

Btw-aftrekrecht bij de verkoop van deelnemingen

Mr. P.J.B.G. Schrijver en drs. P.A. Bouwhuis

Op 29 oktober 2009 heeft het HvJ EG beslist over de vraag of de btw aftrekbaar is die drukt op kosten die worden gemaakt in verband met de verkoop van deelnemingen. Die vraag bleek niet te beantwoorden met een simpel ja of nee. In deze bijdrage bespreken we het arrest van het HvJ EG, het SKF-arrest genoemd (C-29/08), en geven we een overzicht van de btw-aftrekbaarheid bij de verkoop van deelnemingen.

In Nederland geldt al jaren het uitgangspunt dat de btw die drukt op verkoopkosten van een deelneming aftrekbaar is. Dat uitgangspunt is neergelegd in het Besluit van 3 augustus 2004 (nr. CPP2004/1709M). De Nederlandse praktijk ging er daarbij in feite vanuit dat de btw op verkoopkosten vergelijkbaar was met de btw op aankoopkosten. In het Cibo-arrest (C-16/00) heeft het HvJ EG expliciet beslist dat de btw op de aankoopkosten voor aftrek in aanmerking komt. In het SKF-arrest heeft het HvJ EG nu duidelijk gemaakt dat er belangrijke verschillen bestaan tussen de btw-gevolgen van het aankopen van deelnemingen enerzijds en het verkopen ervan anderzijds.

AB SKF

SKF is de moedermaatschappij van een groep werkmaatschappijen. Ze verleent tegen vergoeding diensten aan haar dochters, zoals management-, administratieve en marketingdiensten. Op basis daarvan is SKF btw-ondernemer. In het kader van de voorgenomen verkoop van een tweetal van haar deelnemingen komt de vraag op of SKF de btw in aftrek mag brengen die zal drukken op de verkoopkosten. Bij het beantwoorden van die vraag geeft het HvJ EG aan-

knopingspunten hoe in bredere zin moet worden omgegaan met btw-aftrek bij de verkoop van deelnemingen.

Vier houdstersituaties

Er zijn vier situaties te onderscheiden bij houdstermaatschappijen die kosten maken voor de verkoop van een deelneming. De eerste situatie is die van de zogenoemde zuivere houdster, die slechts aandelen houdt en geen (verdere) activiteiten verricht. De houdster in de tweede situatie houdt aandelen slechts ter belegging (dus niet zozeer als strategische deelneming), en zij handelt ook regelmatig in aandelen. De derde situatie is een houdster die zich rechtstreeks of indirect moeit in het beheer van haar deelnemingen en in verband daarmee een vergoeding ontvangt voor bijvoorbeeld managementdiensten. In de vierde situatie treedt de houdster op in het economisch verkeer met activiteiten die niet zien op haar deelnemingen (ze handelt bijvoorbeeld in hout) en heeft daarbij een of meer deelnemingen (bijvoorbeeld in een zagerij). Voor de houdster in die situatie is het van belang of zij haar deelnemingen houdt als het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van haar belastbare activiteiten.

Een zuivere houdster (de eerste situatie) is geen btw-ondernemer en heeft daarom sowieso geen recht op de aftrek van voorbelasting, dus ook niet ten aanzien van verkoopkosten van deelnemingen. De houdster uit de tweede situatie is weliswaar btw-ondernemer, maar verricht slechts btw-vrijgestelde prestaties en heeft als gevolg daarvan in beginsel geen recht op de aftrek van voorbelasting. In de overige twee situaties kan de houdster recht hebben op de aftrek van btw die drukt op de verkoopkosten van een deelneming. Het bestaan en de omvang van dat

Zuivere houdster ●

Aandelen ter belegging ●

Rechtstreeks
of indirect moeien ●

Houdster met een of
meer deelnemingen ●

aftrekrecht worden bepaald aan de hand van het SKF-arrest.

Wel economische activiteit

Zoals hierboven al weergegeven zijn de volgende twee gevallen relevant waar het om mogelijke aftrek van btw gaat: de tegen vergoeding moeiende houdster en de houdster die eigenlijk een 'gewone' actieve ondernemer is voor wie de verkoop van aandelen een verlengstuk vormt van haar onderneming. In SKF onderscheidt het HvJ EG aanvankelijk beide opties, waarbij het opmerkt dat SKF zich inderdaad in het beheer van haar deelnemingen mengt, gepaard gaand met het verrichten van diverse activiteiten onder bezwarende titel. Verderop lijkt het HvJ EG beide opties echter weer op één hoop te gooien door te oordelen dat de verkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk is van de belastbare activiteit van SKF. De verlengstukgedachte geldt derhalve ook voor de moeiende holding.

Voor beide is het uitgangspunt dat de verkoop van de aandelen dus als een economische activiteit heeft te gelden. Dit heeft tot gevolg dat bekeken moet worden of de activiteit is vrijgesteld van btw of dat deze activiteit is aan te merken als (onderdeel van) een art. 31-situatie. De art. 31-situatie wordt ook wel aangeduid als de overdracht van een (gedeelte van een) onderneming of transfer of a going concern.

Art. 31-overdracht

Nederland heeft – in art. 31 Wet op de omzetbelasting 1968 – gebruikgemaakt van de kanbepaling opgenomen in art. 19 Btw-richtlijn. Het HvJ EG overweegt dat als een lidstaat de kanbepaling heeft geïmplementeerd, de aandelenoverdracht, waarbij een geheel van goederen overgaat, (naar analogie) geen aan de btw onderworpen handeling is. Niet duidelijk is of het HvJ EG hierbij doelt op de verzameling van activa (en passiva) die de aandelen als het ware belichamen of juist dat naast de aandelen ook andere zaken worden overgedragen. Het HvJ EG laat het aan de nationale rechter om te beslissen of sprake zou kunnen zijn van een art. 31-overdracht, waarbij daar natuurlijk alleen sprake van kan zijn in lidstaten die gebruik hebben gemaakt van de kanbepaling.

● Verlengstukgedachte

● Rechtstreeks en onmiddellijk verband

Stel nu dat vast zou komen te staan dat sprake is van een art. 31-overdracht. Wat zijn dan de gevolgen voor de aftrek van btw?

Doordat in het geval van art. 31 geen leveringen van goederen of diensten plaatsvinden, wordt de btw op diensten die ingekocht worden ter zake van een dergelijke activiteit geacht btw op algemene kosten te vormen. Deze lijn valt te destilleren uit de rechtspraak van het HvJ EG. Onder andere het arrest Abbey National (C-408/98) geeft hiertoe duidelijke aanwijzingen. In Abbey National overweegt het HvJ EG dat de verschillende kosten gemaakt in het kader van de overdracht van een onderneming deel uitmaken van de algemene kosten. Deze kosten houden in beginsel rechtstreeks en onmiddellijk verband met de gehele economische activiteit van de belastingplichtige. Als uitgangspunt geldt dan een pro-rata-aftrek van het geheel. Alleen indien sprake zou zijn van een duidelijk afgebakend ondernemingsgedeelte waaraan de kosten zijn toe te rekenen, kan dit anders zijn. Met dit laatste wordt bedoeld dat de aftrek eveneens kan worden bepaald door (het deel van) de 'onderneming' die wordt overgedragen.

Vrijgestelde verkoop

Als sprake is van een economische activiteit, maar geen sprake is van een art. 31-overdracht, is de verkoop van een deelneming een vrijgestelde handeling, aldus het HvJ EG. Verkort weergegeven oordeelt het hof namelijk dat de verkoop de rechtsbetrekking en de financiële relatie tussen partijen wijzigt, zodat – conform de criteria uit het SDC-arrest (C-2/97) van het HvJ EG – de btw-vrijstelling voor handelingen met betrekking tot aandelen/deelnemingen van toepassing is. Dat betekent niet dat er geen aftrek van btw meer mogelijk is. Sterker nog, door ervoor te zorgen dat de afnemer buiten de EU is gevestigd zou volop aftrek mogelijk moeten zijn door de werking van art. 15, tweede lid, onderdeel c, Wet op de omzetbelasting 1968. Maar stel dat de afnemer 'gewoon' een Europese afnemer is. Ook in dat geval is aftrek in bepaalde gevallen mogelijk. Als uitgangspunt geldt echter dat geen aftrek mogelijk is in gevallen van direct aan de overdracht toerekenbare btw. De vraag is echter wanneer sprake is van direct toerekenbare btw. Hier lijken de mogelijkheden voor het claimen van vooraftek zich voor te doen. Het HvJ EG oordeelt namelijk dat sprake dient te zijn van een rechtstreeks en onmiddellijk verband

tussen de ingekochte diensten en de verkoop van de aandelen. Hiertoe is van belang vast te stellen of de gedane uitgaven kunnen worden opgenomen in de prijs van de aandelen die verkocht worden. Dit lijkt zich onzes inziens in de praktijk niet snel voor te doen. De prijs van aandelen wordt normaliter bepaald door vraag en aanbod en niet zozeer door de kosten die gemaakt worden bij de overdracht. Indien aftrek gewenst is doen belastingplichtigen er veiligheidshalve verstandig aan de aandelenprijs niet af te laten hangen van de te verwachten kosten.

Stel dat de gedane uitgaven niet kunnen worden opgenomen in de prijs van de aandelen die verkocht worden. Dan kan zich volgens het HvJ EG de situatie voordoen dat de kosten uitsluitend deel uitmaken van de bestanddelen van de prijs van de producten van de verkoper. Hier komt de fiscale neutraliteit naar voren. Indien namelijk sprake is van algemene kosten zou op basis van de fiscale neutraliteit sprake moeten kunnen zijn van aftrek, mede omdat in het geval van een art. 31-overdracht ook sprake kan zijn van aftrek.

● Fiscale neutraliteit

Invloed op pro rata?

Voor btw die drukt op algemene kosten geldt in beginsel aftrek op basis van de pro-rataberekening. Maar moet dan ook de opbrengst uit de verkoop van de aandelen meegenomen worden in de pro-rataberekening? De omzet vloeit immers voort uit een economische activiteit. Uit de overwegingen in het arrest SKF nummers 68 en 69 valt echter af te leiden dat die omstandigheid niet van belang is en dat het gaat om de pro rata voor de normale activiteiten.

In dit kader merken wij op dat de aandelenverkoop als 'bijkomstig' in de zin van art. 174, tweede lid, onderdeel b, Btw-richtlijn kan worden aangemerkt. Veelal zal sprake zijn van een incidentele omzetsprong door de verkoop van de aandelen. Dit laat echter onverlet dat toch sprake kan zijn van bijkomstigheid. Dit zou volgens het EDM arrest (C-77/01) van het HvJ EG het geval kunnen zijn indien sprake is van een zeer beperkt beslag op ingekochte goederen en diensten bij de verkoop van de aandelen. Of dit in de praktijk het geval zal zijn, hangt onzes inziens af van de concrete omstandigheden van het geval. Bedacht moet namelijk worden dat in sommige gevallen behoorlijke kosten (met btw) gemaakt worden bij een verkoop van een dochtervennootschap. Wij pleiten voor een 'ruime' uitleg van de bijkomstigheid, waarbij we wel

● Opbrengst meenemen?

● Oplettendheid is geboden

opmerken dat het arrest NCC van het HvJ EG van 29 oktober 2009 (C-174/08) mogelijk roet in het eten lijkt te gooien.

Het arrest NCC gaat over een Deense bouwonderneming die ook onroerende goederen voor eigen rekening bouwde en later verkocht. De vraag die zich voordeed was of de verkoopopbrengst van deze onroerende zaken – in Denemarken vrijgesteld van btw – meegenomen moest worden in de pro-rataberekening of dat sprake zou kunnen zijn van een bijkomstige handeling. Het HvJ EG overwoog dat geen sprake kan zijn van een 'bijkomstige handeling ter zake van onroerend goed' in de zin van art. 174, tweede lid, onderdeel b, Btw-richtlijn wanneer de verkoop het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormt van de belastbare activiteit. Bovendien overweegt het HvJ EG dat in concreto niet hoeft te worden beoordeeld in hoeverre deze verkoopactiviteit, op zich beschouwd, een gebruik van goederen en diensten impliceert waarover belasting over de toegevoegde waarde verschuldigd is.

De vraag doet zich dus voor of het arrest NCC tot de conclusie zou moeten leiden dat de verkoopopbrengst van de aandelen toch meegenomen moet worden in de pro rata. Dit zal de praktijk moeten gaan uitwijzen. In het arrest van de Hoge Raad van 14 maart 2003 – dat heeft geleid tot het besluit van de staatssecretaris van 3 augustus 2004 – geeft de Hoge Raad aan dat de verkoopopbrengst niet meegenomen hoeft te worden in de pro-rataberekening van art. 11, eerste lid, letter c, Uitv.besch. OB. De staatssecretaris heeft in zijn besluit overeenkomstig geoordeeld. Vooralsnog houden wij het erop dat de verkoopopbrengst van de aandelen niet hoeft te worden meegenomen in de pro rata.

Conclusie

De voorlopige conclusie dient onzes inziens te zijn dat in meerdere gevallen – terecht – aanspraak gemaakt kan worden op aftrek van btw ter zake van verkoopkosten. In het geval de kosten zijn opgenomen in de prijs van de aandelen zal aftrek echter uitgesloten zijn. Sommige elementen moeten nog uitkristalliseren en in het algemeen geldt nog steeds dat oplettendheid geboden is om de aftrek zo veel mogelijk veilig te stellen.

Mr. P.J.B.G. Schrijver en drs. P.A. Bouwhuis zijn beiden werkzaam bij Deloitte Belastingadviseurs.