



Datum van inontvangstneming : 22/08/2017

**Zaak C-421/17**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

13 juli 2017

**Verwijzende rechter:**

Naczelny Sąd Administracyjny (Polen)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

22 maart 2017

**Verzoekende partij:**

Szef Krajowej Administracji Skarbowej

**Verwerende partij:**

Polfarmex Spółka Akcyjna, gevestigd te Kutno

---

**BESLISSING**

22 maart 2017

De Naczelny Sąd Administracyjny (hoogste bestuursrechter) [OMISSIS]

[OMISSIS] [samenstelling van de rechterlijke instantie]

heeft op de terechtzitting van **22 maart 2017**

voor de **belastingkamer**

over het beroep in cassatie van de **Minister Finansów** (minister van financiën) (**thans: Szef Krajowej Administracji Skarbowej**) (hoofd van de nationale belastingadministratie)

tegen de uitspraak van de **Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi** (bestuursrechter in eerste aanleg te Lodz)

van **10 maart 2015** [OMISSIS]

betreffende het beroep van **Polfarmex Spółka Akcyjna, gevestigd te Kutno**

tegen de ruling van de **Minister Finansów**

van **woensdag 3 september 2014** [OMISSIS]

betreffende de **heffing van belasting over de toegevoegde waarde (btw) ter zake van de eigendomsoverdracht van onroerende en roerende goederen als tegenprestatie voor de intrekking van aandelen**

**beslist:**

1) Krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie [OMISSIS] wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: Is de overdracht van onroerend goed door een aandelenvennootschap aan een aandeelhouder als tegenprestatie voor de intrekking van zijn aandelen onderworpen aan de heffing van btw krachtens artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad [**Or. 2**] van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde [OMISSIS]?

2) Overeenkomstig artikel 124, lid 1, punt 5, van de Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (wet inzake het bestuursprocesrecht) van 30 augustus 2002 [OMISSIS] wordt de zaak aangehouden totdat het Hof bovengenoemde prejudiciële vraag heeft beantwoord.

[OMISSIS]

[**Or. 3 (1)**] (opmerking van de vertaler: in de brontekst begint de paginatelling op blz. 3 = blz. 1 van de motivering)

## **MOTIVERING**

### **I. Toepasselijke bepalingen**

- 1 Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 374, blz. 1, zoals gewijzigd; hierna: „richtlijn 2006/112/EG”):

Artikel 2, lid 1. De volgende handelingen zijn aan de btw onderworpen:

a) de leveringen van goederen, die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht; [...]

Artikel 9, lid 1. Als „belastingplichtige” wordt beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

Als „economische activiteit” worden beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt in het bijzonder beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

Lid 2. Naast de in lid 1 bedoelde personen wordt als belastingplichtige beschouwd eenieder die incidenteel een nieuw vervoermiddel levert dat door de verkoper, door de afnemer, of voor hun rekening, buiten het grondgebied van een lidstaat maar binnen het grondgebied van de Gemeenschap naar de afnemer wordt verzonden of vervoerd.

- 2 Wetboek betreffende de handelsvennootschappen (Kodeks Spółek Handlowych) van 15 september 2000 (Dz. U. 2016, Pos. 1578, zoals gewijzigd; hierna: „vennootschapswet”):

Artikel 359, lid 1. Aandelen kunnen worden ingetrokken, wanneer de statuten daarin voorzien. De intrekking van een aandeel kan plaatsvinden, hetzij met toestemming van de aandeelhouder door inkoop van dat aandeel door de vennootschap (vrijwillige intrekking), hetzij zonder diens toestemming (gedwongen intrekking). Een vrijwillige intrekking mag niet vaker dan eenmaal per boekjaar plaatsvinden. De voorwaarden voor de gedwongen intrekking en de daarbij te volgen procedure zijn in de statuten vastgelegd.

Lid 2. Voor de intrekking van aandelen is een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Het besluit moet met name de rechtsgrondslag voor de intrekking noemen, de hoogte van de vergoeding die de eigenaar van de ingetrokken aandelen toekomt bepalen, of motiveren waarom aandelen zonder vergoeding worden ingetrokken, en regelen op welke wijze het kapitaal zal worden verminderd. Gedwongen intrekking geschiedt tegen een vergoeding die niet **[Or. 4 (2)]** lager mag zijn dan de waarde van de nettoactiva die het aandeel vertegenwoordigt, zoals die in de jaarrekening over het laatste boekjaar is opgevoerd, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

Lid 3. Het besluit tot intrekking moet worden bekendgemaakt.

Lid 4. Besluiten houdende een statutenwijzigingen betreffende de intrekking van aandelen moeten worden gemotiveerd.

Lid 5. Een statutenwijziging die voorziet in de gedwongen intrekking van aandelen mag geen aandelen betreffen die al voor inschrijving van de wijziging in het register zijn overgenomen.

Lid 6. In de statuten kan worden bepaald dat wanneer zich een bepaalde gebeurtenis voordoet, aandelen zonder besluit van de algemene vergadering van

aandeelhouders worden ingetrokken. In dat geval zijn de bepalingen betreffende de gedwongen intrekking van toepassing.

Lid 7. In het geval dat een in de statuten bepaalde gebeurtenis als bedoeld in lid 6 zich voordoet, neemt het bestuur onverwijld een besluit tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal.

Artikel 360, lid 1. Voor de intrekking van aandelen is een besluit tot verlaging van het maatschappelijk kapitaal vereist. Het besluit tot vermindering van het maatschappelijk kapitaal moet worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders tijdens de bijeenkomst waarin het besluit tot intrekking van de aandelen wordt genomen.

## II. Feitelijk kader

### De procedure bij de belastingdienst

- 3 In het bij de Minister Finansów ingediende verzoek om een ruling betreffende de uitlegging van belastingwetgeving, beschreef de Polfarmex Spółka Akcyjna een toekomstige gebeurtenis, waarbij zij verklaarde als aandelenvennootschap rechtspersoonlijkheid te bezitten en haar zeten in Polen te hebben. Een met verzoekster door kapitaaldeelname en in organisatorisch opzicht verbonden Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Spółka z o.o., besloten vennootschap) hield 6 275 534 aandelen in verzoekster. Verzoekster gaf aan dat zij een reorganisatie van het concern overwoog door intrekking van een deel van de door de Spółka z o.o. gehouden aandelen. De intrekking zou plaatsvinden op een van de in het wetboek betreffende de handelsvennootschappen geregelde wijzen (automatische, gedwongen of vrijwillige intrekking). De Spółka z o.o. zou voor de intrekking van verzoeksters aandelen een vergoeding ontvangen in de vorm van overdracht van de eigendom van terreinen met opstallen, inclusief de inventaris (het zou een vergoeding in natura betreffen). De waarde van bovengenoemde vermogensbestanddelen zou overeenkomen met de waarde van de door de ingetrokken aandelen vertegenwoordigde nettoactiva, zoals **[Or. 5 (3)]** opgevoerd in de jaarrekening over het laatste boekjaar, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

In verband met dit feitencomplex heeft verzoekster de volgende vragen gesteld:

1. Is – wanneer de bovenomschreven toekomstige gebeurtenis zich voordoet – de intrekking van aandelen van de vennootschap aan de heffing van btw onderworpen en is verzoekster daarom verplicht die intrekking door het opmaken van een btw-factuur te documenteren?
2. Is – wanneer de bovenomschreven toekomstige gebeurtenis zich voordoet – de toekenning van een vergoeding voor de ingetrokken aandelen in de vorm van een uitkering in natura onderworpen aan de heffing van btw en is verzoekster

dientengevolge verplicht die vergoeding door het opmaken van een btw-factuur te documenteren?

De vennootschap is van mening dat zij noch wat betreft de intrekking van de aandelen, noch wat betreft de toekenning van de vergoeding voor de ingetrokken aandelen in de vorm van een uitkering in natura, als btw-plichtige (in het kader van de door haar uitgeoefende economische activiteit) zou handelen, zodat geen van beide handelingen aanleiding zou geven tot de verplichting btw af te dragen en zij dus niet verplicht zou zijn een dienovereenkomstige btw-factuur op te maken. De in het verzoek beschreven maatregel zou moeten worden beschouwd als één enkele complexe zakelijke transactie, bestaand in de intrekking van de aandelen enerzijds en de toekenning van de dienovereenkomstige vergoeding anderzijds. Deze twee handelingen zijn, aldus de verzoekende vennootschap, nauw met elkaar verweven en staan causaal met elkaar in verband. In civielrechtelijk opzicht is de eigendomsoverdracht als vergoeding voor de ingetrokken aandelen geen afzonderlijke rechtshandeling, maar dient zij alleen om het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot intrekking van de aandelen uit te voeren. Daarom is er geen reden om deze twee maatregelen voor fiscale doeleinden van elkaar te scheiden. Daarom mag ook de overdracht van de eigendom van het onroerend goed op zichzelf niet aan de btw onderworpen zijn. Onafhankelijk daarvan kan, zelfs als de verzoekster deze handeling als belastingplichtige verricht, niet worden aangenomen dat de verstrekking van een vergoeding in natura voor de ingetrokken aandelen een levering van goederen onder bezwarende titel is, in de zin van artikel 5, lid 1, punt 1, van de wet betreffende de belasting op goederen en diensten (Ustawa o podatku od towarów i usług) van 11 maart 2004 (Dz. U. 2011, Pos. 1054, zoals gewijzigd; hierna: „wet op de omzetbelasting”), die aan de btw onderworpen is.

- 4 De Minister Finansów heeft in de jegens de vennootschap gegeven ruling vastgesteld dat de overdracht van de vermogensbestanddelen als tegenprestatie voor de intrekking van de aandelen **[Or. 6 (4)]** een levering van goederen in de zin van artikel 7, lid 1, van de wet op de omzetbelasting zou zijn, die krachtens artikel 5, lid 1, punt 1, van deze wet aan de heffing van btw is onderworpen en door de vennootschap door het opmaken van een btw-factuur gedocumenteerd zou moeten worden. Als reden voor haar standpunt in deze kwestie betoogde de belastingdienst dat tussen de betrokkenen bij de beschreven handeling een verbintenis zou ontstaan, aangezien verzoekster zich zou verplichten de eigendom van de terreinen en de opstallen, inclusief de inventaris ervan, aan de aandeelhouder over te dragen, waarbij de ingetrokken aandelen daarvoor als tegenprestatie zouden dienen, wat erop neer zou komen dat er sprake zou zijn van een levering van goederen onder bezwarende titel, waarbij de betaling weliswaar niet in de vorm van geld zou worden verricht, maar wel een concrete waarde zou hebben die in geld kan worden uitgedrukt.
- 5 Met haar bij de Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi ingestelde beroep verzocht de vennootschap om vernietiging van de bestreden ruling, met

verwijzing van verweerder in de kosten van het geding. Verzoekster stelde daarbij dat de belastingdienst de volgende bepalingen had geschonden:

1. Bepalingen van materieel recht, te weten artikel 5, lid 1, punt 1, artikel 7, lid 1, artikel 15, lid 1, en artikel 106b, lid 1, punt 1, van de wet op de omzetbelasting, door deze bepalingen verkeerd uit te leggen en er als gevolg daarvan van uit te gaan dat de vennootschap onder de in de bestreden ruling beschreven feitelijke omstandigheden als btw-plichtig moest worden aangemerkt en daarom gehouden was een btw-factuur op te maken;
  2. Procesrechtelijke bepalingen – en wel zodanig, dat daardoor de uitkomst van de zaak werd beïnvloed –, te weten artikel 121, lid 1, juncto artikel 14h van de algemene belastingwet (Ordynacja podatkowa) van 29 augustus 1997 (Dz. U. 2012, Pos. 749, zoals gewijzigd; hierna: „abw”), door onjuiste toepassing van deze bepalingen als gevolg van de niet-inachtneming van de actuele en door verzoekster in haar verzoek om een ruling\_aangehaalde rechtspraak van de administratieve gerechten, wat duidelijk in strijd is met het beginsel van vertrouwen in de fiscale autoriteiten.
- 6 In zijn verweerschrift concludeerde de Minister Finansów tot verwerping van het beroep en bleef hij op het standpunt staan dat hij in zijn ruling jegens de vennootschap had ingenomen.

### **Gerechtelijke procedure in eerste aanleg**

- 7 De Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi achtte het beroep gegrond.

**[Or. 7 (5)]** Het gerecht in eerste aanleg oordeelde dat de Minister Finansów de bepalingen van de wet betreffende de belasting op goederen en diensten met betrekking tot de in het verzoek om een ruling beschreven toekomstige gebeurtenis verkeerd had uitgelegd.

Het gerecht gaf te kennen dat in de onderhavige zaak tussen partijen onbetwist was dat de kwalificatie „onder bezwarende titel” van een handeling (de levering van goederen of de verrichting van diensten) betekent dat de betreffende handeling tegen een vergoeding wordt verricht, waarbij er dus van wordt uitgegaan dat er een direct verband bestaat tussen de levering van de goederen respectievelijk de verrichting van de diensten en het verkrijgen van de vergoeding. Tussen de leverancier van de goederen respectievelijk de dienstverrichter en de ontvanger moet een bindende rechtsbetrekking bestaan op grond waarvan de ene partij in deze betrekking tot levering van de goederen respectievelijk tot verrichting van de diensten verplicht is, terwijl de andere partij aan de contractpartner een vergoeding moet betalen, zodat sprake is van een verbintenis onder bezwarende titel. De vergoeding moet een concrete waarde hebben, die op geld waardeerbaar is, maar het is geen vereiste dat de vergoeding in geld wordt uitgekeerd. Een handeling die te kwalificeren is als levering van goederen onder bezwarende titel, is aan de btw onderworpen, wanneer zij wordt verricht door een

economisch subject dat bij deze handeling optreedt in zijn hoedanigheid als btw-plichtige.

Het gerecht is ervan uitgegaan dat de in het verzoek beschreven gebeurtenis voor de doelstellingen van de belastingheffing in zijn totaliteit moest worden getoetst, waarbij het in casu om een complexe zaak ging, bestaande in de intrekking van de aandelen van de vennootschap en de betaling aan de aandeelhouder van een vergoeding in natura voor de ingetrokken aandelen. Deze twee handelingen – de intrekking van de aandelen en de betaling van de vergoeding – zijn nauw met elkaar verweven en onderling afhankelijk.

- 8 Gezien het voorgaande oordeelde het gerecht in eerste aanleg dat de uit de ruling naar voren komende opvatting van de belastingdienst, dat de vennootschap – door de aandeelhouder in ruil voor intrekking van de aandelen een vergoeding in natura toe te kennen – een levering van goederen verricht, waarbij het bij die prestatie in natura juist om de desbetreffende zaken ging, onjuist was. Eveneens als onjuist beoordeelde het gerecht de opvatting dat het hier om een handeling onder bezwarende titel zou gaan en dat de vennootschap hierbij als belastingplichtige in het kader van haar economische activiteit zou handelen.
- 9 Het gerecht stelde vast dat bij de litigieuze handeling geen sprake was van een door de vennootschap als ondernemer verrichte economische handeling. Het wetboek betreffende de handelsvennootschappen van 15 september 2000 (Dz. U. 2013, Pos. 1030, zoals gewijzigd; hierna: „vennootschapswet”) voorziet met het bepaalde in de artikelen 359 en 360 in de mogelijkheid **[Or. 8 (6)]** tot herstructurering van een aandelenvennootschap om verschillende redenen. Met een dergelijke herstructurering is de intrekking van een deel van de aandelen en een vermindering van het maatschappelijke kapitaal verbonden. De intrekking van aandelen, die vrijwillig, gedwongen of automatisch, dus in het geval dat zich een bepaalde gebeurtenis voordoet, kan geschieden, brengt in beginsel de verplichting met zich mee, de houder van de ingetrokken aandelen een vergoeding toe te kennen. Alleen wanneer de intrekking vrijwillig, dus met toestemming van de aandeelhouder geschiedt, is vergoeding niet nodig, maar dat is in de onderhavige zaak niet het geval. De vermogensbestanddelen die door de vennootschap aan de aandeelhouder zouden worden overgedragen, zouden dus de vergoeding zijn voor het verlies van zijn ingetrokken aandelen, waarbij de overdracht zou geschieden overeenkomstig de bepalingen van de vennootschapswet en de statuten van de betreffende vennootschap.
- 10 Het gerecht stelde vast dat de intrekking van de aandelen zonder enige twijfel niet aan de btw onderworpen was, aangezien deze wet daarin niet voorzag. Daarbij benadrukte het gerecht dat, gezien de noodzaak de door verzoekster beschreven gebeurtenis in zijn totaliteit te beoordelen, de toekenning van een vergoeding voor de ingetrokken aandelen door de vennootschap aan de aandeelhouder niet geïsoleerd – als belastingplichtige gebeurtenis – kon worden beschouwd, omdat in casu geen sprake was van een op zichzelf staande economische transactie.



- 11 Tenslotte stelde het gerecht vast dat de vennootschap, door te handelen als beschreven in het verzoek om een ruling, niet als ondernemer zou optreden en de litigieuze gebeurtenis geen handeling in het kader van haar economische activiteit zou vormen. Het zou juist gaan om een interne, organisatorisch-structurele maatregel. De in het verzoek beschreven gebeurtenis zou dus geen levering onder bezwarende titel van goederen zijn in de zin van artikel 5, lid 1, punt 1 en artikel 7, lid 1, van de wet op de omzetbelasting.

### **Procedure voor de Naczelny Sąd Administracyjny**

- 12 De Minister Finansów heeft tegen bovengenoemde uitspraak beroep in cassatie ingesteld en betoogd dat het gerecht in eerste aanleg artikel 5, lid 1, punt 1, artikel 7, lid 1, artikel 15, lid 1 en artikel 106b, lid 1, punt 1, van de wet op de omzetbelasting geschonden, door deze artikelen verkeerd uit te leggen en als gevolg daarvan de toepasselijkheid ervan onder de omstandigheden als in het verzoek om een ruling beschreven onjuist te beoordelen, door ten onrechte aan te nemen dat de vennootschap in het kader van de in het verzoek beschreven gebeurtenis niet als btw-plichtige zou handelen en deze gebeurtenis in zijn totaliteit beschouwd geen levering van goederen onder bezwarende titel in de zin van artikel 5, lid 1 en artikel 7, lid 1, van de wet op de omzetbelasting zou zijn.

**[Or. 9 (7)]** Dienovereenkomstig heeft de Minister Finansów verzocht om de bestreden uitspraak in zijn geheel te vernietigen en zich over de grief uit te spreken, en subsidiair om de uitspraak in zijn geheel te vernietigen en de zaak voor hernieuwde behandeling naar het gerecht van eerste aanleg terug te verwijzen. Bovendien is verzocht verweerderster in de kosten van de cassatieprocedure te verwijzen.

- 13 De vennootschap heeft in haar verweerschrift gevorderd het beroep in cassatie te verwerpen en de belastingdienst in de overeenkomstig de wet geraamde kosten van de cassatieprocedure te verwijzen.

### **III. Gronden voor het verzoek om een prejudiciële beslissing van de nationale rechterlijke instantie (Naczelny Sąd Administracyjny)**

#### **Algemene opmerkingen**

- 14 Op grond van de toetreding van de Republiek Polen tot de Europese Unie op 1 mei 2004 conform het Toetredingsverdrag, maakt het gemeenschapsrecht met ingang van die datum deel uit van de in Polen geldende rechtsorde, waarbij het gemeenschapsrecht in geval van collisie met de nationale wetgeving krachtens artikel 91, lid 3, van de grondwet van de Republiek Polen (Konstytucja RP) juncto artikel 2 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden, die deel uitmaakt van het Toetredingsverdrag, voorrang heeft.

15 De Naczelny Sąd Administracyjny heeft in aanmerking genomen dat het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht mede gebaseerd is op vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van 5 februari 1963, van Gend en Loos, 26/62, van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, en van 29 april 1999, Ciola, C-224/97).

16 De Naczelny Sąd Administracyjny is van oordeel dat beantwoording van de volgende vraag nodig is om een beslissing te kunnen geven in bovengenoemd beroep in cassatie [van de Minister Finansów]:

Is de overdracht van een onroerend goed door een aandelenvennootschap aan een aandeelhouder als tegenprestatie voor de intrekking van zijn aandelen, onderworpen aan de heffing van btw krachtens artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde (PB 2006, L 374, blz. 1)?

**[Or. 10 (8)] Beantwoording van de vraag**

17 Krachtens artikel 2, lid 1, onder a), van richtlijn 2006/112/EG zijn de leveringen van goederen die binnen het grondgebied van een lidstaat door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht, onderworpen aan de btw.

Als belastingplichtige wordt volgens artikel 9 van de richtlijn beschouwd eenieder die, op ongeacht welke plaats, zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit. Als economische activiteit worden volgens deze bepaling beschouwd, alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen alsmede de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

Uit de boven aangehaalde bepalingen blijkt, zoals ook het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Armbrrecht (C-291/92) heeft bevestigd, dat het niet volstaat dat de betreffende handeling wordt verricht door een belastingplichtige die economische activiteiten uitoefent en wegens die activiteiten voor btw-doeleinden geregistreerd is. Om een handeling te kunnen belasten moet aan de volgende *conditio sine qua non* zijn voldaan: In de eerste plaats moet de betreffende handeling in de catalogus van belastbare handelingen worden genoemd en in de tweede plaats dient zij te worden verricht door een economisch subject dat in het kader van de verrichting van die handeling als belastingplichtige voor de btw wordt beschouwd.

18 Uit het verzoek om een ruling blijkt dat verzoekster een reorganisatie van het concern overweegt, door een deel van de aandelen van de aandeelhouder (in casu de Spółka z o.o.) in te trekken. De intrekking zal plaatsvinden op een van de in het

wetboek betreffende de handelsvennootschappen voorgeschreven manieren (automatische, gedwongen of vrijwillige intrekking). De aandeelhouder (de Spółka z o.o.) zal voor de intrekking van de aandelen van verzoekster een vergoeding ontvangen in de vorm van overdracht van de eigendom van stukken grond met opstallen, inclusief inrichting daarvan (het betreft een vergoeding in natura). De waarde van bovengenoemde vermogensbestanddelen zal overeenkomen met de waarde van de door de ingetrokken aandelen vertegenwoordigde nettoactiva, zoals opgevoerd in de jaarrekening over het laatste boekjaar, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

- 19 Ingevolge artikel 359, lid 1, tweede zin, kan een aandeel worden ingetrokken, hetzij met toestemming van de aandeelhouder door inkoop van dat aandeel door de vennootschap (vrijwillige intrekking), hetzij zonder zijn toestemming (gedwongen intrekking).

**[Or. 11 (9)]** Voor de intrekking van aandelen is een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Het besluit moet met name de rechtsgrondslag voor de intrekking noemen, de hoogte van de vergoeding die de eigenaar van de ingetrokken aandelen toekomt bepalen, of motiveren waarom aandelen zonder vergoeding worden ingetrokken, en regelen op welke wijze het kapitaal zal worden verminderd.

De statuten kunnen evenwel bepalen dat de aandelen zullen worden ingetrokken zonder dat de algemene vergadering van aandeelhouders daarvoor een besluit dient te nemen, wanneer zich een bepaalde gebeurtenis voordoet (automatische intrekking). In dat geval zijn de bepalingen betreffende de gedwongen intrekking van toepassing.

De gedwongen intrekking geschiedt tegen een vergoeding die niet lager mag zijn dan de waarde van de nettoactiva die het aandeel vertegenwoordigt, zoals die in de jaarrekening over het laatste boekjaar is opgevoerd, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

Met de intrekking van de aandelen gaan de daarmee verbonden aandeelhoudersrechten teniet, en verliest de aandeelhouder dus de positie – en daarmee bepaalde rechten – die hij tot op dat moment in de vennootschap had en wordt hij van bepaalde vermogens- en vennootschapsrechtelijke verplichtingen bevrijd. Door de intrekking worden de aandelen van de aandeelhouder doorgehaald, wat in beginsel gepaard gaat met de uitbetaling van een vergoeding aan de aandeelhouder, hoewel de intrekking ook zonder vergoeding mogelijk is.

Krachtens artikel 360, lid 1, van de vennootschapswet moet bij de intrekking van aandelen van een aandelenvennootschap altijd het maatschappelijk kapitaal worden verminderd.

- 20 Voor de onderscheiden wijzen van intrekking van aandelen gelden verschillende procedures en voorwaarden. In geval van een gedwongen (automatische)

intrekking blijft bijvoorbeeld de aandeelhouder tot het moment van intrekking eigenaar van de aandelen, terwijl bij vrijwillige intrekking de aandelen aan de vennootschap worden verkocht voordat de doorhaling daadwerkelijk plaatsvindt, met andere woorden het besluit tot intrekking wordt genomen.

De aandeelhouder wiens aandelen worden ingetrokken, heeft in beginsel recht op een vergoeding. In het geval van gedwongen of automatische intrekking komt de vergoeding overeen met de waarde van de nettoactiva die het aandeel vertegenwoordigt, zoals die in de jaarrekening over het laatste boekjaar is opgevoerd, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

In geval van vrijwillige intrekking kan de vergoeding evenwel worden bepaald aan de hand van de overeengekomen waarde van de door de vennootschap met het oog op intrekking overgenomen aandelen, waarbij in deze **[Or. 12 (10)]** zaak werd aangegeven dat de vergoeding – net als bij gedwongen intrekking – zal overeenkomen met de waarde van de nettoactiva die het aandeel vertegenwoordigt, zoals die in de jaarrekening over het laatste boekjaar is opgevoerd, met aftrek van het voor uitkering aan de aandeelhouders bestemde bedrag.

- 21 De vergoeding die de aandeelhouder voor de intrekking van zijn aandelen toekomt, kan zowel in geld als in natura worden betaald. In deze zaak werd gekozen voor betaling in natura in de vorm van onroerend goed (gebouwen) met de bijbehorende inventaris.
- 22 In zijn beslissing nr. 7 van 16 november 2015 [OMISSIS] heeft de Naczelny Sąd Administracyjny met betrekking tot de vrijwillige intrekking van een deelneming in een spółka z o.o. het standpunt ingenomen dat de overdracht van een onroerend goed aan een vennoot als tegenprestatie voor de verwerving door de vennootschap van diens deelneming ten behoeve van de intrekking ervan, krachtens artikel 5, lid 1, punt 1 juncto artikel 7, lid 1, van de wet op de omzetbelasting aan de btw is onderworpen.

Het gerecht heeft namelijk aangenomen dat wanneer – volgens de bepalingen van richtlijn 2006/112/EG – de inbreng in natura in een handels- of civielrechtelijke vennootschap in beginsel aan de btw is onderworpen en mitsdien niet kan worden betwijfeld dat over een inbreng die geen inbreng in contanten is, onder andere ook over onroerend goed dat in een handelsvennootschap wordt ingebracht, btw moet worden afgedragen, er geen reden is om in het omgekeerde geval, dat wil zeggen bij overdracht van onroerend goed door een handelsrechtelijke vennootschap aan een vennoot als tegenprestatie voor de van laatstgenoemde verworven deelneming, deze handeling anders te beoordelen om de enkele reden dat ze plaatsvindt in het kader van de rechtsfiguur van intrekking van aandelen.

In dit geval vervreemdt de vennoot zijn deelneming, die niet alleen een bepaalde nominale waarde had, maar ook een balans- en marktwaarde. Wanneer de

vennootschap als tegenprestatie voor de door de vennoot vervreemde deelneming, die een bepaalde waarde had, in het kader van de intrekking van dit kapitaal een goed in de zin van artikel 6, lid 2, punt 6, aan hem overdraagt, dan zou dat moeten worden beschouwd als een levering van goederen in de zin van artikel 5, lid 1, punt 1, juncto artikel 7, lid 1, van de wet op de omzetbelasting. De vennootschap draagt daarbij namelijk het recht om als een eigenaar over het goed te beschikken over aan de vennoot. De overdracht geschiedt onder bezwarende titel, aangezien de vennootschap als tegenprestatie een deelneming zou verwerven die een bepaalde, niet alleen nominale waarde heeft. Daarbij is niet van belang dat deze transactie plaatsvindt in het kader van de rechtsfiguur van intrekking van kapitaal.

- 23 **[Or. 13 (11)]** In de onderhavige zaak, die op vergelijkbare feiten is gebaseerd als bij de intrekking van vennootschappelijk kapitaal, nl. de intrekking van aandelen, heeft het gerecht in eerste aanleg er terecht op gewezen dat bij de toetsing van de btw-plicht de transactie, die van complexe aard is en als samenstel van wezenlijke bestanddelen moet worden beschouwd, namelijk de intrekking van de aandelen van de vennootschap en de toekenning aan de aandeelhouder van een vergoeding in natura voor de ingetrokken aandelen. Deze twee handelingen – de intrekking van de aandelen en de toekenning van de vergoeding – zijn nauw met elkaar verweven en onderling afhankelijk en vormen mitsdien een eenheid. Hier een scheiding aan te brengen zou een kunstgreep zijn en zou geen juiste voorstelling geven van de transactie in zijn totaliteit. De overdracht door de vennootschap aan de aandeelhouder van lichamelijke activa, namelijk van terreinen met gebouwen en de inventaris ervan, was geen normale zakelijke transactie waarbij een bepaald goed wordt verkocht met het oogmerk een vermogensvoordeel te behalen, maar dient ter uitvoering van het voornemen van de vennootschap het aantal aandelen te reduceren en zo het maatschappelijk kapitaal te verminderen. Als de vennootschap geen stappen zou ondernemen met het doel aandelen in te trekken, zou er geen reden zijn voor de overdracht van bepaalde vermogensbestanddelen aan de aandeelhouder.

- 24 Weliswaar is het een feit dat de vennootschap, door de aandeelhouder een vergoeding in natura toe te kennen, dit in geval van vrijwillige intrekking doet als tegenprestatie voor de verworven aandelen, maar daarbij mag niet buiten beschouwing blijven dat dit geschiedt met het oog op intrekking van de aandelen, dus doorhaling ervan, waardoor het maatschappelijk kapitaal wordt verminderd.

Indien het een gedwongen (automatische) intrekking betreft, is er in het geheel geen sprake van een verwerving van aandelen door de vennootschap.

- 25 Rekening houdend met het doel van de rechtsfiguur van intrekking van aandelen (artikelen 359 en 360 van de vennootschapswet), namelijk doorhaling van de aandelen en vermindering van het maatschappelijk kapitaal, dat de vennootschap beoogt te bereiken door de aandeelhouder een vergoeding toe te kennen, hetzij in de vorm van geld, hetzij in natura, rijzen twijfels of in een dergelijk geval kan worden gesproken van een economische handeling in de zin van artikel 9 van richtlijn 2006/112/EG die de vennootschap als ondernemer, en dus als

belastingplichtige, verricht. De oorsprong van deze complexe situatie moet worden gezien in de bepalingen van het wetboek betreffende de handelsvennootschappen en de statuten van de betreffende aandelenvennootschap. De grondslag ervan wordt gevormd door het besluit van de algemene vergadering van de vennootschap en eventueel de toestemming van de aandeelhouder – als het een vrijwillige intrekking betreft –, dan wel het feit dat een bepaalde, in de statuten beschreven gebeurtenis zich voordoet.

- 26 **[Or. 14 (12)]** De intrekking van aandelen komt niet voor in de door richtlijn 2006/112/EG beschreven catalogus van belastbare handelingen. Heeft mitsdien de omstandigheid dat daarvoor een vergoeding in natura – en niet in geld – zal worden betaald, tot gevolg dat deze handeling als aan de btw onderworpen moet worden behandeld?

Bovendien kan ook worden betwijfeld of dit een handeling onder bezwarende titel betreft, aangezien als gevolg van de intrekking van de aandelen (zelfs wanneer daaraan in geval van een vrijwillige intrekking de verwerving van de aandelen voorafgaat) zich bij de vennootschap – die als leverancier van de goederen zou moeten worden beschouwd – geen vermogensgroei voordoet, omdat de aandelen worden doorgehaald en het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap wordt verminderd. De verwerving van aandelen van een aandeelhouder ten behoeve van vrijwillige intrekking kan niet los worden gezien van het met de verwerving nagestreefde doel (doorhaling van de verworven aandelen).

Daarbij mag niet onvermeld blijven dat de btw, die een verbruiksbelasting is, de eindverbruiker belast en niet de belastingplichtige die in het kader van zijn economische activiteit een belastingplichtige handeling verricht. De belastingplichtige kan – door zijn tegenprestatie – de btw op de ontvanger van de prestatie afwentelen en door hem laten betalen. Deze mogelijkheid heeft hij niet wanneer aandelen worden ingetrokken en de tegenprestatie daarvoor in natura wordt betaald.

- 27 Gelet op het voorgaande hangt de uitkomst van de onderhavige zaak af van het antwoord op de vraag of de omstandigheid dat de door de aandeelhouder ontvangen vergoeding voor de (vrijwillige, gedwongen, automatische) intrekking van de aandelen door de aandelenvennootschap niet in de vorm van een geldelijke prestatie, maar *in natura* (in de vorm van goederen) wordt toegekend, tot gevolg heeft dat deze intrekking een economische activiteit van de vennootschap als bedoeld in artikel 9 van richtlijn 2006/112/EG is, met andere woorden of de vennootschap in dat geval als belastingplichtige en onder bezwarende titel handelt.
- 28 Indien zou worden aangenomen dat de verrichting van de prestatie *in natura* als vergoeding voor de intrekking van de aandelen geen economische activiteit en geen levering onder bezwarende titel is, zou daarbij in aanmerking moeten worden genomen dat, indien de aandelenvennootschap de voorbelasting als belastingplichtige op de overgedragen goederen in aftrek heeft gebracht, moet

worden nagegaan of eventueel artikel 16 van richtlijn 2006/112/EG van toepassing is (aangezien goederen waarvoor voorbelasting in aftrek is gebracht, voor andere doeleinden dan de bedrijfsuitoefening zijn gebruikt), waarbij eventueel een vrijstelling van de btw ingevolge artikel 135, lid 1, onder j), van richtlijn **[Or. 15 (13)]** 2006/112/EG in aanmerking zou moeten worden genomen – wat evenwel in de onderhavige zaak niet aan de orde is.

- 29 Voormelde twijfels met betrekking tot de uitlegging van de hierboven aangehaalde bepalingen van Gemeenschapsrecht zijn de reden waarom het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de hoger weergegeven vraag.
- 30 Op die gronden heeft de nationale rechterlijke instantie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie [OMISSIS] de in punt 1 van het dictum vermelde beslissing genomen.

[OMISSIS] [schorsing van de behandeling]

[OMISSIS]