



Memo

Aan: PwC TLP

Van: Simon Cornielje / Jelle Boonstra

Datum: 7 mei 2024

Referentie: SC/JB

Betreft: ontwikkelingen btw-gevolgen (groeps)financiering

Beste collega,

De btw-aspecten van (groeps)financiering krijgen op dit moment veel aandacht van de Belastingdienst. Met de komst van twee recente uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam zal deze aandacht verder toenemen. Uit deze rechtspraak vloeit namelijk voort dat (groeps)financieringsactiviteiten vaker tot een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting zullen leiden.

De ontwikkelingen zijn bijvoorbeeld van belang voor houdster/ financieringsvennootschappen en voor groepsvennootschappen die zich bezighouden met bijvoorbeeld treasury of cashpool activiteiten.

In bijgaand memo geven wij meer achtergrond bij de ontwikkelingen en de risico's die hier voor onze klanten uit voortvloeien. Uiteraard zijn we altijd bereid om een en ander nader toe te lichten en denken wij graag mee voor welke klanten dit van belang kan zijn.

Met vriendelijke groet,

Simon Cornielje / Jelle Boonstra

*PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V., Thomas R. Malthusstraat 5, 1066 JR Amsterdam,
Postbus 90358, 1006 BJ Amsterdam
T: 088 792 00 20, F: 088 792 96 40, www.pwc.nl*

'PwC' is het merk waaronder PricewaterhouseCoopers Accountants N.V. (KvK 34180285), PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs N.V. (KvK 34180284), PricewaterhouseCoopers Advisory N.V. (KvK 34180287), PricewaterhouseCoopers Compliance Services B.V. (KvK 51414406), PricewaterhouseCoopers Pensions, Actuarial & Insurance Services B.V. (KvK 54226368), PricewaterhouseCoopers B.V. (KvK 34180289) en andere vennootschappen handelen en diensten verlenen. Op deze diensten zijn algemene voorwaarden van toepassing, waarin onder meer aansprakelijkheidsvoorwaarden zijn opgenomen. Op leveringen aan deze vennootschappen zijn algemene inkoopvoorwaarden van toepassing. Op www.pwc.nl treft u meer informatie over deze vennootschappen, waaronder deze algemene (inkoop)voorwaarden die ook zijn gedeponeerd bij de Kamer van Koophandel te Amsterdam.

Samenvatting

Impact voor klanten

Voor de praktijk zijn de volgende ontwikkelingen van belang:

(a) (Groeps)financieringsactiviteiten kunnen als onzakelijk worden aangemerkt:

Op dit punt kwetsbare financieringsstructuren zijn vooral die waarin sprake is van 'back-to-back' leningen, paralleliteit tussen in- en uitgaande financiering en/of niet-marktconforme financieringsvoorwaarden. In deze situaties kan de Belastingdienst stellen dat sprake is van een onzakelijke leningen. Als gevolg van deze (her)kwalificatie kan de btw-positie van een belastingplichtige drastisch wijzigen. Zo kan een houdster of financieringsentiteit achteraf gezien ten onrechte als een btw-belastingplichtige zijn aangemerkt. De terugdraaiing van een btw-registratie kan resulteren in (onder andere) de terugbetaling van eerder afgetrokken btw op kosten en tot onterechte deelname aan een fiscale eenheid omzetbelasting.

Wij sluiten niet uit dat deze ontwikkeling ook bredere gevolgen gaat hebben voor bijvoorbeeld structuren waarin back-to-back managementfees worden berekend. Ook in die situaties zou de stelling kunnen zijn dat geen economische activiteit wordt verricht en dus geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat.

(b) (Groeps)financieringsactiviteiten naast reguliere ondernemingsactiviteiten leiden vaker tot aftrekbeperking:

Belastingplichtigen die naast hun reguliere ondernemingsactiviteiten ook financieringsactiviteiten verrichten, lopen risico indien die financieringsactiviteiten vooralsnog niet in aanmerking zijn genomen voor de berekening van de omvang van het btw-aftrekrecht. Denk hierbij aan **treasurydiensten**, het aanhouden van een **cash pool** of het in **deposito** geven van overtollige kasgelden. De Belastingdienst zou kunnen stellen dat deze (groeps)financieringsactiviteiten wél voor de berekening van de btw-aftrek in aanmerking moeten worden genomen als btw-vrijgestelde activiteiten. In een dergelijk geval kan de btw op algemene kosten in principe niet langer volledig in aftrek worden gebracht c.q. daalt het pro-rata-aftrekrecht waardoor minder aftrek van btw op algemene kosten mogelijk is.

Benodigde actie

In de praktijk gaan voornoemde risico's potentieel gepaard met grote financiële consequenties. Daarom adviseren wij:

- (a) het karakter van bestaande financieringsactiviteiten (e.g. back-to-back, deposito, cash pool) en de leningsvoorwaarden (e.g. looptijd, rentepercentage, aflossingsschema) opnieuw tegen het licht te houden; en
- (b) na te gaan of klanten (passieve) financieringsactiviteiten verrichten naast hun reguliere ondernemingsactiviteiten; en zo ja, in hoeverre deze financieringsactiviteiten voor de berekening van de omvang van het btw-aftrekrecht in aanmerking zijn genomen.

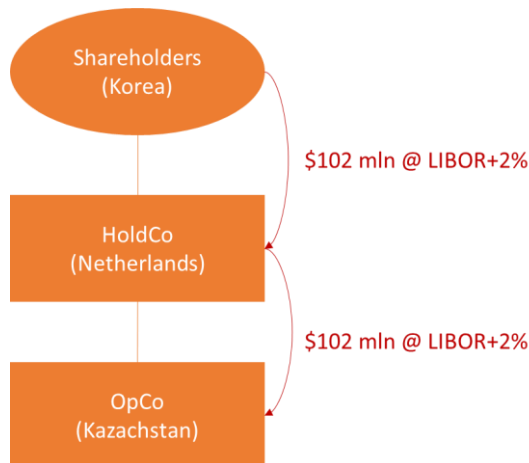
Afhankelijk van de uitkomst van deze inventarisatie, kan het raadzaam zijn om de btw-behandeling te herijken en voorbereidingen te treffen voor eventuele discussies met de Belastingdienst door middel van bijvoorbeeld een verzoek tot vooroverleg of het aanleggen van een defense file.

=====

Achtergrond: ontwikkelingen btw-behandeling (groeps)financiering

1. Twee zaken van Gerechtshof Amsterdam

1.1. Gerechtshof Amsterdam 3 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2023:3182 (HoldCo-procedure)



De verstrekking van rentedragende leningen aan non-EU partijen vormt in beginsel een economische activiteit met recht op btw-aftrek. Daarover leek tot voorkort weinig discussie mogelijk. De recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam op 3 januari 2024 in de “HoldCo-procedure” zaait echter twijfel over de houdbaarheid van deze stelling.

In de HoldCo-procedure heeft een Nederlandse tussenhoudstermaatschappij een rentedragende lening aan een groepsmaatschappij verstrekt ter waarde van ruim USD 102 mln tegen een (deels schuldig gebleven) rente van LIBOR+2%. Daarnaast is geen aflossingstermijn overeengekomen en is de terugbetalingsverplichting winstafhankelijk. Naast de

verstrekking van de rentedragende lening verricht de tussenhoudstermaatschappij geen andere btw-relevante activiteiten.

De Belastingdienst betwist of de verstrekking van een rentedragende lening een economische activiteit vormt en daarmee of de btw op kosten terecht in aftrek is gebracht. In eerste aanleg wordt de Belastingdienst in het ongelijk gesteld. Rechtbank Noord-Holland meent dat de verstrekking van de rentedragende lening niet kan worden gelijkgesteld met die door een particuliere investeerder, omdat in bedrijfsverband verstrekte rentedragende leningen doorgaans aangemerkt moeten worden als een (verlengstuk van een) economische activiteit. Dat de lening onder dezelfde voorwaarden wordt ingeleend en verplicht onder diezelfde condities door de tussenhoudstermaatschappij aan de betreffende groepsmaatschappij moet worden doorgeleend, doet hier volgens de Rechtbank Noord-Holland niet aan af.

In tweede aanleg oordeelt Gerechtshof Amsterdam anders. Zij overweegt dat:

- I. de rentedragende lening geen op zichzelf staande economische activiteit is, aangezien:
 - a. de lening is verstrekt onder voorwaarden die onvergelijkbaar zijn met de condities waaronder een kredietinstelling c.q. bank dat zou doen; en
 - b. niet wordt gestreefd naar een maximaal rendement van het ingelegde kapitaal, omdat sprake is van een ‘aan-en-door-lening’ onder identieke voorwaarden (d.w.z. zonder opslag);
- II. evenmin sprake is van een verlengstuk van een economische activiteit (“verlengstukgedachte”), aangezien de tussenhoudstermaatschappij geen andere activiteiten ontplooit waarvan de rentedragende lening een verlengstuk zou kunnen vormen.

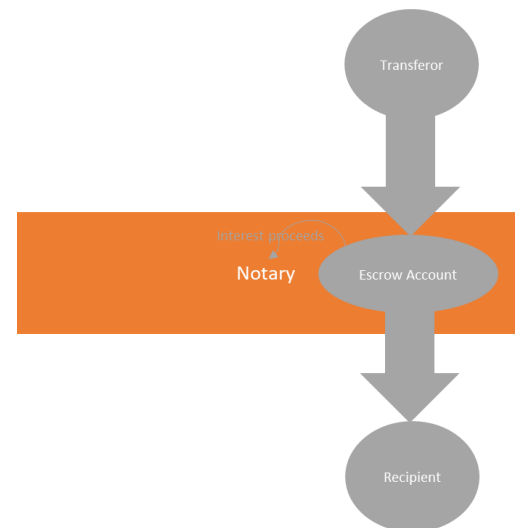
Hoewel deze toetsingswijze niet nieuw is, werd de getrapte toetsing in recente rechtspraak genuanceerder toegepast. Door groepsvennootschappen verstrekte rentedragende leningen werden doorgaans aangemerkt als economische activiteiten (zo ook in casu door Rechtbank Noord-Holland).

Met de komst van dit (niet in cassatie bestreden) oordeel van Gerechtshof Amsterdam lijkt die genuanceerdere trend (deels) verleden tijd.

1.2. ***Gerechtshof Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2324 (notarisprocedure)***

Op het eerste gezicht staat de uitkomst in de HoldCo-procedure in schril contrast met een recente uitspraak van datzelfde Gerechtshof Amsterdam in de ‘notarisprocedure’, waarin een notaris rente genoot op kortstondig gestalde gelden van derden op een (wettelijk) afgescheiden kapitaalrekening. Ondanks het ogenschijnlijk passieve karakter van de activiteit in vergelijking met de rentedragende lening in de HoldCo-procedure, wordt de activiteit door het Gerechtshof Amsterdam in de notarisprocedure wél als een (verlengstuk van een) economische activiteit aangemerkt. Ook deze uitspraak is niet in cassatie bestreden.

Als gevolg van deze uitspraak worden interne financieringsactiviteiten vermoedelijk sneller dan voorheen als btw-vrijgestelde activiteiten aangemerkt. Hierdoor kunnen ondernemingen met een (grotere) btw-aftrekbeperking op algemene kosten worden geconfronteerd.



Voor de praktijk roepen de HoldCo- en notarisprocedure de nodige praktijkvragen op. Vormen de uitspraken in deze procedures van het Gerechtshof Amsterdam het begin van een trendbreuk en zo ja, welke bedrijven c.q. sectoren worden door deze breuk potentieel getroffen? En op welke elementen in het btw-toetsingskader komt deze trendbreuk tot uiting?

2. **Btw-technische analyse**

Zoals we hiervoor hebben aangegeven, is de getrapte toets op zichzelf niet nieuw. Ook in eerdere jurisprudentie werd getoetst of:

- I. de verstrekking van een rentedragende lening als een zelfstandige economische activiteit moet worden aangemerkt; en zo niet, of
- II. de rentedragende lening als een verlengstuk van een economische activiteit moet worden beschouwd.

Wel plaatsen wij de nodige kanttekeningen bij de herijkte invulling van deze getrapte toets. Hieronder zetten wij deze kanttekeningen per ‘traptrede’ uiteen.

2.1 ***Gerechtshof Amsterdam 3 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2023:3182 (HoldCo-procedure)***

Trede I: rentedragende lening = economische activiteit?

Volgens Gerechtshof Amsterdam vormt de rentedragende lening geen op zichzelf staande economische activiteit, omdat de rentedragende lening geen bedrijfsmatig c.q. commercieel karakter heeft.

Gerechtshof Amsterdam leidt dit ten eerste af uit de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de rentedragende lening is verstrekt. Deze zijn niet vergelijkbaar met die van een doorsnee 'bank of kredietinstelling', aldus het Gerechtshof Amsterdam. Dit lijkt ons een te enge invulling van de toets zoals het Hof van Justitie die voorschrijft. Volgens het Hof van Justitie moet namelijk worden vastgesteld of al dan niet sprake is van vergelijkbaarheid met een 'particuliere investeerder'; niet met een bank of kredietinstelling. Alle (rechts)personen die niet vergelijkbaar zijn met een particuliere investeerder (d.w.z. de particulier met een spaarrekening), zouden volgens het Hof van Justitie een economische activiteit kunnen verrichten. Gelet op het risicovolle karakter van de rentedragende lening in kwestie, menen wij dat een gelijkschakeling met een particuliere investeerder niet voor de hand ligt. Dat de tussenhoudstermaatschappij volgens het Gerechtshof Amsterdam evenmin vergelijkbaar is met een bank of kredietinstelling, zou niet doorslaggevend moeten zijn.

Ten tweede overweegt het Gerechtshof Amsterdam dat de tussenhoudstermaatschappij geen maximaal rendement van het verstrekte kapitaal nastreeft. Ook dit argument valt terug te leiden tot rechtspraak van het Hof van Justitie. De nadruk op het behalen van een maximaal rendement voelt contra-intuïtief, omdat de btw een subjectief vergoedingsbegrip kent en prijszetting in principe is voorbehouden aan de ondernemer zelf. Naar onze mening moet de voornoemde rendementstoets dan ook niet al te letterlijk worden geïnterpreteerd. Dat zou immers indruisen tegen het rechtskarakter van de btw, de autonomie van de ondernemer te veel tarten en zelfs verder gaan dan het 'arm's length principle' dat in de vennootschapsbelasting wordt gehanteerd (omdat dit streven ook tussen niet gelieerde partijen zou moeten worden getoetst). Het lijkt ons waarschijnlijker dat het Hof van Justitie nadruk heeft willen leggen op het objectieve karakter van de toets omtrent de vaststelling van een economische activiteit. De onderkenning van een economische activiteit kan namelijk alleen op basis van objectieve gegevens plaatsvinden. Op het moment dat een onderneming niet op duurzame wijze naar *omzet* streeft (n.b. niet winst), is van een dergelijk objectief voornemen geen sprake en kan bijgevolg niet van een economische activiteit worden gesproken.

Omdat in casu sprake is van een 'aan-en-door-lening' onder identieke voorwaarden (d.w.z. zonder opslag), is *per saldo* geen sprake van een bedrijfsmatig c.q. commercieel verstrekte lening, aldus het Gerechtshof Amsterdam. Hiermee wordt afgeweken van het oordeel van de Rechtbank Noord-Holland, die stelt dat de rentebaten *als zodanig* in aanmerking moeten worden genomen voor de vaststelling of al dan niet sprake is van een economische activiteit (dus niet in samenhang met de rentekosten). Vanuit btw-perspectief lijkt ons dit principieel zuiverder, omdat een eventueel winstbejag irrelevant is voor de heffing van btw. Waarom het Gerechtshof Amsterdam voor een andere benaderingswijze kiest, blijft onbesproken.

Trede II: rentedragende lening = verlengstuk van een economische activiteit?

Nu volgens het Gerechtshof Amsterdam geen sprake is van een op zichzelf staande economische activiteit, wordt vervolgens onderzocht of de verstrekking van de rentedragende lening wél een verlengstuk van een economische activiteit vormt. Omdat de tussenhoudstermaatschappij geen andere activiteiten verricht dan het houden van aandelen en de verstrekking van de rentedragende lening, kan van een dergelijk verlengstuk begrijpelijkerwijs geen sprake zijn.

2.2 Gerechtshof Amsterdam 11 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2324 (notarisprocedure)

Trede I: rentedragende lening = economische activiteit?

In de notarisprocedure is in zekere zin de omgekeerde situatie aan de orde. De kortstondige terbeschikkingstelling van andermans kapitaal op een afgescheiden bankrekening is volgens de notaris

te passief van aard om als economische activiteit te kwalificeren. Als gevolg hiervan moeten de rentebaten voor het recht op aftrek van btw op algemene kosten moeten worden genegeerd. Dat lijkt ons geen gekke gedachte, omdat de renteopbrengst zonder noemenswaardige inspanning en/of risico wordt verkregen en daarmee de vergelijking met een particuliere investeerder oproept. Volgens de rechtbank in eerste aanleg is deze stelling echter onvoldoende onderbouwd. Bovendien is sprake van een verlengstuk van de economische activiteit (d.w.z. het notariaat), waardoor de stellingname van de notaris überhaupt niet slaagt (zie hieronder).

Trede II: rentedragende lening = verlengstuk van een economische activiteit?

Zoals gezegd, bevestigt Gerechtshof Amsterdam de uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg. Uit de redenering van het Gerechtshof Amsterdam kan worden afgeleid dat de drempel voor de onderkenning van een economische activiteit aanmerkelijk lager is indien sprake is van een 'rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk' verlengstuk van een economische activiteit. Gelet op het getrapte toetsingskarakter ligt dit ook voor de hand – anders zou de tweede trede immers een dode letter zijn.

Hieruit kan worden afgeleid dat de voormelde deeltoetsen (d.w.z. vergelijkbaarheid met particuliere investeerder en het streven naar maximaal rendement) een beperkte rol spelen bij financieringsactiviteiten die een verlengstuk van een economische activiteit vormen. Hierdoor kan een tamelijk passief ogende activiteit alsnog (op basis van de verlengstukgedachte) in het kielzog van een economische activiteit worden meegetrokken en dan leiden tot een afrekbeperking.

Volledigheidshalve merken wij op dat in ieder specifiek geval uiteraard moet worden vastgesteld of de financieringsactiviteit inderdaad een verlengstuk van de 'normale' belastbare activiteit vormt. Dit hoeft niet altijd het geval te zijn. Indien de (uit)geleende gelden voortvloeien uit de belastbare activiteit, zal van een voldoende verband evenwel snel sprake zijn.

=====