeft.

De conclusie van de A-G achten wij fiscaal rationeel en in overeenstemming met eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie. De rechtszekerheid zou erbij zijn gediend als het Hof van Justitie de conclusie zou volgen. De door de A-G genoemde uitzondering in het geval van misbruik dient naar onze mening zeer restrictief te worden toegepast. Het leerstuk van misbruik van recht betreft immers een *ultimum remedium*.

Op dit moment wordt een dochtervennootschap in Nederland in principe niet aangemerkt als vaste inrichting voor de btw. Wel blijkt uit deze conclusie het belang van de controleplicht van dienstverleners om vast te stellen wie hun afnemer is en of zij Nederlandse btw zijn verschuldigd. In dat kader dient bijvoorbeeld een controle plaats te vinden of een buiten Nederland gevestigde afnemer beschikt over een vaste inrichting in Nederland. Dit om na te gaan of niet toch Nederlandse btw in rekening moet worden gebracht, omdat die Nederlandse vaste inrichting als afnemer van de prestatie voor de btw moet worden beschouwd. Hoewel in de meeste situaties navraag bij de afnemer op dat vlak voldoende lijkt, is het wel van belang om in ieder geval vast te leggen dat deze navraag is gedaan en met welke uitkomst.

In verschillende EU-lidstaten zien we in toenemende mate discussies over de vermeende aanwezigheid van vaste inrichtingen voor de btw (al dan niet geïnspireerd door het arrest Welmory (HvJ 16 oktober 2014, C-605/12)). Niet zelden lopen deze discussies parallel aan discussies over de aanwezigheid van en winstallocatie aan een vaste inrichting voor de directe belastingen. Daarbij wordt in voorkomende gevallen door belastingautoriteiten ook aangevoerd dat een dochtervennootschap een vaste inrichting voor de btw vormt van een buitenlandse moedervernootschap. In dergelijke discussies kan deze conclusie van de A-G helpen, zeker als deze door het Hof van Justitie wordt gevolgd.

Mocht het Hof van Justitie evenwel afwijken van de conclusie van de A-G, dan is de potentiële impact op de huidige Nederlandse praktijk zeer groot. Dat zal dan naar verwachting helaas leiden tot rechtsonzekerheid en onduidelijkheid.

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

Aangezien de conclusie in overeenstemming is met de huidige Nederlandse praktijk, lijkt de impact voor Nederland op dit moment te overzien. Wel adviseren we om te beoordelen of het voldoende duidelijk is of buiten Nederland gevestigde afnemers in Nederland een vaste inrichting hebben die voor de btw als afnemer van de prestatie moet worden beschouwd. Het is bovendien raadzaam om de uitkomsten van die beoordeling goed vast te leggen. Bij lopende discussies– over vermeende vaste inrichtingen voor de btw in andere EU-lidstaten kunnen de argumenten van de A-G zeker worden gebruikt.

Meijburg & Co  
november 2019

*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.*