

Belastingadviseurs) is een  
(Nederlandse Orde van  
missie Vaktechniek van de  
aren met succes lezingen  
kundigen uit de wetenschap  
opende fiscale onderwerpen  
ragen bij aan het verhogen  
niveau van jonge belasting  
at verslagen van de lezingen

L E Z I N G E N

Commissie **Vaktechniek**  
2007/2008



de Jonge Orde van Belastingadviseurs  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs





# Lezingen Commissie Vaktechniek 2007/2008

Jonge Orde van Belastingadviseurs

*Omslagontwerp:*  
du Rieu Grafisch Ontwerpers BNO

*Ontwerp binnenwerk:*  
Bert Arts BNO

*Technische realisatie:*  
Grafidata Deventer

© 2008, JOB, uitgegeven door *Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers*, Amersfoort

*Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers*  
Postbus 2511, 3800 GB Amersfoort, tel. (033) 450 15 50, fax (033) 450 15 00.  
Nadere informatie over de uitgaven van *Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers* vindt u op  
[www.sffu.nl](http://www.sffu.nl).

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij *Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers*.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

# Inhoud

*Voorwoord / 7*

*Art. 10a Wet VPB 1969 – wijzigingen per 2007 / 9*

Dr. O.C.R. Marres

25 januari 2007

*Fiscale reorganisatiefaciliteiten in de VPB naast elkaar gezet / 15*

Prof.dr. E.J.W. Heithuis

1 maart 2007

*Overdrachtsbelastingclaims bij een aandelenverkrijging / 21*

Dr. Y.E. Gassler

3 mei 2007

*De rol van de belastingadviseur in belastingzaken / 33*

Dr.mr. R.E.C.M. Niessen en Mr.dr. R.M.P.G. Niessen-Cobben

13 september 2007

*Mediation / 41*

Mr. J. Kuiper

28 november 2007

*Tax clauses in the Share Purchase Agreements / 47*

Mr.drs. O.E. Van der Donk

13 februari 2008



# Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

Na een periode van afwezigheid bieden wij je hierbij het derde JOB-lezingenboekje aan. Dit lezingenboekje bevat verslagen van de lezingen die in het seizoen 2007/2008 door de JOB zijn georganiseerd.

Gedurende de onderhavige periode zijn tijdens de lezingen een tal van onderwerpen aan bod gekomen. Van Art. 10a Wet VPB 1969 tot aan de reorganisatiefaciliteiten in de Wet VPB 1969 en van mediation tot aan cassatie in belastingzaken. Breed genoeg dus om JOB-leden met verschillende achtergronden aan te spreken. De afwisselende organisatie van de lezingen in Rotterdam en Amsterdam droeg er evenzeer aan bij dat de lezingen door een gevarieerd publiek werden bezocht. Hierbij kan als absoluut hoogtepunt de lezing met het onderwerp tax clauses in Share purchase agreements worden genoemd die een enorm aantal bezoekers trok.

De opzet van dit boekje is wat anders dan je (wellicht) van de vorige edities gewend was. In eerdere versies is gekozen voor verslagen van de hand van de inleiders zelf, waarin de inleiders de door hen besproken onderwerpen nader uitdiepten. In dit boekje zijn verslagen opgenomen die door de leden van de JOB Commissie Vaktechniek zelf zijn opgesteld en door de inleiders zijn geredigeerd. Hiermee is getracht de inleiders wat te verlichten en het motto 'voor-en-door-de-JOB leden' wat meer leven in te blazen. Twee vliegen in één klap dus. Alleen voor de lezing van Dr. Y.E. Gassler is een artikel van hemzelf opgenomen.



Doordat na de lezingen en verslagleggingen al enige tijd is verstreken en het fiscale werkkterrein zich ondertussen heeft ontwikkeld, kan het zijn dat bij het verschijnen van deze uitgave de actualiteit de tekst van de bijdragen reeds heeft ingehaald.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruikmaken om eenieder te bedanken die heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit boekje. Tevens wil ik de wens uitspreken dat in de toekomst nog vele interessante lezingen zullen worden georganiseerd en de lezingen door vele JOB-leden zullen worden bezocht!

Voor nu: veel leesplezier toegewenst. En voor later: tot op één van de lezingen!

Met vriendelijke groet,

Namens de Commissie vaktechniek

Paula van den Boom

*Voorzitter*

*Commissie vaktechniek 2006/2007*

Björn Schuurmans

Evelien Asschert

Bibi Blijswijk

Paula van den Boom

Liesbeth Hetebrij

Daniël Mutschler

Marieke Sturm

*Commissie vaktechniek 2007/2008*

Paula van den Boom

Bibi Blijswijk

Edwin Gommers

Daniël Mutschler

Dennis Post

Marieke Sturm

# Art. 10a Wet VPB 1969 – wijzigingen per 2007

Dr. O.C.R. Marres  
25 januari 2007

*Dr. O.C.R. Marres, verbonden als universitair docent Belastingrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam (UvA) en tevens als belastingadviseur verbonden aan een groot kantoor, heeft in zijn lezing kort een overzicht gegeven van de wijzigingen op het gebied van de renteaftrekbeperking van Art. 10a Wet VPB 1969 ('artikel 10a').*

## 1 ART. 10A WET VPB 1969 IN HET KORT

Allereerst merkt de heer Marres op dat Art. 10a grotendeels gericht was tegen de omzetting van vermogen. Echter, gegeven de financieringsvrijheid van een (startende) ondernemer zou het niet vreemd zijn te veronderstellen dat een ondernemer ook vrij zou moeten zijn om zijn vermogen op een later moment te herfinancieren. Waarom zou het wel toegestaan zijn om een vennootschap te financieren met vreemd vermogen bij de oprichting, maar heeft een ondernemer niet de vrijheid om op een willekeurig moment te herfinancieren? Hiermee stelt Marres de toepassing van Art. 10a voor zover dat ziet op de omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen in zijn geheel ter discussie.

Art. 10a is gericht tegen constructies waarbij op een gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag. Renteaftrek wordt in dergelijke gevallen in beginsel geweigerd. De belastingplichtige heeft echter de mogelijkheid van tegenbewijs. De belastingplichtige dient dan aannemelijk te maken dat aan het samenstel van transacties zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In een beperkt aantal gevallen komt de rente bovendien in aftrek als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij de ontvanger een redelijke heffing plaatsvindt.

Met ingang van 1 januari 2007 is Art. 10a aangepast. Volgens de wetgever is Art. 10a met 'Werken aan Winst vereenvoudigd'. Er is een nieuw tweede lid ingevoegd, externe acquisities kunnen nu ook als besmette transacties worden aangemerkt en de compenserende heffing is gekwantificeerd en indirecte verbanden spelen nu een grotere rol.

De heer Marres geeft een voorbeeld uit de jurisprudentie waaruit blijkt dat indirecte verbanden nu een grotere rol spelen. In HR 17 juni 2005, BNB 2005/304 (in HR 8 oktober 2004, BNB 2005/51 speelde een enigszins vergelijkbare casus) ging het om de situatie waarin een belastingplichtige geld stortte in een Belgische dochter (groepsvennootschap die laag-belast was vanwege toepassing van het Belgische Coördinatiecentrum regime) die jaren later het geld weer terugleende aan de belastingplichtige die de door haar – in verband met een acquisitie – opgenomen lening bij haar moeder afloste. Het voornemen tot teruglenen bestond nog niet in concrete vorm ten tijde van de kapitaalstorting. De inspecteur beriep zich erop dat de rente op deze lening niet aftrekbaar was, omdat sprake was van een samenstel van rechtshandelingen. De Hoge Raad oordeelde daarentegen dat doordat op het moment van storten nog geen voornemen bestond tot het doen van een acquisitie, niet voorzienbaar was dat het gestorte geld later zou worden teruggeleend en dus geen verband bestond als vereist in Art. 10a. Dus dat de renteaftrek was toegestaan. In de Memorie van Toelichting is expliciet aangegeven dat deze arresten (met name in HR 17 juni 2005, BNB 2005/304) mede de aanleiding hebben gevormd voor de wijziging van Art. 10a. Met de wijziging is beoogd dat de gevolgen van deze jurisprudentie van de Hoge Raad worden gerepareerd.

In dit verband is het belangrijk om te zien dat niet langer een rechtstreeks verband noodzakelijk is. De wettekst geeft nu aan dat de rente 'rechtens dan wel in feite, direct of indirect' verband dient te houden met de gewraakte rechtshandeling. De heer Marres merkt op dat aan een indirect verband relatief snel zal zijn voldaan. Een dergelijk verband ontstaat nadien op het moment van teruglening. Met de uitbreiding is dus beoogd dat nu ook na verloop van tijd ontstane verbanden onder het bereik van Art. 10a te brengen. Het nieuwe tweede lid voegt ten aanzien van deze uitbreiding met indirecte verbanden weinig toe en is enkel ter verduidelijking opgenomen. Het tweede lid geeft aan dat van een verband tussen

een schuld en een rechtshandeling ook sprake is als de schuld is aange-  
gaan na het verrichten van de rechtshandeling.

### 3 EXTERNE ACQUISITIES (ART. 10A, EERSTE LID, ONDERDEEL C, WET VPB 1969)

Een opvallende wijziging die de heer Marres terecht aangeeft is dat Art. 10a is uitgebreid met externe acquisities die als besmette transacties kunnen worden aangeduid. Art. 10a was al van toepassing als geld werd geleend van een verbonden lichaam om een verbonden lichaam te kopen, maar nu is het artikel zelfs al van toepassing als het aangekochte lichaam door de acquisitie zelf een verbonden lichaam wordt. Het is derhalve niet langer nodig dat sprake is van verbondenheid voorafgaand aan de acquisitie. Om niet als besmette transactie te worden aangemerkt dient de belastingplichtige te bewijzen dat zowel aan de schuld als aan de overname in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Volgens de Hoge Raad wordt een lening geacht zakelijk te zijn als die is aangegaan in verband met een derdenacquisitie. Zij heeft in haar arrest HR 17 december 2004, BNB 2005/169 geoordeeld dat indien een concern door middel van een Nederlandse (holding-)vennootschap de aandelen in een vennootschap van een derde overneemt en die (holding-)vennootschap ter financiering daarvan een schuld aangaat, het zakelijke karakter al is gegeven doordat wordt gekocht van een derde.

Over de zakelijkheid van een lening wordt verder opgemerkt dat in het geval dat de crediteur van een geldlening is gevestigd in een tax haven en deze het daarvoor aangewende eigen vermogen met het oog op die financiering heeft verkregen van een (al dan niet buitenlandse) groepsmaatschappij, er in principe sprake is van een onzakelijke omleiding van de ter financiering benodigde geldstroom. In de Memorie van Antwoord is aangegeven dat een lening wel als zakelijk wordt aangemerkt indien de crediteur het voor de desbetreffende geldlening aangewende eigen vermogen niet met het oog op de acquisitie heeft verkregen. De heer Marres concludeert dat het derhalve doorslaggevend is of een onzakelijke omleiding van de financiering heeft plaatsgevonden.

#### 4                   VERVANGING VAN ART. 10A, TWEEDE LID, ONDERDEEL C (OUD), WET VPB 1969

Volgens Art. 10a, tweede lid, onderdeel c (oud) Wet VPB 1969 bestaat geen aftrekrecht van de rentekosten als een kapitaalstorting of een andere aanwending van vermogen wordt verricht door de belastingplichtige of een verbonden lichaam aan de crediteur en deze vervolgens wordt teruggeleend aan de belastingplichtige. Voorgaande ziet op de situatie dat vanuit het Nederlandse gedeelte van de groep vermogen naar een onbelast of laagbelast deel van de groep wordt gebracht en vervolgens naar het Nederlandse gedeelte wordt teruggeleend. Art. 10a, lid 2 is nu geïntegreerd in het eerste lid van Art. 10a. De heer Marres merkt op dat het nieuwe Art. 10a verduidelijkt wat onder een aanwending van vermogen moet worden verstaan. Namelijk aanwending van vermogen is een dividenduitkering, storting en acquisities.

#### 5                   TEGENBEWIJS

De heer Marres geeft aan dat de (nieuwe) tegenbewijsregeling uiteenvalt in verschillende componenten, te weten:

- **Kwantificering van de compenserende heffing**  
De leer van de compenserende heffing is in de arresten HR 10 maart 1993, BNB 1993/196 en HR 20 september 1995, BNB 1996/5 ontwikkeld. De Hoge Raad toetst alleen bij de crediteur of er sprake is van een redelijke heffing. De renteaftrekbepanking is niet aan de orde als over de rente-inkomsten bij de crediteur per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Met ingang van 1 januari 2007 houdt dit in dat een heffing die resulteert in ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, exclusief toepassing van de octrooi- en rentebox, voldoende is.
- **Handhaving van het beleid ten aanzien van de externe lening**  
In het Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M is aangegeven dat een geldlening en een rechtshandeling zakelijk zijn als de geldlening uiteindelijk extern gefinancierd is en er sprake is van zogenoemde parallelliteit tussen de geldlening en de externe financiering. Deze beleidsregel blijft ook onder het nieuwe Art. 10a van toepassing (al wordt er in het gewijzigde Art. 10a wel gesproken over 'schuld' in plaats van 'geldlening'). Om aan te kunnen tonen dat een schuld zakelijk is, is een direct verband noodzakelijk tussen de schuld en de uiteindelijke externe financiering.

- Verduidelijking van het begrip ‘per saldo’  
Voor het tegenbewijs van Art. 10a is niet vereist dat de ontvangst van de rentebetaling daadwerkelijk tot belastingheffing leidt, indien tegenover de rentebaten bijvoorbeeld rentelasten staan.

## 6 DOORGEEFLUIK

In de Nota naar aanleiding van het Verslag is opgemerkt dat de aanwezigheid van corresponderende rentelasten kan betekenen dat de crediteur fungeert als doorgeefluik binnen het concern. Marres geeft verder nog in een voorbeeld aan dat Art. 10a alleen van toepassing is bij de ‘uiteindelijk gerechtigde’ als een tussenliggende vennootschap fungeert als een doorgeefluik. Een vennootschap fungeert als doorgeefluik wanneer sprake is van paralleliteit van een opgenomen en een opvolgende verstrekte lening. Derhalve dient de compenserende heffing in de opvolgende schakel (crediteur van crediteur) te worden beoordeeld. Of sprake is van een doorgeefluik, wordt voornamelijk beoordeeld aan de hand van de looptijd, aflossing, rentevergoeding, omvang en het tijdstip van aangaan van de leningen.

## 7 FRAUS LEGIS

De intentie van zowel het oude als het nieuwe Art. 10a is de codificatie en modificatie van de *fraus legis*-jurisprudentie. De ruimte om *fraus legis* toe te passen is daarmee fors ingeperkt. Hof 's-Gravenhage overwoog in Hof 's-Gravenhage 31 januari 2003, V-N 2003/28.1.20 dat de wetgever de onderhavige materie in detail heeft proberen te regelen. Gelet hierop is geen plaats voor de toepassing van het leerstuk *fraus legis*. De heer Marres meent echter dat een beroep op *fraus legis* nog wel mogelijk is in gevallen waarin bepaalde ontgaansmogelijkheden niet voorzienbaar zijn geweest door de wetgever.

## 8 CONCLUSIE

De heer Marres komt tot de conclusie dat van een vereenvoudiging van Art. 10a niet kan worden gesproken. De gegeven uitbreiding van Art. 10a naar tevens indirecte verbanden tussen de lening en een besmette rechtshandeling – nu kan ook achteraf worden geoordeeld dat er een verband is – leidt tot veel rechtsonzekerheid bij de belastingplichtige.

Aan het criterium van de tegenbewijsregeling bij externe acquisities dat aan de rechtshandeling zakelijke overwegingen ten grondslag dienen te liggen is volgens de Hoge Raad al voldaan als een externe vennootschap wordt geacquireerd. De heer Marres anticipeert en verwacht dat bij de externe acquisitie Art. 10a niet snel tot een aftrekbeperking zal leiden.

# Fiscale reorganisatiefaciliteiten in de VPB naast elkaar gezet

Prof.dr. E.J.W. Heithuis  
1 maart 2007

Prof.dr. E.J.W. Heithuis, als hoogleraar verbonden aan de Universiteit van Utrecht en werkzaam als wetenschappelijk adviseur bij een groot belastingadvieskantoor, heeft de verschillen, voordelen en nadelen met betrekking tot de gefacilieerde bedrijfsfusie, juridische fusie, juridische (af)splitsing en de reorganisatie binnen de fiscale eenheid behandeld.

## 1 KARAKTERISTIEKEN

De diverse faciliteiten hebben de volgende karakteristieken:

Bedrijfsfusie	Afsplitsing	Juridische fusie	Fiscale eenheid
<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdracht (ondernings)vermogen onder bijzondere titel</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdracht vermogen onder algemene titel</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdracht vermogen onder algemene titel</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdracht vermogen onder bijzondere titel</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Tegen uitreiking van aandelen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tegen uitreiking van aandelen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tegen uitreiking van aandelen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Tegen uitreiking van aandelen en/of tegen creditering</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdragende vennootschap blijft bestaan</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Splitsende rechtspersoon blijft bestaan (afsplitsing) of houdt van rechtswege op te bestaan (zuivere splitsing)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Fuserende rechtspersoon houdt van rechtswege op te bestaan</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Overdragende vennootschap houdt niet op te bestaan</li></ul>



Bedrijfsfusie	Afsplitsing	Juridische fusie	Fiscale eenheid
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verkrijgende vennootschap is bestaande of nieuw opgerichte vennootschap</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verkrijgende rechtspersoon is bestaande of nieuw opgerichte rechtspersoon (mits 'structuurwijziging')</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verkrijgende rechtspersoon is bestaande of nieuw opgerichte rechtspersoon</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verkrijgende vennootschap is bestaande of nieuw opgerichte vennootschap</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indeplaatstreding</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indeplaatstreding</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Indeplaatstreding</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Voortzetting bestaande gedragslijn m.b.t. waardering activa en passiva en vorming reserves (Art. 9 Besluit f.e. 2003)</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Standaardvoorwaarden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Standaardvoorwaarden alleen nog voor afsplitsing</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Standaardvoorwaarden</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 15-15aj VPB; Besluit f.e. 2003</li> </ul>

## 2 VERSCHILLEN; VOORDELEN EN NADELEN

### *Uit te reiken aandelen*

De heer Heithuis gaat in op de eis die bij de bedrijfsfusiefaciliteit wordt gesteld ten aanzien van de uitreiking van aandelen. Hoewel hij van mening is dat de faciliteit ook zou moeten worden verleend als er geen aandelen worden uitgereikt – zogenoemde inbreng aandelen als informeel kapitaal – staat dit op gespannen voet met de wettekst. Gelet op de letterlijke tekst van de wet zal het minimum aantal uit te reiken aandelen twee moeten zijn. Hij vindt dit een erg flauw vereiste. De ratio achter de 'uitreiking van aandelen' is dat geen faciliteit nodig is als de onderneming tegen contanten wordt ingebracht. Bij een inbreng als infokap wordt echter ook aan deze ratio voldaan, dus er is volgens hem geen reden de faciliteit niet te verlenen. Frappant is in dit verband dat onder de oude kapitaalsbelasting op een inbreng als informeel kapitaal ook de fusiefaciliteiten van toepassing waren, dus waarom dat in de directe belastingwetgeving dan niet ook zo zou gelden, ontgaat hem. Voor de (af)splitsing en juridische fusie geldt hetzelfde.

### *Terugwerkende kracht*

Daarna wordt aandacht besteed aan de juridische (af)splitsing. De standaardvoorwaarden zijn voor een afsplitsing gelijk aan die van de bedrijfsfusie. Voor de zuivere splitsing zijn nog geen standaardvoorwaarden opgesteld, hoewel deze rechtsfiguur toch alweer enige jaren bestaat. Gezien de eisen die civielrechtelijk aan een dergelijke transactie worden gesteld (– gecompliceerde – afsplitsingsakte, publicatie in een landelijk dagblad) lijkt de bedrijfsfusie in eerste instantie de voorkeur te verdienen boven de juridische (af)splitsing. Echter, in tegenstelling tot een bedrijfsfusie, kan een zuivere splitsing met terugwerkende kracht naar het begin van het boekjaar worden doorgevoerd. Voor de juridische fusie geldt dit ook. Het is niet geheel zeker of dit ook voor een afsplitsing geldt. De heer Heithuis is van mening dat een bedrijfsfusie niet met terugwerkende kracht mogelijk is, gelet op jurisprudentie van de Hoge Raad in het kader van de geruisloze-inbrengfaciliteit van Art. 3.65 Wet IB 2001. Overigens zou het zijns inziens voor de hand liggen in de fiscaliteit een zekere mate van terugwerkende kracht toe te staan, parallel aan de geruisloze-inbrengfaciliteit van Art. 3.65 Wet IB 2001.

### *Overdracht vermogensbestanddelen versus onderneming*

Verschillen kunnen voorts worden onderscheiden ten aanzien van de mogelijkheid tot het overdragen van op zichzelf staande vermogensbestanddelen. Bij de bedrijfsfusie is de overdracht van een (materiële) onderneming of een zelfstandig deel van een onderneming vereist. Hij signaleert een onvolkomenheid tussen de ‘ontgaan/uitstel’-voorwaarde van Art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969 (zie hierna) en de daaraan gekoppelde herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden en het ondernemingsvereiste van het eerste lid. Onder actieve werkzaamheden vallen blijkens de wetsgeschiedenis ook zogenoemde actieve housterwerkzaamheden en bedrijfsmatig beleggen. Met name laatstgenoemde werkzaamheden vormen geen materiële onderneming. Het lijkt hem dat deze ongerijmdheid tussen het eerste en vierde lid van Art. 14 Wet VPB 1969 nog een voortvloeisel is uit de oude bedrijfsfusiebepalingen waarin een materiële fusie-eis werd gesteld.

Bij een afsplitsing is het toegestaan dat slechts één (of meerdere) vermogensbestanddelen, die geen (zelfstandig deel van een) onderneming vormen worden afgesplitst. Dit biedt een grotere mate van flexibiliteit ten opzichte van de bedrijfsfusie. Op grond van de fiscale-eenheidsbepalingen is het mogelijk om een (zelfstandig deel van een) onderneming dan wel op zichzelf staande vermogensbestanddelen over te dragen.

### *Onzakelijkheid/uitstel van belastingheffing*

Volgend aandachtspunt zijn de antimisbruikbepalingen in de diverse regelingen. Zo is in Art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969 de eis geformuleerd dat de bedrijfsfusie niet gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hier wordt aan voldaan als de fusie op zakelijke motieven berust. Met 'ontgaan/uitstel'-voorwaarde is beoogd te voorkomen dat een uitgestelde belastingclaim verloren gaat, doordat na de fusie de deelnemingsvrijstelling van toepassing wordt op het in het kader van de bedrijfsfusie verkregen aandelenbelang, waarna dit aandelenbelang belastingvrij kan worden vervreemd. Voor de bedrijfsfusie en de afsplitsing wordt bij de vervreemding van de aandelen in de overdrager dan wel de overnemer binnen drie jaar na de bedrijfsfusie/splitsing in eerste instantie onzakelijkheid aangenomen.

De mogelijkheid bestaat echter om aan te tonen dat de bedrijfsfusie/splitsing niet gericht was op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Vervreemding van het aandelenbelang kortvolgend op de bedrijfsfusie hoeft ook niet per se onzakelijk te zijn (HR 2 juni 2006, V-N 2006/31.13). Dit lijkt uiteindelijk alleen niet toegestaan als men ten tijde van de bedrijfsfusie weet dat het aandelenbelang op korte termijn zal worden vervreemd (Hof Amsterdam 13 februari 2002, V-N 2002/27.9). De heer Heithuis wijst er in dit kader op dat A-G Wattel in een tweetal recente conclusies heeft geconcludeerd tot het stellen van de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EG of de 'ontgaan/uitstel'-voorwaarde wel in overeenstemming is met de EG-fusierichtlijn (conclusie A-G Wattel 22 december 2006, V-N 2007/14.21). Overigens vreest hij dat de Hoge Raad dit niet zal doen, omdat de Hoge Raad, gelet op de feitelijke vaststellingen door het hof, de zaak zelf zou kunnen afdoen. Hij hoopt overigens wel dat de Hoge Raad het advies van de Advocaat-Generaal overneemt, want dan is deze belangwekkende controverse beëindigd.

Ingeval binnen een fiscale eenheid een vermogensoverdracht heeft plaatsgevonden en de fiscale eenheid ten aanzien van de betrokken vennootschappen wordt verbroken binnen drie, dan wel zes jaar na deze overdracht, vindt een strafheffing plaats ex Art. 15ai Wet VPB 1969. Er is dan slechts een beperkte mogelijkheid tot tegenbewijs, beperkter in elk geval dan mogelijk is bij de bedrijfsfusie of afsplitsing. De fiscale eenheid lijkt echter op het eerste gezicht anderszins een aantrekkelijke mogelijkheid te bieden voor overdracht van vermogensbestanddelen, vooral qua uitvoering. Op basis van Art. 15ai, derde lid, Wet VPB 1969 wordt geen termijn gesteld aan de periode waarin de fiscale eenheid niet mag worden verbroken ten aanzien van de vennootschappen waartussen de ver-

mogensbestanddelen zijn overgedragen. Voorwaarde is dat deze overdracht in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening moet hebben plaatsgevonden. In de praktijk zijn echter weinig voorbeelden te verzinnen waarin aan dit vereiste wordt voldaan.

Opvallend is dat de termijnen waarbinnen onzakelijkheid wordt aangenomen niet voor alle regelingen op eenzelfde wijze zijn gedefinieerd. Waar bij een bedrijfsfusie en juridische afsplitsing het verstrijken van drie boekjaren is vereist, wordt bij de fiscale eenheid een periode van drie maal 365 dagen gehanteerd. De 'besmette' termijn kan dus voor de bedrijfsfusie en de juridische afsplitsing met een jaar worden verkort als de fusie/splitsing aan het einde van een boekjaar plaatsvindt.

In dit kader wordt nog de afsluitende opmerking gemaakt dat oplettendheid is geboden bij elkaar opvolgende transacties waarbij gebruik wordt gemaakt van de fiscale faciliteiten. Dit kan tot gevolg hebben dat eerder verleende faciliteiten worden ingetrokken. Goed voorbeeld van zo'n situatie is HR 14 mei, BNB 2004/277, waarin een aandelenfusie werd gevolgd door een bedrijfsfusie. Beide transacties kwalificeerden op zich voor de respectievelijke fiscale faciliteit, maar in onderlinge samenhang bezien werd niet voldaan aan het 'meer dan 50% stemrecht'-vereiste van Art. 3.55 Wet IB 2001. Zulks besliste de Hoge Raad dan ook.

#### *Overdracht verliezen*

Ten slotte wordt nog ingegaan op de mogelijkheid om verliezen te kunnen overdragen aan de partij waarnaar overgedragen wordt. In geval van een juridische fusie en zuivere splitsing behoort dit tot de mogelijkheden. Ook voor een fiscale-eenheidsdochter is het mogelijk om aan haar toerekenbare verliezen mee te geven bij ontvoeging. Ingeval van juridische afsplitsing is evenals in geval van bedrijfsfusie de overdracht van verliezen niet toegestaan. Stroomlijning met vooral de regeling voor overdracht van fiscale-eenheidsverliezen na ontvoeging acht de heer Heithuis wenselijk.

In de situatie dat een winstgevende dochtervennootschap binnen fiscale eenheid wordt geliquideerd, zou betoogd kunnen worden dat de winsten van de onderneming van de geliquideerde dochter verrekend zouden moeten kunnen worden met voorvoegingsverliezen van de moedervernootschap. In elk geval geldt dit volgens de heer Heithuis als de fiscale eenheid door de liquidatie eindigt. Onduidelijk is of dit ook geldt als de fiscale eenheid (met andere dochters) in stand blijft. Beschikt de

gevoegde dochtervennootschap over voorvoegingsverliezen en wil men deze dochter opheffen, dan heeft een juridische (concern)fusie de voorkeur boven liquidatie van de dochter. Bij een juridische fusie worden de voorvoegingsverliezen immers meegegeven (wel met winstsplitsing nadien bij de moeder), terwijl deze bij liquidatie van de dochter verloren gaan.

### 3 CONCLUSIE

Het blijft van belang om van geval tot geval te bekijken, welke factoren van doorslaggevend belang zijn bij de voorgenomen reorganisatie om de meest geschikte faciliteit te selecteren voor de reorganisatie.

# Overdrachtsbelastingclaims bij een aandelenverkrijging

Dr. Y.E. Gassler  
3 mei 2007

*Dr. Y.E. Gassler, verbonden als docent aan de Universiteit Leiden en werkzaam bij een groot belastingadvieskantoor, heeft uiteengezet hoe om te gaan met overdrachtsbelastingclaims die kunnen ontstaan bij een aandelenverkrijging.*

Een bedrijfsovername vindt veelal plaats in de vorm van een transactie van aandelen in een vennootschap, waarin een onderneming – eventueel met een bijbehorend bezit van onroerende zaken – wordt gedreven. Een dergelijke aandelentransactie kan leiden tot de verschuldigheid van overdrachtsbelasting ingeval de aandelen worden aangemerkt als onroerende zaken ex Art. 4 WBR. Voorts kan de verkrijger van die aandelen worden geconfronteerd met een (latente) overdrachtsbelastingsschuld als gevolg van eerder verrichte of toekomstige rechtshandelingen.

Dit artikel bevat een overzicht van de verschillende personen die bij een aandelentransactie door een bepaalde rechtshandeling een overdrachtsbelastingsschuld doen ontstaan. Dit overzicht stelt contractspartijen bij het opstellen van een overnamecontract in staat de gesignaleerde (latente) belastingsschuld aan de gewenste contractspartij toe te rekenen. Een uitputtende opsomming van rechtshandelingen die in samenhang met een aandelentransactie een (latente) belastingsschuld veroorzaken, zou het doel van dit artikel te buiten gaan.<sup>1</sup>

1 Voor een uitgebreide analyse van de overdrachtsbelasting bij aandelenverkrijgingen verwijs ik naar Y.E. Gassler, 'De verkrijging van aandelen in de overdrachtsbelasting', FM 117, Kluwer, Deventer 2006.

# 1 BELASTINGHEFFING DOOR DE VERKRIJGING VAN AANDELEN

## *Belastingplichtige*

In Art. 16 WBR staat vermeld dat de verkrijger van onroerende zaken voor de heffing van overdrachtsbelasting als belastingplichtige wordt aangemerkt. Bij de verkrijging van aandelen, zijnde fictieve onroerende zaken ex Art. 4 WBR, is derhalve de verkrijger in beginsel overdrachtsbelasting verschuldigd. Hoewel het niet mogelijk is contractueel te bewerkstelligen dat de vervreemder van de aandelen als belastingplichtige wordt aangemerkt, kunnen partijen in het overnamecontract desgewenst overeenkomen dat de overdrachtsbelasting (deels) door de vervreemder aan de verkrijger wordt vergoed.

## *Kort opeenvolgende verkrijgingen*

Indien de vervreemder de aandelen kort (binnen zes maanden) vóór de overname heeft verkregen of in het geval dat de vennootschap – waarvan de aandelen worden vervreemd – kort (binnen zes maanden) vóór de overname de in het bezit zijnde (fictieve) onroerende zaken heeft verkregen, komt de verkrijger van de aandelen in aanmerking voor een vermindering van de maatstaf van heffing ex Art. 13 WBR. In dergelijke gevallen is de verkrijger van de aandelen immers slechts overdrachtsbelasting verschuldigd over het bedrag waarover niet eerder (in de voornoemde transacties) overdrachtsbelasting was verschuldigd. Indien de verkrijger van de aandelen een dergelijke vermindering van de maatstaf van heffing kan invoeren, acht de vervreemder van de aandelen het veelal wenselijk in het overnamecontract te bedingen dat de verkrijger hem een vergoeding betaalt ter hoogte van de lagere overdrachtsbelastingsschuld. De lagere overdrachtsbelastingsschuld is immers het gevolg van het feit dat de vervreemder of een voorganger van de vervreemder in een eerder stadium reeds overdrachtsbelasting heeft betaald.

## *Hoofdelijke aansprakelijkheid*

Indien slechts de economische eigendom van de aandelen wordt overgedragen, kan een aanvullende contractuele bepaling ter verdeling van de overdrachtsbelastingdruk voor de vervreemder van belang zijn. Bij een economische eigendomsverkrijging is de vervreemder immers hoofdelijk aansprakelijk voor de overdrachtsbelastingsschuld (Art. 42, tweede lid, Inv. 1990). Overigens heeft een contractuele bepaling waarin een vrijwaring voor de belastingsschuld uit hoofde van de hoofdelijke aansprakelijkheid is geregeld, in de meeste gevallen weinig nut. De vervreemder

wordt immers alleen aansprakelijk gesteld ingeval de belastingschuld niet bij de verkrijger kan worden geïnd. In dergelijke gevallen zal de vervreemder zijn verhaalsrecht op de verkrijger evenmin kunnen uitoefenen. Indien de verkrijger een vennootschap is, is het derhalve raadzaam het wettelijke verhaalsrecht van de vervreemder bij aansprakelijkstelling contractueel uit te breiden met een verhaalsrecht op de aandeelhouder(s) van die vennootschap. Mocht de verkrijger de overdrachtsbelastingsschuld niet kunnen voldoen, dan heeft de vervreemder daarmee nog altijd de mogelijkheid de belastingdruk te verhalen bij de aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap. Overigens kan de vervreemder de hoofdelijke aansprakelijkheid bij een economische eigendomsoverdracht van onroerende zaken (niet zijnde fictieve onroerende zaken) voorkomen door de economische eigendom via een door de notaris opgestelde onderhandse akte over te dragen.

#### *Onduidelijkheid over de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting*

In de situatie dat partijen zich op het standpunt stellen dat geen overdrachtsbelasting is verschuldigd, ligt het risico dat alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd eveneens in beginsel bij de koper.

Denk aan de situatie dat partijen – naar later blijkt ten onrechte – van mening zijn dat ter zake van een aandelentransactie geen overdrachtsbelasting is verschuldigd, omdat de contractspartijen in de veronderstelling zijn dat minder dan 70% van de actiefzijde van de balans uit in Nederland gelegen onroerend goed bestaat (Art. 4, eerste lid, onderdeel a, WBR). Ingeval door een taxatie van de bezittingen van de vennootschap achteraf blijkt dat de actiefzijde van de balans voor meer dan 70% uit in Nederland gelegen onroerende zaken blijkt te bestaan, is de verkrijger alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd.

Een ander voorbeeld betreft het geval waarin een rechter een beroep op *fraus legis* honoreert: de contractspartijen hebben de aandelentransactie bewust zodanig vormgegeven dat volgens de letterlijke wettekst geen overdrachtsbelasting is verschuldigd, terwijl uit doel en strekking van de wet volgt dat ten aanzien van deze transactie alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd. Zo is een verkrijger van aandelen volgens het leerstuk van *fraus legis* hoogstwaarschijnlijk alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd ingeval de vervreemder – met het uitsluitend doel de heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen – kort vóór aanvang van de referentieperiode ex Art. 4, eerste lid, onderdeel a, WBR de bezittingen van de vennootschap zodanig wijzigt dat minder dan 70% van die bezittingen uit onroerende zaken bestaat.



In het geval dat de contractspartijen het risico onderkennen dat alsnog overdrachtsbelasting kan zijn verschuldigd, kunnen deze partijen contractueel overeenkomen dat het risico (deels) wordt gedragen door de vervreemder van de aandelen. De vervreemder verschaft de verkrijger in dat geval een (gedeeltelijke) vrijwaring voor de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting.

## 2 BELASTINGHEFFING DOOR EEN OPVOLGENDE RECHTSHANDELING VAN DE VERKRIJGER

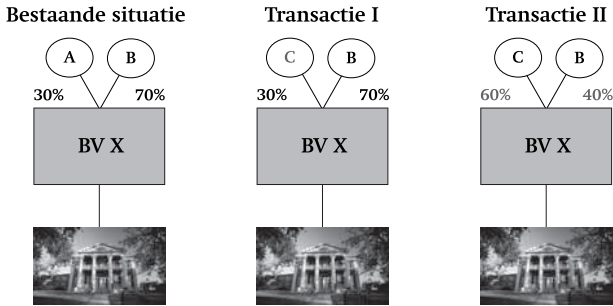
In sommige gevallen worden de contractspartijen geconfronteerd met de heffing van overdrachtsbelasting door een opvolgende rechtshandeling van *de verkrijger*. Zie hierna een tweetal voorbeelden van rechtshandelingen van de verkrijger die ertoe leiden dat inzake een eerdere – van oorsprong niet belaste – aandelenverkrijging alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd.

### *Opvolgende verkrijging van aandelen in dezelfde vennootschap*

In beginsel is een verkrijger van aandelen in een onroerendezaaklichaam slechts overdrachtsbelasting verschuldigd ingeval ten minste eenderde belang in het geplaatste aandelenkapitaal van dat lichaam wordt verkregen (Art. 4, derde lid, WBR). Om te voorkomen dat partijen overdrachtsbelasting besparen door aandelen in een onroerendezaaklichaam in verschillende fasen over te dragen, bepaalt Art. 4, vijfde lid, onderdeel b, WBR dat verschillende verkrijgingen van aandelen in hetzelfde lichaam binnen twee jaar bij elkaar moeten worden opgeteld om na te gaan welk belang in het geplaatste aandelenkapitaal van dat lichaam is verkregen.

Zodoende is een verkrijger (figuur 1: C) van 30% van de aandelen in een onroerendezaaklichaam (figuur 1: BV X) in beginsel geen overdrachtsbelasting verschuldigd voor de eerste transactie, maar is hij ter zake van deze transactie alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd ingeval hij zijn belang binnen twee jaar uitbreidt tot ten minste eenderde belang (figuur 1: 60%) in hetzelfde lichaam (figuur 1: BV X). Zonder nadere regeling in de overeenkomst heeft de verkoper (figuur 1: A) van de eerste transactie geen controle over de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting ingeval het 10%-belang is verkregen van een andere aandeelhouder (figuur 1: B).

Figuur 1

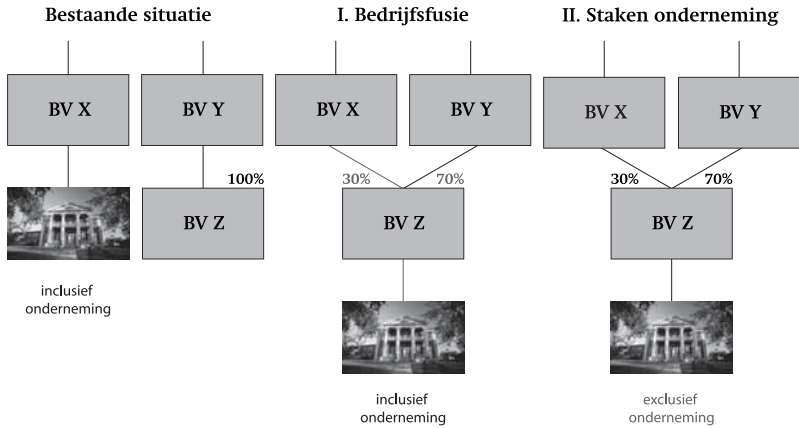


### Staking van een onderneming na een vrijgestelde inbreng

Teneinde bij de inbreng van een onroerende zaak in het kader van een bedrijfsfusie in aanmerking te komen voor een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting, is het noodzakelijk dat de inbreng van de onroerende zaak gepaard gaat met de inbreng van een onderneming (Art. 15, eerste lid, onderdeel h, WBR jo. Art. 5a, eerste lid, Uitv.besluit WBR). De wetgever heeft met deze vrijstelling beoogd de inbreng van een onderneming niet te laten verstoren door de heffing van overdrachtsbelasting. Ter zake van de inbreng is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van de ingebrachte onroerende zaken ingeval de onderneming door de verkrijger niet gedurende ten minste drie jaren wordt voortgezet (Art. 5a, vierde lid, Uitv.besluit WBR). Deze voorwaarde achtte de wetgever van belang om te voorkomen dat de bedrijfsfusievrijstelling tevens zou kunnen worden gebruikt als een verkapte vrijgestelde verkoop van onroerende zaken.

Indien de verkrijger (figuur 2: BV Z) de onderneming binnen drie jaar na een vrijgestelde inbreng van die onderneming en de daarbij behorende onroerende zaken staakt, is derhalve alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van de eerder ingebrachte onroerende zaken. Ook in dit geval geldt dat de inbrenger (figuur 2: BV X) zonder nadere regeling in de overeenkomst veelal geen controle heeft over de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting. Hoewel de inbrenger (figuur 2: BV X) van de onderneming en de daarbij behorende onroerende zaken tevens aandeelhouder is van het verkrijgende lichaam (figuur 2: BV Z), heeft de inbrenger (figuur 2: BV X) in de regel niet de macht om de onderneming te laten voortzetten. Dit geldt met name in het geval dat de verkrijgende vennootschap (figuur 2: BV Z) ook andere aandeelhouders (figuur 2: BV Y) heeft.

Figuur 2



Een soortgelijke afhankelijkheid voor de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting kan zich voordoen ingeval een persoon een onderneming met bijbehorende onroerende zaken vrij van overdrachtsbelasting inbrengt in een personenvennootschap (Art. 15, eerste lid, onderdeel e, ten eerste, WBR jo. Art. 4 Uitv.besluit WBR).

Veelal is het in voornoemde gevallen niet nodig specifieke toerekeningsbepalingen ter zake van de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting in het overnamecontract op te nemen, aangezien de verkrijger – degene die door de rechtshandeling de belastingplicht veroorzaakt – zelf belastingplichtig is. Ingeval echter partijen zijn overeengekomen dat de vervreemder de verkrijger contractueel heeft gevrijwaard voor een eventuele overdrachtsbelastingdruk (zie onderdeel 1), is het in het belang van de vervreemder om een bepaling op te nemen, waarin is geregeld dat de vrijwaring vervalt ingeval door toedoen van een opvolgende rechtshandeling van de verkrijger alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd. Zodoende bewerkstelligt de vervreemder dat de belasting alsnog voor rekening komt van de verkrijger ingeval de verkrijger de belastingdruk veroorzaakt.

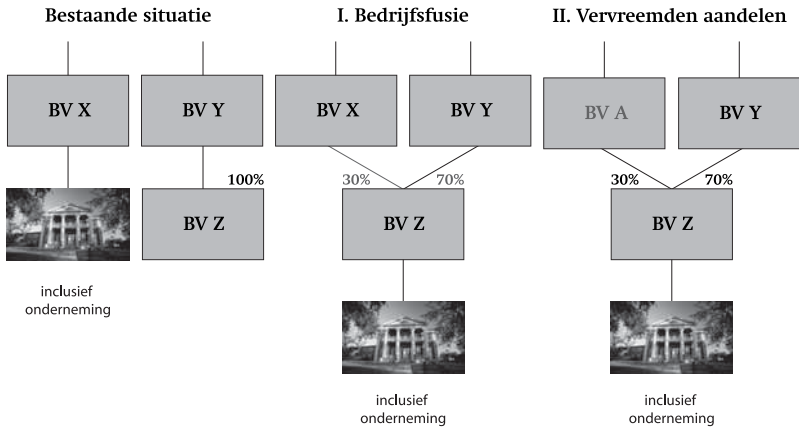
In sommige gevallen worden de contractspartijen geconfronteerd met heffing van overdrachtsbelasting door een opvolgende rechtshandeling van *de vervreemder*. Zie hierna een tweetal voorbeelden van rechtshandelingen van de vervreemder die ertoe leiden dat inzake een eerder overeengekomen – van oorsprong niet belaste – aandeletransactie alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd.

*Verkoop van aandelen na een vrijgestelde inbreng*

In het voorgaande heb ik al vermeld dat de ingebrachte onroerende zaken in het kader van een bedrijfsfusie slechts onder voorwaarden vrijgesteld kan plaatsvinden. Om te voorkomen dat alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd over een oorspronkelijk vrijgestelde inbreng van onroerende zaken, is het niet alleen noodzakelijk om de ingebrachte onderneming ten minste drie jaren voort te zetten (Art. 5a, vierde lid, Uitm.besluit WBR), maar is ook vereist dat de inbrenger (de vervreemder) de uitgereikte aandelen in de verkrijgende vennootschap gedurende ten minste drie jaren in bezit houdt (Art. 5a, vierde lid, Uitm.besluit WBR). Deze voorwaarde is in de wet opgenomen om een duurzame band tussen de inbrenger en de ingebrachte onderneming met de daarbij behorende onroerende zaken te behouden.

Indien de inbrenger (figuur 3: BV X) de uitgereikte aandelen in de verkrijgende vennootschap (figuur 3: BV Z) binnen drie jaren vervreemdt aan een derde (figuur 3: BV A), is de verkrijgende vennootschap (figuur 3: BV Z) alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van de verkregen onroerende zaken bij inbreng. De verkrijgende vennootschap (figuur 3: BV Z) is in dat geval alsnog belastingplichtige, terwijl de inbrenger (figuur 3: BV X) degene is die de overdrachtsbelastingdruk heeft veroorzaakt. Weliswaar is de ontstane overdrachtsbelastingdruk (deels) verdisconteerd in de prijs van de door de inbrenger (figuur 3: BV X) vervreemde aandelen, maar ook een andere aandeelhouder (figuur 3: BV Y) in de verkrijgende vennootschap (figuur 3: BV Z) wordt geconfronteerd met een lagere waarde van zijn deelneming als gevolg van de alsnog door zijn deelneming verschuldigde overdrachtsbelasting (figuur 3: BV Z).

Figuur 3

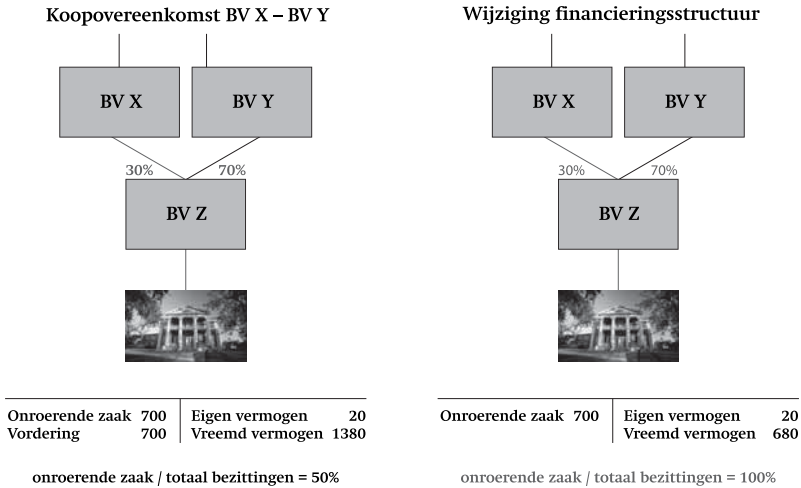


### *Wijzigingen na ondertekening van de overeenkomst*

Indien de datum van ondertekening van de koopovereenkomst niet overeenkomt met de datum van ondertekening van de leveringsovereenkomst, kan zich de situatie voordoen dat bij een voorgenomen onbelaste aandelentransactie alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd door een tussentijdse wijziging van de feiten en de omstandigheden.

Zo is de verkrijger (figuur 4: BV X) van aandelen in een vennootschap (figuur 4: BV Z) geen overdrachtsbelasting verschuldigd indien de bezittingen van die vennootschap voor minder dan 70% uit onroerende zaken bestaan (Art. 4, lid 1, WBR). Ingeval de bezittingen van de vennootschap (figuur 4: BV Z) in de periode tussen de koop en de levering van de aandelen (figuur 4: in BV Z) voor een steeds groter gedeelte bestaan uit onroerende zaken (tot meer dan 70% van de totale bezittingen), is de verkrijger (figuur 4: BV X) van de aandelen alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd. Het is mogelijk dat de wijziging van de verhouding tussen de onroerende zaken en het totaal van de bezittingen het gevolg is van een toename van onroerende zaken op de balans, maar die wijziging kan ook voortvloeien uit een afname van overige bezittingen. Denk bijvoorbeeld aan een wijziging van de financieringsstructuur, waardoor bestaande vorderingen van de vennootschap (figuur 4: BV Z) verdwijnen (zie de gewijzigde balans in figuur 4).

Figuur 4



Met name in de gevallen waarbij *de vervreemder* de belastingdruk veroorzaakt door een opvolgende rechtshandeling, is een aanvullende bepaling in het overnamecontract van belang voor de verkrijger. Zonder nadere bepaling is de belastingplichtige – zijnde de verkrijger – voor zijn overdrachtsbelastingdruk immers afhankelijk van de gedragingen van de vervreemder. In de praktijk wordt deze afhankelijkheidspositie van de verkrijger voorkomen door in het overnamecontract op te nemen dat de vervreemder aan de verkrijger een vrijwaring verschafft voor de door de vervreemder ontstane overdrachtsbelastingschuld.

#### 4 BELASTINGHEFFING DOOR EEN RECHTSHANDELING VAN EEN DERDE

In sommige gevallen worden de contractspartijen geconfronteerd met heffing van overdrachtsbelasting door een opvolgende rechtshandeling van een derde. Zie hierna een voorbeeld van een rechtshandeling van een derde die ertoe leidt dat inzake een eerder overeengekomen – van oorsprong niet belaste – aandelentransactie alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd.

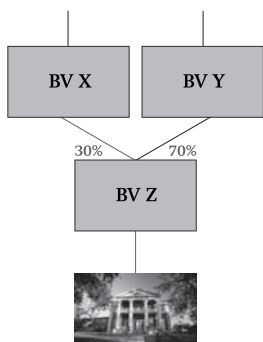
##### *Wijziging van het belang na ondertekening van de overeenkomst*

Bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap is geen overdrachtsbelasting verschuldigd ingeval de verkrijger tezamen met zijn verbonden

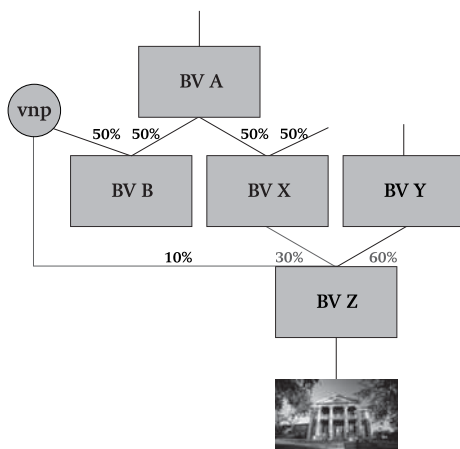
personen minder dan eenderde belang in het geplaatste aandelenkapitaal van die vennootschap houdt (Art. 4, lid 3, WBR). Indien een verbonden persoon (figuur 5: vnp) van de verkrijger (figuur 5: BV X) tussen de koop en de levering van de aandelen door de verkrijger (figuur 5: BV X) in dezelfde vennootschap (figuur 5: BV Z) aandelen verkrijgt, kan ineens aan de belangeis zijn voldaan zonder dat dit de bedoeling van de contractspartijen (figuur 5: BV X en BV Y) was. De verkrijger (figuur 5: BV X) is in dat geval alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd. In dit voorbeeld is het goed voorstelbaar dat verkrijgende vennootschap (figuur 5: BV X) niet op de hoogte is van het feit dat de desbetreffende natuurlijk persoon (figuur 5: vnp) een verbonden natuurlijk persoon is, laat staan dat de verkrijgende vennootschap (figuur 5: BV X) controle heeft over de aanschaf van het 10%-belang in de deelneming (figuur 5: BV Z) door zijn verbonden natuurlijke persoon (figuur 5: vnp). Dit is het gevolg van de ruim gedefinieerde referentiegroep van de verkrijger (vgl. Art. 4, zesde, zevende en achtste lid, WBR).

*Figuur 5*

**Koopovereenkomst BV X – BV Y**



**vnp verkrijgt 10%-belang in BV Z**



In het overnamecontract is het niet eenvoudig rekening te houden met eventueel door een derde veroorzaakte overdrachtsbelastingdruk. In gevallen waarbij de verkrijger en de vervreemder geen invloed hebben op de verschuldigdheid van de overdrachtsbelasting, kunnen contractspartijen ertoe overgaan de pijn te delen door in het overnamecontract op te nemen dat een niet voorzienbare heffing van overdrachtsbelasting in gelijke delen voor rekening komt voor beide contractspartijen. Zonder

nadere bepaling in het overnamecontract draait de belastingplichtige – zijnde de verkrijger – op voor de ontstane overdrachtsbelastingsschuld.

## 5 BELASTINGHEFFING DOOR EEN EERDERE TRANSACTIE VAN DE VERKREGEN DEELNEMING

Bij de verkrijging van aandelen in een vennootschap loopt de verkrijger het risico te worden geconfronteerd met een belastingclaim uit voorgaande transacties van die deelneming. Derhalve dient de verkrijger van aandelen na te gaan in hoeverre die vennootschap het risico loopt dat hij ten aanzien van eerdere transacties alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd. Denk aan de verkrijging van aandelen in een deelneming die zelf eerder aandelen heeft verworven overeenkomstig de in onderdeel 1 t/m 4 beschreven gevallen. Zo wordt de verkrijger van aandelen in een deelneming geconfronteerd met een indirecte overdrachtsbelastingdruk ingeval de deelneming alsnog overdrachtsbelasting is verschuldigd omdat de deelneming in een eerdere transactie ten onrechte het standpunt heeft ingenomen dat geen overdrachtsbelasting is verschuldigd (vgl. onderdeel 1). Hetzelfde geldt voor situaties waarin de deelneming eerder was betrokken bij een inbreng of een bedrijfsfusie. In dergelijke gevallen kan een opvolgende rechtshandeling immers tot gevolg hebben dat één van de sanctiebepalingen ex Art. 4, 5 of 5a Uitv.besluit WBR van toepassing is (vergelijk onderdeel 2 en 3).

De verkrijger van aandelen in een vennootschap dient zich eveneens bewust te zijn van het risico dat de deelneming eerder vrij van overdrachtsbelasting onroerende zaken heeft verkregen krachtens een interne reorganisatievrijstelling. Conform de sanctiebepaling ex Art. 5b, derde lid, Uitv.besluit WBR is immers alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd indien de vennootschap binnen drie jaar na die interne reorganisatie niet meer tot het oorspronkelijke concern behoort. De verkrijging van aandelen in die vennootschap kan derhalve leiden tot een overdrachtsbelastingdruk bij de verkregen deelneming.

Volgens de letterlijke wettekst ontstaat de belastingdruk als gevolg van het niet voldoen aan de voorwaarden ex Art. 5a en 5b Uitv.besluit WBR alsnog, zelfs wanneer de door de vennootschap eerder verkregen onroerende zaken niet meer tot de bezittingen van die vennootschap behoren. Bij de verkrijging van aandelen in die vennootschap dient derhalve ook te worden getoetst aan de sanctiebepalingen ex Art. 5a en 5b Uitv.besluit



WBR, indien die vennootschap ten tijde van de verkrijging van de aandelen niet (meer) in het bezit is van (fictieve) onroerende zaken.

## 6 CONCLUSIE

Zonder nadere bepalingen over de overdrachtsbelastingsschuld in het overnamecontract, draagt de verkrijger van aandelen – zijnde fictieve onroerende zaken ex Art. 4, lid 1, onderdeel a, WBR – als belastingplichtige de (latente) overdrachtsbelastingdruk. In afwijking van de wettelijke regelingen staat het de contractspartijen vrij in het overnamecontract te bepalen aan wie de (latente) overdrachtsbelastingsschuld wordt toegerekend. Vanwege de complexe antimisbruikwetgeving op het gebied van de overdrachtsbelasting is het met name bij aandelentransacties veelal ondoenlijk alle risico's omtrent de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting in een overnamecontract te vervatten. In een situatie dat de contractspartijen ten tijde van de aandelenverkrijging de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting niet kunnen voorzien, sluit men in de praktijk voor de toerekening van de overdrachtsbelastingdruk aan bij de vraag wie de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting veroorzaakt. Teneinde de inhoud van het overnamecontract te laten aansluiten bij de intentie van de contractspartijen, is het bij het opstellen van dat contract derhalve niet alleen van belang te onderzoeken of de aandelenverkrijging tot een (latente) overdrachtsbelastingsschuld leidt, maar ook dient men na te gaan *door wie* deze schuld is ontstaan. In dit artikel komt tot uitdrukking dat de (latente) overdrachtsbelastingsschuld kan worden veroorzaakt door de aandelenverkrijging zelf (in de regel voor rekening van de verkrijger), door een opvolgende rechtshandeling van de verkrijger (in de regel voor rekening van de verkrijger), door een opvolgende rechtshandeling van de vervreemder (in de regel voor rekening van de vervreemder), door een opvolgende rechtshandeling van een derde (afhankelijk van de wil en de onderhandelingsruimte van partijen), dan wel door een eerdere (aandelen)transactie van de verkregen deelneming (afhankelijk van de wil en de onderhandelingsruimte van partijen). Wie de (latente) belastingsschuld volgens het overnamecontract voor zijn rekening neemt, is uiteindelijk afhankelijk van de wil en de onderhandelingsruimte van de betrokken contractspartijen.

# De rol van de belastingadviseur in belastingzaken

Dr.mr. R.E.C.M. Niessen en Mr.dr. R.M.P.G. Niessen-Cobben  
13 september 2007

*De heer dr.mr. R.E.C.M. Niessen, voormalig hoogleraar aan de Universiteit van Maastricht en thans werkzaam als Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, is in de eerste plaats ingegaan op de rol van de belastingadviseur in belastingzaken. Hoewel een belanghebbende in belastingzaken niet verplicht is om zich in een gerechtelijke procedure te laten bijstaan door een raadsman/belastingadviseur, is het mede daarom van belang om te weten of wij (lees: de belastingadviseurs) daadwerkelijk een verschil kunnen maken in een dergelijke procedure. Vervolgens heeft mevrouw mr.dr. R.M.P.G. Niessen-Cobben, thans werkzaam als fiscaal advocaat bij een groot advocatenkantoor, de aansprakelijkheid van de belastingadviseur in het licht van recente jurisprudentie van de Hoge Raad en de aanstaande invoering van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht nader besproken. Op grond van recente jurisprudentie en de voorgestelde wetgeving is het namelijk van groot belang dat de belastingadviseur vermijdt dat hij/zij niet zelf het onderwerp van de belastingzaak wordt. Dit richt zich dan uiteraard niet op het verschuldigde belastingbedrag, maar wel op de vraag of en in hoeverre de belastingadviseur in een bepaalde procedure verwijtbaar heeft gehandeld, al dan niet in samenspraak met zijn cliënt.*

Hierna wordt eerst kort stilgestaan bij het voeren van procedures in belastingzaken zoals verwoord in de lezing van de heer Niessen. Vervolgens wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de belastingadviseur in belastingzaken. Dit laatste onderwerp werd door mevrouw Niessen onder meer aan de hand van enkele praktijkcasus behandeld.

## 1 PROCEDURE

*‘Niets zo eenvoudig als het voeren van een procedure in belastingzaken’*

De heer Niessen begon zijn betoog dat een belastingplichtige op grond van Art. 41 AWR niet verplicht is om zich te laten bijstaan door een

gemachtigde (lees: belastingadviseur) in belastingzaken. Eigenlijk is dit ook niet zo verwonderlijk. Zoals de heer Niessen aangaf 'niets is eigenlijk zo eenvoudig als het voeren van een procedure in belastingzaken'.

De heer Niessen komt tot deze conclusie, omdat de rechterlijke macht in belastingzaken ambtshalve de rechtsgronden kan aanvullen. Met andere woorden, de Hoge Raad en ook de advocaat-generaal mogen de cassatie-middelen, zoals deze zijn ingediend door de gemachtigde en door de belastingplichtige zelf aanvullen. Dus wanneer een belastingplichtige en/of zijn gemachtigde in een gerechtelijke procedure niet de juiste fiscaalrechtelijke standpunten hebben aangevoerd, dan vult de Hoge Raad of de advocaat-generaal dit alsnog aan.

Toch kan de belastingadviseur volgens de heer Niessen een grote rol spelen in belastingzaken. In de hierna volgende paragrafen wordt een aantal belangrijke formeelrechtelijke en processuele onderwerpen besproken, die van doorslaggevend belang kunnen zijn in een belastingprocedure.

#### *'Beroepsfase zwaartepunt belastingzaak'*

De beroepsfase vormt naar de mening van de heer Niessen het zwaartepunt van de procedure in een belastingzaak. In de beroepsfase dienen de feiten te worden aangedragen. Deze feiten zijn cruciaal voor het verdere verloop van de procedure. Indien de inspecteur of de belastingplichtige niet voldoet aan zijn/haar stelplicht, vermindert dit de kans op succes in het vervolg van de procedure. De rechter mag namelijk niet ambtshalve de feiten aanvullen. Het is derhalve van groot belang dat de belastingplichtige alle relevante feiten in zijn bezwaar- en beroepschrift opneemt, ook als deze wellicht in eerste instantie van ondergeschikt belang lijken te zijn. Door de invoering van de Wet rechtspraak in twee feitelijke instanties is het nu sinds 1 januari 2005 mogelijk een herkansing bij de rechter te krijgen. Na het oordeel van de rechtbank, heeft de belastingplichtige de mogelijkheid in hoger beroep voor het gerechtshof de zaak opnieuw aan de kaak te stellen.

In beginsel begint de procedure hierbij helemaal opnieuw. Indien de belastingplichtige en de inspecteur het (nagenoeg) eens zijn over de relevante feiten en slechts een rechtsvraag beantwoord dient te worden, kan er ook voor worden gekozen de tweede feitelijke instantie over te slaan, mits de staatssecretaris daarmee akkoord gaat. Dit wordt sprongcassatie genoemd.

Vervolgens kan de zaak aan de Hoge Raad worden voorgelegd. De Hoge Raad toetst de feiten niet. Voorts kunnen géén nieuwe feiten worden aangedragen voor de Hoge Raad. Met andere woorden: stellingen en feiten, die niet onderbouwd zijn in de bezwaar- en beroepsfase zijn kansloos voor de Hoge Raad. De Hoge Raad zal hier niet op ingaan bij het wijzen van zijn arrest.

*‘Zorg dat je ontvankelijk bent’*

De ontvankelijkheid is de ingang van de procedure. Indien je niet-ontvankelijk wordt verklaard, kom je niet meer toe aan de inhoudelijke behandeling van de zaak.

De vereisten van de ontvankelijkheid staan opgesomd in Art. 6:5 en 6:7 Awb. De belangrijkste vereisten zijn: de tijdigheid en de motivering van het bezwaar- of beroepschrift. Uiteraard kan er ook voor worden gekozen om een pro forma bezwaar- of beroepschrift in te dienen. Volgens de heer Niessen is het bij een pro forma bezwaar- of beroepschrift van belang om nog geen nadere motivering op te nemen, aangezien een summiere motivering van de belastingplichtige ook als een motivering kan worden aangemerkt. In dat geval zou de belastingplichtige de mogelijkheid van het indienen van een nadere motivering kunnen worden ontzegd. Wat de ontvankelijkheid betreft, dit is een kwestie van tijdig, dat wil zeggen binnen zes weken na dagtekening van de aanslag of de rechterlijke uitspraak, bezwaar- of beroep aantekenen. Dit is een eenvoudige en duidelijke termijn. Toch constateert de heer Niessen in de praktijk dat nogal eens verzuimd wordt tijdig bezwaar of beroep aan te tekenen. Het behoeft uiteraard geen betoog dat de belastingadviseur dit maar moeilijk aan zijn cliënt zal kunnen uitleggen.

De motivering van een beroepschrift in cassatie kan bestaan uit een rechtsklacht en/of een motiveringsklacht. De rechtsklacht behelst een onjuiste interpretatie van het recht, de motiveringsklacht ziet op een onjuiste en/of onvolledige motivering van de rechter van de uitspraak. Overigens is van belang dat de motiveringsklacht niet ambtshalve wordt aangevuld door de rechter.

Bij het indienen van een beroepschrift in cassatie is het volgens de heer Niessen van belang om hierin op te nemen dat de belanghebbende c.q. zijn gemachtigde een pleidooi voor de Hoge Raad wenst te houden. Hier zijn overigens specifieke voorwaarden aan verbonden. Wanneer een dergelijk verzoek niet in het beroepschrift in cassatie wordt opgenomen,

loopt de belanghebbende het risico geen verweer meer te kunnen houden op het betoog van de andere partij, zijnde de inspecteur, die in de cassatieprocedure overigens wordt vertegenwoordigd door de Staatssecretaris van Financiën. Dit risico ontstaat namelijk als de staatssecretaris besluit geen verweerschrift in te dienen.

#### *Motiveringsfouten*

De motiveringsklachten zijn gericht tegen motiveringsfouten van de rechter. Er is sprake van een motiveringsfout indien er geen controleerbare gedachtegang aanwezig is (inherent aan feitelijke argumentatie) bij de raadsheren die de uitspraak hebben gedaan, indien niet alle essentiële stellingen door de raadsheren worden behandeld of indien de motivering, die heeft geleid tot het oordeel van de rechter onjuist is. Daarnaast dient de motivering vanzelfsprekend ook begrijpelijk te zijn. Hier komt het belang van een goede weergave van de feiten weer om de hoek kijken; indien de feiten niet juist of volledig zijn vastgesteld kan dit leiden tot onbegrijpelijke oordelen.

#### *De relevantie van de belastingadviseur*

In de hieraan voorafgaande paragrafen is een aantal belangrijke punten uit het voeren van een belastingzaak genoemd. Als belastingadviseur is het van belang om op de hoogte te zijn van deze punten. Op basis hiervan kan de belastingadviseur een rol van betekenis spelen in een belastingzaak. In ieder geval dient vermeden te worden dat de Hoge Raad de zaak afdoet met Art. 81 RO.

Aan het slot van zijn verhaal ging de heer Niessen nog in op de werkwijze van een advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Iedere advocaat-generaal bij de Hoge Raad heeft in beginsel zijn eigen belastingzaken op een bepaald gebied, bijvoorbeeld vennootschapsbelasting, omzetbelasting, overdrachtsbelasting, enz.

Een Advocaat-Generaal wordt in zijn dagelijkse werkzaamheden bijgestaan door een aantal wetenschappelijke medewerkers. Wanneer de advocaat-generaal besluit tot het nemen van een conclusie in een bepaalde procedure, hetgeen niet bij elke procedure het geval is, vraagt hij aan de wetenschappelijke medewerkers reeds het voorbereidende onderzoek te verrichten, waarbij wordt gekeken naar de relevante literatuur, wetsgeschiedenis en jurisprudentie op het betreffende rechtsgebied. Vervolgens wordt een conceptconclusie door de wetenschappelijke medewerkers voorbereid, welke de basis vormt voor de conclusie die ver-

volgens door de Advocaat-Generaal wordt genomen en naar de Hoge Raad wordt gezonden.

## 2 AANSPRAKELIJKHEID BELASTINGADVISEUR

Vervolgens kwam mevrouw Niessen-Cobben aan het woord. Zij ging in op de aansprakelijkheid van de belastingadviseur in het licht van recente jurisprudentie en de voorgestelde vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Volgens mevrouw Niessen-Cobben zijn er voor een belastingadviseur in beginsel vier mogelijkheden op grond van waarvan hij/zij aansprakelijk kan worden gesteld in een belastingprocedure, namelijk:

- De aansprakelijkheid op basis van het beroepsreglement;
- De civielrechtelijke aansprakelijkheid;
- De strafrechtelijke aansprakelijkheid; en
- De aansprakelijkheid op basis van de voorgestelde vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, welke naar verwachting per 1 januari 2008 in werking zal treden.

### *Beroepsreglement*

Op grond van het beroepsreglement dient een belastingadviseur naar 'eer en geweten' te handelen. Concreet houdt dit bijvoorbeeld in dat een belastingadviseur zijn cliënt op de hoogte dient te brengen van nieuwe wetswijzigingen. Indien dit niet wordt gedaan en tot gevolg heeft dat een onjuiste aangifte wordt gedaan, kan een cliënt een klacht indienen bij de tuchtcommissie van bijvoorbeeld de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs. Als sanctie kan de tuchtcommissie de belastingadviseur onder andere een berisping geven. Uiteraard is het voor een belastingadviseur zeer belangrijk om een dergelijke berisping te vermijden.

### *Civielrechtelijke aansprakelijkheid*

De civielrechtelijke aansprakelijkheid kan worden teruggevonden in Art. 162, boek 6 BW, namelijk de onrechtmatige daad. Indien bijvoorbeeld vanwege het te laat indienen van een bezwaar, – dan wel beroepschrift door de gemachtigde van de belastingplichtige vervolgens dat geschrift niet ontvankelijk wordt verklaard, kan de schade die de belastingplichtige als gevolg hiervan lijdt worden verhaald op de belastingadviseur. Een ander voorbeeld betreft het geven van een onjuist advies doordat recente (Europeesrechtelijke) jurisprudentie en/of een wetswijziging niet is meegenomen. Vele advieskantoren zullen hiervoor doorgaans een aansprakelijkheidsverzekering hebben afgesloten.

### *Strafrechtelijke aansprakelijkheid*

Op grond van Art. 68 en 69 AWR is het onjuist, onvolledig doen van aangifte strafbaar indien dit leidt tot het te weinig betalen van belasting. Een adviseur is niet de belastingplichtige en derhalve niet degene op wiens naam de onjuiste aangifte gedaan is. Echter op grond van het Wetboek van Strafrecht kan de belastingadviseur wel voor medeplegen strafbaar worden gesteld. Medeplegen houdt een nauwe en bewuste samenwerking van de belastingplichtige en de belastingadviseur in, waarbij die samenwerking tot doel heeft bijvoorbeeld het opzettelijk onjuist doen van een aangifte. In dit kader werd door mevrouw Niessen-Cobben ingegaan op een zaak, die recentelijk ook veel aandacht in de media heeft gekregen, namelijk de strafrechtelijke procedure tegen Guus Hiddink en zijn belastingadviseur. Met deze strafrechtelijke procedure heeft het Openbaar Ministerie kennelijk een daad willen stellen richting bekende Nederlanders en de beroepsgroep van belastingadviseurs. Daarnaast kan een belastingadviseur worden vervolgd voor een gemeen delict als het deelnemen aan een criminele organisatie. Op dat moment wordt die belastingadviseur vervolgd als pleger.

### *Aansprakelijkheid op basis van de 4<sup>e</sup> tranche Awb.*

Vanaf 1 januari 2008 wordt de vierde tranche ingevoerd in de Algemene wet bestuursrecht. Via dit wetsvoorstel wordt de medeplichtigheid nu ook via het bestuursrecht geregeld. Aansluiting hiervoor kan worden gezocht in het strafrecht. Relevant daarbij is dan dat sprake moet zijn van een bewuste samenwerking tussen de belastingadviseur en zijn cliënt. Ten aanzien daarvan kan een aantal situaties worden onderscheiden waarbij die samenwerking steeds duidelijker naar voren komt. Bovendien moet die samenwerking zijn gericht op het opzettelijk onjuist doen van een aangifte. Dat daarvan sprake is dient door de officier van Justitie te worden bewezen.

De vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht kan dus van grote invloed zijn op de handelwijze van de belastingadviseur, waarbij tevens een bestuurlijke boete kan worden opgelegd aan de belastingadviseur. Het is derhalve dan ook van belang dat de belastingadviseur zich van zijn/haar rol bewust is/wordt en ook vanuit aansprakelijkheidsoverwegingen zich er goed van vergewist dat hij/zij de juiste en volledige informatie van de cliënt heeft verkregen.

### 3 CONCLUSIE

Tijdens deze lezing is een aantal handvatten aangereikt met betrekking tot de vraag hoe een belastingadviseur van betekenis kan zijn in een casuïstieprocedure voor de Hoge Raad. Voorts is ingegaan op het toenemende belang van de mogelijke aansprakelijkheid van de belastingadviseur in een beroepsprocedure.





# Mediation

Mr. J. Kuiper  
28 november 2007

*Mr. J. Kuiper, fiscalist, NMI Mediator en bestuurslid van de VFM, was bereid gevonden om een lezing te verzorgen over het toepassen van mediation in fiscale zaken.*

In zijn inleiding merkt de heer Kuiper op dat de Vereniging van Fiscale Mediators (VFM)<sup>1</sup> een lobby is begonnen bij de Eerste en Tweede Kamer om mediation meer te gaan gebruiken bij meningsverschillen tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. Onder andere bij geschillen die kunnen opkomen in het kader van de handavingsconvenanten zien zij een rol voor mediation weggelegd.

## 1 MEDIATION IN NEDERLAND

Mediation is een vorm van conflictbemiddeling waarbij een onafhankelijke en neutrale derde (mediator) partijen begeleidt om vanuit hun belangen (in plaats van hun standpunten) tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale of acceptabele oplossing te komen van het betreffende geschil.

In Nederland is mediation op allerlei rechtsgebieden in gebruik, en nu wordt het ook op kleine schaal in fiscale zaken gebruikt. De rechtbanken (en gerechtshoven) maken met enige regelmaat van het doorverwijzingsrecht naar mediation gebruik. De voornaamste voorwaarde bij doorverwijzing is dat de betrokken partijen welwillend zijn om met elkaar in overleg te treden. Als de rechter van mening is dat de partijen hiertoe bereid zijn, kan hij hen doorverwijzen naar mediation.

Mediation is naast doorverwijzing door de rechter ook mogelijk voordat de gang naar de rechtbank is gemaakt, dus voor of tijdens de bezwaarfase. Ook de Belastingdienst is zich bewust van het feit dat mediation in die fase het geëigende middel kan zijn om een geschil met een belasting-

1 Zie voor de website van de Vereniging van Fiscale Mediators: [www.vfmmmediator.nl](http://www.vfmmmediator.nl).

plichtige op te lossen. In de Verenigde Staten wordt mediation in belastingzaken al vaak in dit stadium toegepast en zelfs vóór het doen van de aangifte (tijdens zogenoemde *prefiling-meetings*). De belastingplichtige treedt voor het doen van de aangifte in overleg met de IRS over knelpunten in de aangifte en als over de oplossing daarvan overeenstemming is bereikt, wordt de aangifte ingediend. Gezien de latere administratieve last die hiermee voorkomen kan worden, heeft mediation in een zo vroeg mogelijke fase uiteraard de voorkeur.

## 2 PROCEDURE

Mediation verloopt via een vaste procedure. Deze begint ermee dat partijen een mediationovereenkomst ondertekenen. De ondertekening van dit document is meteen een goede indicatie om te kunnen staven of partijen inderdaad welwillend tegenover elkaar staan om met elkaar te overleggen. Zouden partijen niet welwillend tegenover elkaar staan, dan ligt de gang naar de rechtszaal uiteraard meer voor de hand.

De mediationprocedure heeft veel kenmerken van de Harvard-onderhandelingsmethode. Volgens deze methode begint de procedure met de exploratiefase. In deze fase mogen beide partijen ieder hun visie geven over het geschil en gaan zij samen met de mediator op zoek naar hun daadwerkelijke belangen. Deze zijn meestal voor een deel gelijk of verenigbaar. Veelal willen beide partijen bijvoorbeeld snel een oplossing! Als alle irritaties over en weer aan de orde zijn geweest en de belangen van beide partijen op tafel liggen begint de onderhandelingsfase. In die fase wordt aan partijen gevraagd om met allerlei opties voor een oplossing te komen en daarbij creatief te zijn. Partijen zijn nog niet gebonden aan hun voorstellen, hetgeen ertoe leidt dat er meer sprake is van een gezamenlijk brainstormen. Hierdoor komen oplossingen naar voren, waaraan partijen in eerste instantie nooit gedacht zouden hebben. De gemaakte afspraken worden ten slotte vastgelegd in een zogenoemde vaststellingsovereenkomst.

## 3 KOSTEN VAN MEDIATION

Bij een doorverwijzing door de rechter naar mediation worden de kosten van de bemiddeling verdeeld tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. In het geval van mediation vóór of tijdens de bezwaarfase zijn de kosten voor mediation geheel voor rekening van de Belastingdienst, als de mediator een interne mediator van de Belastingdienst is. Wordt

een externe mediator ingeschakeld, dan zullen de kosten van de mediator geheel of ten dele voor rekening van de belastingplichtige komen.

#### 4 KENMERKEN VAN MEDIATION

Bij mediation wordt niet alleen een min of meer vaste procedure gehanteerd. De methode rust ook op enkele heldere principes, die in grote mate het succes van de mediation bepalen. Hieronder worden enkele van deze kenmerken van mediation kort besproken. Deze kenmerken van mediation kunnen ertoe leiden dat mediation voor alle betrokkenen de voorkeur krijgt boven een gerechtelijke procedure.

##### *Herstel of verbetering van de communicatie*

De verhouding tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige heeft uiteraard een voortdurend karakter. Als een geschil zich voordoet zullen partijen toch weer met elkaar verder moeten. Het is dus belangrijk voor de belastingplichtige om de verhouding met de Belastingdienst zo goed mogelijk te houden. Bij geschillen die over belastingzaken ontstaan, kan de verhouding tussen belastingplichtige en Belastingdienst in de loop der tijd echter scheef groeien doordat beide partijen voortdurend en ten koste van alles blijven vasthouden aan hun eigen standpunten.

Doordat de partijen bij mediation niet zozeer *tegenover* elkaar staan, zoals in een rechtszaak, maar *naast* elkaar, kunnen partijen enigszins loskomen van hun eigen standpunten. Mediation is meer gericht op een gelijkwaardige rol van de betrokken partijen. Zij behartigen weliswaar hun eigen belangen, maar proberen niet langer ten koste van alles aan hun eigen standpunten vast te houden. Hierin ligt de voornaamste kracht van mediation.

##### *Vertrouwelijkheid gedurende de procedure*

Op grond van Art. 47 AWR heeft iedere belastingplichtige de verplichting tegenover de Belastingdienst om desgevraagd alle informatie te verschaffen die relevant is voor de belastingheffing. Als tijdens de mediation iets opkomt dat niet eerder bij de Belastingdienst bekend was, zou de Belastingdienst deze informatie na een mislukte mediation kunnen opvragen.

De verplichtingen op basis van de mediationovereenkomst ondervangen dit probleem gelukkig. Alles wat tijdens de procedure van mediation wordt gezegd en bekend wordt gemaakt, en niet uit andere hoofde bekend was, mag niet in een latere eventuele gerechtelijke procedure

worden gebruikt. De geheimhoudingsbepaling of de vertrouwelijkheidsbepaling worden als zodanig vastgelegd in de mediationovereenkomst. Alle betrokken partijen zijn aan deze mediationvoorwaarden gebonden. Hierdoor wordt de vertrouwelijkheid van de informatie, die tijdens de mediationprocedure naar voren komt, gewaarborgd.

#### *Mediator is onafhankelijk*

Veelal wordt in mediation gebruikgemaakt van de interne mediator van de Belastingdienst. Een voordeel van een interne mediator is dat deze verstand heeft van de interne gang van zaken bij de Belastingdienst. Dit wil gelukkig niet zeggen dat het daardoor ook een partijdige mediator betreft. Elke mediator is namelijk gebonden aan de NMI-gedragsregels, waarin staat dat deze zich neutraal dient op te stellen. Bij een eventuele schending van die bepaling kan de mediator onder het NMI-klacht- en tuchtrecht ter verantwoording worden geroepen.

De onafhankelijkheid van de mediator wordt mogelijk beter gewaarborgd door in plaats van of naast de interne mediator van de Belastingdienst een externe mediator aan te wijzen (die over een voor het geschil bijzondere en relevante deskundigheid beschikt). Dit is met name de rol van de fiscale mediator uit de adviespraktijk of de advocatuur. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat de mediator/advocaat geen verschoningsrecht heeft. Het is niet aannemelijk dat de informatie die de mediator krijgt ten tijde van een mediation aan hem wordt toevertrouwd in zijn hoedanigheid van verschoningsgerechtigde.

#### *Onderhandeling op basis van wederzijdse belangen*

Bij mediation proberen partijen tot oplossingen te komen door met elkaar in overleg te treden. Voor een overleg moeten partijen gelijkwaardig zijn. Als partijen enkel hun eigen standpunten bevestigd willen zien, kunnen zij beter naar de rechter stappen. De rechter zal een uitspraak doen en bij een rechtszaak is vrijwel onvermijdelijk sprake van een winnaar en een verliezer. Bij mediation wordt echter gezocht naar een oplossing die beantwoordt aan de belangen van alle betrokken partijen. Bij mediation wordt dus gestreefd naar een win-winsituatie.

#### *Zekerheid*

Een ander belangrijk voordeel van mediation is dat de procedure binnen een aantal weken, dan wel maanden afgerond dient te zijn. Ten opzichte van een gerechtelijke procedure die gemiddeld drie tot vijf jaar in beslag neemt, levert mediation sneller zekerheid op.

### *Gemaakte afspraken worden vastgelegd*

De uiteindelijk gemaakte afspraken worden vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Deze overeenkomst heeft geen executoriale titel, maar deze kan wel bewerkstelligd worden door vastlegging in een notariële akte, vonnis of anderszins. In de vaststellingsovereenkomst is het mogelijk om van aanvullend recht af te wijken. Het is uiteraard in het algemeen niet mogelijk om van dwingend recht af te wijken. Alles wat in een vaststellingsovereenkomst wordt vastgelegd, valt onder het eerder omschreven principe van vertrouwelijkheid.

## 5 HORIZONTAAL TOEZICHT

In 2005 is een pilot van start gegaan om horizontaal toezicht toe te passen voor zeer grote ondernemingen. Horizontaal toezicht wordt nu vaak genoemd in samenhang met de handhavingsconvenanten. Bij een handhavingconvenant reguleert de belastingplichtige als het ware zichzelf. Hij wordt geacht zelf bij de Belastingdienst aan te geven wat de fiscale knelpunten binnen zijn onderneming zijn en zijn standpunten hierover kenbaar te maken. Dit lijkt strijdig met de gangbare gedachte bij bedrijven dat terughoudendheid betracht moet worden als het erom gaat openheid van zaken te geven aan de Belastingdienst in gevallen waarin daar niet specifiek naar wordt gevraagd. Inmiddels zijn er zo'n veertig zeer grote ondernemingen die hebben meegedaan aan de pilot en ook een handhavingsconvenant hebben ondertekend. Volgens hen leidde de werkwijze met handhavingsconvenanten tot een verbetering van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat, maakte deze methode het makkelijker om op actualiteiten in te spelen, gaf de Belastingdienst sneller duidelijkheid over haar standpunten en werd sneller tot een oplossing van geschillen gekomen.

Door de snelle afwikkeling komt er sneller een einde aan de rechtsonzekerheid van de belastingplichtige. Het horizontaal toezicht gaf partijen meer rechtszekerheid. In de handhavingsconvenanten is vastgelegd dat partijen (Belastingdienst en de belastingplichtige) zich toeleggen om op basis van transparantie, begrip en vertrouwen met elkaar om te gaan. De onderlinge verhouding is door horizontaal toezicht verschoven naar een vorm van samenwerking. De inhoud kan aangelegenheden in het verleden en in de toekomst betreffen.

Bij horizontaal toezicht gaat het onder andere om het in stand houden van een goede relatie tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige om ook in de toekomst met elkaar te kunnen blijven samenwerken. Hier-

door is mediation bij uitstek een goede mogelijkheid om geschillen te beslechten die bij horizontaal toezicht opkomen.

## 6 STAATSSECRETARIS

Bij de behandeling van het Wetsvoorstel Versterking fiscale rechtshandhaving (nr. 30 322) heeft de Staatssecretaris zich nog niet uitgelaten over een mogelijke rol van mediation in het kader van de handhavingsconvenanten. In de brief van 12 september 2007 aan de Tweede Kamer bepleit de VFM voor het opnemen van een geschillenbeslechtingbepaling in het handhavingconvenant. De Staatssecretaris heeft als reactie hierop gezegd dat bij een langdurig verschil van mening zowel een gerechtelijke procedure als mediation een plek krijgt. Vooralsnog is hij echter geen voorstander van het invoegen van een standaard geschillenbeslechtingbepaling in de convenanten. Hij vindt dat een dergelijke bepaling aan het wederzijdse vertrouwen afbreuk zou doen.

## 7 CONCLUSIE

Mediation kan een zeer goede methode voor het oplossen van geschillen zijn, zeker als partijen een voortdurende relatie met elkaar hebben. Dit laatste is het geval bij de relatie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. Bij een rechtszaak verdedigen deze partijen voor de rechter hun eigen standpunten. Bij mediation wordt een partij juist gedwongen om ook rekening te houden met de belangen van de andere partij.

De VFM ziet onder andere een rol voor mediation weggelegd bij een nieuwe vorm van toezicht houden, namelijk het horizontale toezicht. Bij de behandeling van de Wet versterking fiscale rechtshandhaving is door de Staatssecretaris toegezegd dat mediation gebruikt kan worden bij een verschil van mening in het kader van de handhavingsconvenanten. De Staatssecretaris is echter nog niet zover gegaan dat hij een standaard geschillenbeslechtingbepaling wil opnemen in de handhavingsconvenanten.

# Tax clauses in the Share Purchase Agreements

Mr.drs. O.E. Van der Donk  
13 februari 2008

*Mr.drs. O.E. Van der Donk, werkzaam bij een advocatenkantoor, heeft een lezing verzorgd over fiscale bepalingen in Share Purchase Agreements (hierna: SPA's of overeenkomsten).*

## 1 INLEIDENDE OPMERKINGEN

De heer Van der Donk zoekt in de inleiding van zijn college naar een verklaring voor de grote belangstelling. Die kan wellicht worden gevonden in het feit dat er nauwelijks publicaties op het gebied van fiscale bepalingen in SPA's te vinden zijn. En dat ondanks het feit dat er op dit vlak toch verschillende ontwikkelingen hebben plaatsgevonden.

In eerdere jaren trachtte men bijvoorbeeld alle risico's te identificeren en deze af te dekken in de SPA. Vandaag de dag is het daarentegen meer gebruikelijk een algemene bepaling op te nemen waarmee de fiscale risico's worden verdeeld. De bepalingen zoals die thans worden opgenomen zijn dus van een generieke aard, waar zij eerder een specifiek karakter hadden. Ook buitenlandse ontwikkelingen hebben invloed (gehad) op de wijze waarop in Nederland fiscale bepalingen in SPA's worden verwoord. Of je het wilt of niet, je zult toch eens in aanraking komen met een *tax deed* zoals dat in de regel wordt geproduceerd in de Britse praktijk.

In de inleiding belicht de heer Van der Donk voorts de verschillende wijzen waarop advocaten en fiscalisten de materie van de SPA benaderen. Fiscalisten hebben, volgens de heer Van der Donk, de neiging om het fiscale probleem te willen identificeren, om er vervolgens, eventueel bij de fiscus, een oplossing voor te zoeken. Dit zit in de genen van de fiscalist die in eerste instantie administratiefrechtelijk opereert; burger versus overheid. Het DNA van de advocaat is meer civiel gericht; burger versus burger. Voor hem is de kwestie wie uiteindelijk eventuele fiscale lasten draagt. Overigens is er zelden gezien de hoge tijdsdruk ruimte om het fiscale probleem tijdig op te lossen.



Illustratief voor het veronderstelde verschil tussen de fiscalist en de advocaat zijn de doelstellingen van respectievelijk de NOVA en de NOB. De NOVA stelt in het reglement dat het belang van de cliënt het enige belang is, terwijl de NOB vooral de eer en waardigheid het grootste goed acht.

De fiscale bepalingen zullen moeten passen binnen wat fiscaal en civiel wenselijk is, maar zullen ook moeten aansluiten bij de waardering en het prijsvaststellingsmechanisme in de SPA. Dit betekent dat de fiscalist nauw moet samenwerken met de advocaat en de mensen verantwoordelijk voor de cijfers. Alleen zo vallen er geen gaten.

Verder moet een fiscalist zich realiseren dat er nog een hoop andere kwesties spelen; vaak genoeg met een groter financieel belang.

## 2 FACTOREN VAN INVLOED OP SPA

Alvorens aan het opstellen/beoordelen van de SPA kan worden begonnen, moet men een aantal factoren nader beschouwen.

### *Koper*

Allereerst is de aard van de koper van belang: een private equity-koper zal meer op cash gericht zijn dan een strategische koper. Dit betekent bijvoorbeeld dat een private equity-koper de voorkeur zal geven aan een korting op de koopprijs in plaats van aan een beschermingsclausule ten aanzien van risico's. (In de lezing wordt uitgegaan van het opstellen/beoordelen van de SPA-bepalingen ten behoeve van de koper).

### *Transactie*

Een belangrijk punt van aandacht is de wijze waarop de koop/verkoop wordt vormgegeven. Als die plaatsvindt als een activa/passiva-transactie zullen de risico's van de verkopende vennootschap in beginsel bij de verkoper achterblijven. Bij een aandelentransactie is dit niet het geval. De koper zal dan besluiten meer beschermende bepalingen te vragen.

### *Proces*

Ook de koopprocedure kan invloed hebben op de invulling van de SPA. Wordt een onderneming tijdens een veiling verkocht, dan zal er weinig ruimte zijn om beschermende bepalingen in de SPA op te nemen. Zo prijst de bieder zich uit de veiling.

### *Doelstellingen koper*

Het kan zo zijn dat de koper zelf specifieke fiscale doelstellingen heeft die de wijze waarop de transactie zal plaatsvinden – en daarmee de SPA – kunnen beïnvloeden. Deze kunnen met het vormgeven van de acquisitiestructuur samenhangen, zoals bijvoorbeeld:

1. kosten en interest moeten fiscaal aftrekbaar zijn;
2. een vrije exit moet bij verkoop van de aangekochte onderneming mogelijk zijn;
3. cashflows binnen de structuur moeten belastingvrij kunnen plaatsvinden;
4. de wijze van aankoop/uiteindelijke structuur moet passen binnen de bestaande strategie;
5. fiscale verliezen/credits moeten worden behouden.

Bij het vormgeven van de aankoop van de onderneming en het opstellen/beoordelen van de SPA moet in dit kader rekening worden gehouden met de gebruikelijke obstakels die zich zullen voordoen.

### *Due diligence*

Tot slot kan de wijze waarop de due diligence heeft plaatsgevonden, bepalend zijn voor de inhoud van de SPA. De heer Van der Donk merkt in dit verband op dat een diepgravende due diligence, waarbij veel informatie is verstrekt, niet per se in het voordeel van de koper hoeft te zijn. Het kan dan voorkomen dat de verkoper geen bescherming wil bieden voor risico's waarvan alle feiten al verstrekt zijn. De kans dat een algemene vrijwaring voor fiscale risico's in de SPA wordt opgenomen, kan groter zijn indien er juist weinig ruimte voor onderzoek is geweest. Op basis van bestaande jurisprudentie heeft de koper echter wel de verplichting om enig onderzoek naar de aan te kopen vennootschap te verrichten.

## 3 DE OVEREENKOMST

Een aantal zaken moet worden nagegaan wanneer men de SPA in handen krijgt.

### *Toepasselijk recht*

Allereerst: naar welk recht is de SPA opgesteld. Mocht dit niet naar Nederlands recht, maar bijvoorbeeld Engels of Amerikaans recht zijn, dan kan door Nederlandse fiscalisten/advocaten geen uitspraak worden

gedaan over de inhoud van de overeenkomst. De civielrechtelijke invulling van overeenkomsten is daarvoor te verschillend.

#### *Helderheid bepalingen*

Indien deze hobbel genomen is – en de overeenkomst daadwerkelijk naar Nederlands recht is opgesteld – moet worden vastgesteld of de bepalingen zoals opgenomen duidelijk zijn. De bepalingen moeten dusdanig zijn opgesteld dat het ook na verloop van enkele jaren nog snel duidelijk is wat op het moment van koop/verkoop de bedoelingen van partijen waren. Mocht op het moment dat de clausules worden ingeroepen tweestrijd bestaan tussen de koper en de verkoper over de bedoelingen destijds, dan biedt een tweetal civiele arresten een handvat hoe hiermee om te gaan. Allereerst is in het verleden het Haviltex-arrest (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) geweest. Daarin is het volgende overwogen: *‘Bij de contractsuitleg komt het aan op de zin van partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomene mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’* De overweging lijkt met zich mee te brengen dat hetgeen wordt opgeschreven in de SPA minder relevant is dan de subjectieve bedoelingen die partijen bij de koop hadden. Het onlangs gewezen arrest Pont/Meyer (HR 19 januari 2007, V-N 2007/23.31) heeft in dit kader verduidelijking gebracht. Overwogen wordt daar dat de *‘aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkomingen in het bijzonder de EAC<sup>1</sup>...beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden’*. Dit arrest dwingt eenieder ertoe alle bedoelingen heel precies en gedetailleerd op te schrijven. Met dit arrest is het lastiger geworden om te verdedigen dat bepaalde intenties anders bedoeld zouden zijn dan zijn verwoord in de SPA.

#### *Begrip belastingen*

Een volgend punt dat moet worden beschouwd is wat onder het begrip belastingen dient te worden verstaan. Dit begrip dient zo breed mogelijk te zijn geformuleerd, zodat ook met belastingen samenhangende rente, boetes en sociale zekerheidslasten hieronder vallen. Het moet tevens duidelijk zijn dat de belastingen binnenlandse en buitenlandse belastingen omvatten.

1 Entire agreement clause

### *Intercompany schulden*

Het is belangrijk om erop toe te zien dat intercompany schulden en vorderingen, zoals die in de te verwerven vennootschap bestaan, worden afgelost. Geen enkele koper wil namelijk aandelen in een vennootschap waarin nog schulden aan de vorige eigenaar bestaan. In dit kader is van belang na te gaan of in de overeenkomst is opgenomen hoe met mogelijke heffing van bronbelastingen die samenhangen met deze aflossingen wordt omgegaan.

### *Rente van datum jaarrekening tot levering*

Er bestaan verschillende benaderingen met betrekking tot de waarde van de overgedragen onderneming. Men kan ervoor kiezen de precieze waarde per de datum van overdracht vast te stellen. Een andere benadering is uit te gaan van de laatst opgestelde balans (bijvoorbeeld per begin van het jaar), waarbij aan de verkoper een vergoeding, vaak genoeg rente genoemd, over de waarde van de onderneming tot het moment van levering wordt uitgekeerd. De behandeling van die vergoeding verdient de aandacht van de fiscalist.

### *Earn-outbepalingen, balansgaranties en doorverkoopclausule*

Indien earn-outbepalingen, balansgaranties en/of doorverkoopclausules zijn opgenomen in de SPA en er is sprake van een buitenlandse verkoper (de Nederlandse fiscale behandeling is in de regel wel duidelijk), moet worden vastgesteld hoe de fiscale behandeling in het buitenland van dergelijke bepalingen is.

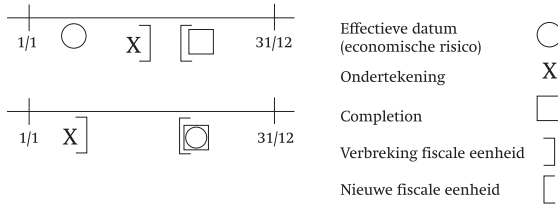
### *Transfer taxes*

Met betrekking tot verschuldigde transfer taxes is het wenselijk om af te spreken dat deze kosten voor de gezamenlijke rekening van de koper en de verkoper komen. Niet zozeer om een financieel voordeel te behalen, maar meer om ervoor te zorgen dat zowel de koper als de verkoper belang hebben bij het minimaliseren van deze belastingen.

### *Fiscale eenheid*

In een koopproces zijn vaak meerdere data te onderscheiden die als mijlpaal in het proces gelden. Bij aankoop van een dochtervennootschap uit een fiscale eenheid moet met name bij de verkoper worden opgelet vanaf welke datum de vennootschap voor rekening en risico van de koper wordt gedreven, maar ook vanaf welk moment de fiscale eenheid breekt. Dit kan met de volgende tijdbalken worden geïllustreerd:

Figuur 6



Ook al gaat het economische risico (de winst, maar ook de belasting) van de onderneming op een eerder tijdstip over, de oude fiscale eenheid verbreekt bij de verkoper pas op het moment van het tot stand komen van de overeenkomst en dat moment is in de regel ver voor het moment van de levering van de aandelen. De koper kan pas vanaf die levering een nieuwe fiscale eenheid vormen. Mocht het economische risico van de onderneming eerder overgaan dan de eenheid verbreekt, dan moet in de SPA worden neergelegd hoe wordt omgegaan met de verschuldigde belasting van de verkochte vennootschap. Zonder nadere regeling wordt de winst van de verkochte onderneming nog bij de verkoper belast, zodat de koper de winsten bij de gekochte onderneming onbelast geniet. In de SPA kan dan worden opgenomen dat de koper deze belastinglast aan de verkoper dient te vergoeden. Los daarvan is het raadzaam om in de SPA een bepaling op te nemen die ziet op het afdekken van de secundaire aansprakelijkheidsrisico's van de verkochte onderneming ten aanzien van de periode dat deze in de fiscale eenheid was opgenomen.

*Garantiebepalingen/vrijwaringen/beperking schadevergoeding (tijd, bedrag)*

Meestal wordt in de SPA een sleutelbepaling opgenomen die aangeeft onder welke omstandigheden schade kan worden verhaald. Hiervan kan soms pas sprake zijn als zich een (gezamenlijke) schade (van diverse factoren) materialiseert die een bepaalde drempel te boven gaat. In het algemeen worden plafonds benoemd ten aanzien van bedragen en de tijd waardoor de te vergoeden schade wordt beperkt. In veel gevallen wordt de mogelijkheid tot het verkrijgen van een schadevergoeding uitgesloten, wanneer het risico door de schuld van de koper zelf is gematerialiseerd, voor zover reeds een voorziening op de (commerciële) balans is opgenomen die het risico afdekt of voor risico's die bekend waren bij de koper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. In de SPA wordt een tweetal begrippen gehanteerd die zien op het afdekken van risico's, namelijk garantiebepalingen en vrijwaringen. Garanties worden gebruikt om vast te leggen dat op bepaalde informatie, zoals door de ver-

koper verstrekt, kan worden vertrouwd. Vrijwaringen worden opgenomen met het oog op bescherming in gevallen dat geïdentificeerde risico's zich materialiseren.

Betrokken partijen kunnen huiverig zijn om risico's expliciet in de SPA te benoemen. De SPA kan dan voor de Belastingdienst als leidraad dienen om over te gaan tot correcties. Zoals reeds in de inleiding aangegeven, bestaat de tendens een algemene bepaling in SPA's op te nemen waarmee wordt afgedicht dat alle risico's voor een bepaalde tijd voor rekening van de verkoper komen. Het uitgangspunt is dat voor een bepaalde datum de fiscale risico's zijn voor de verkoper en daarna voor de koper. Echter bepaalde heffingen vallen na die datum terwijl het toch betrekking heeft op de periode voor de bewuste datum. Het is dus iets gecompliceerder. Daarbij kunnen de volgende risicoprofielen worden onderscheiden:

Profiel last /Tijdstip		Voorbeeld
• Eenmalige last door gebeurtenis voor	signing/completion	eenmalige correctie
• Eenmalige last door gebeurtenis op	signing/completion	5B3 UB WBR
• Eenmalige last door gebeurtenis na	signing/completion	39 Inv
• Voortdurende last door gebeurtenis voor	signing/completion	TP
• Voortdurende last door gebeurtenis op	signing/completion	10a VPB
• Voortdurende last door gebeurtenis na	signing/completion	10d VPB
• Eenmalig voordeel door gebeurtenis voor	signing/completion	14/4 VPB
• Eenmalig voordeel door gebeurtenis op	signing/completion	15ai VPB

*Wie doet aangifte/bezwaar/beroep en onderhandelingen/Conduct of tax affairs*  
 Afspraken moeten worden gemaakt over het doen van eventuele aangiftes die zien op de periode voordat de verkoop van de aandelen heeft plaatsgevonden. Ook moet worden vastgelegd op welke wijze wordt omgegaan met eventuele vragen/op handen zijnde correcties van de Belastingdienst die op deze periode zien. In het algemeen zal een bepaling worden opgenomen die voorschrijft dat de verkoper dit zal afhandelen, indien die op basis van de koopovereenkomst ook aansprakelijk kan worden gesteld voor mogelijke correcties. De verkoper zal veelal geen vrijwaring willen geven zonder op zijn minst zijn positie bij de Belastingdienst te kunnen verdedigen. Voor de koper is het van belang om, als het erop aankomt, ook in overeenstemming met deze bepalingen te handelen. Doet hij dit niet, dan loopt hij het risico dat door de verkoper geen schadevergoeding hoeft te worden vergoed. Zodra zich een in de koop-

overeenkomst opgenomen risico voordoet, dient de SPA derhalve te worden geraadpleegd over de te volgen procedure om het verkrijgen van een schadevergoeding zeker te stellen. De schadevergoeding succesvol claimen is een civiele kwestie.

*Wie krijgt de schadevergoeding van wie?*

Mocht het zover komen dat inderdaad schadevergoedingen moeten worden betaald, dan is van belang welke partij deze schadevergoeding betaalt (bijvoorbeeld de verkoper of haar aandeelhouder). Ook de partij aan wie de schadevergoeding wordt betaald moet worden onderscheiden. Indien dit de verkochte vennootschap zelf is, kan een informele kapitaalstorting worden onderscheiden. Ingeval de verkochte vennootschap een buitenlandse vennootschap is, kan dit mogelijk tot belastingheffing leiden.

*Invloed belasting op schadebedrag*

Civiele jurisprudentie van de Hoge Raad heeft uitgewezen dat eventuele belastingvoordelen die verband houden met de schade de vergoeding beperken. De koper heeft er belang bij dat in de SPA wordt vastgelegd dat het belastingvoordeel er pas is op het moment dat hij zelf een belastingaftrek ten gevolge van de schadeclaim te gelde heeft kunnen maken.

#### 4 CONCLUSIE

Het bovenstaande in ogenschouw nemend, kan volgens de heer Van der Donk worden gesteld dat het opstellen en/of het beoordelen van een SPA een zeer secure bezigheid is. Tussen partijen moeten duidelijke afspraken worden gemaakt over de aanwezige bedoelingen ten tijde van de verkoop, die vervolgens nauwgezet in de SPA-clausules moeten worden opgenomen. Conflicten in toekomstige jaren over gematerialiseerde risico's kunnen op die manier zoveel mogelijk worden voorkomen.







De JOB (Jonge Orde van Belastingadviseurs) is een onderdeel van de NOB (Nederlandse Orde van Belastingadviseurs).

De Commissie Vaktechniek van de JOB organiseert al vele jaren met succes lezingen waarin vooraanstaande deskundigen uit de wetenschap en de praktijk zeer uiteenlopende behoeften behandelend. De lezingen dragen bij aan het verhogen van het vaktechnisch niveau van jonge belastingadviseurs.

Deze uitgave bevat verslagen van de lezingen uit de periode 2007-2008.