

Belastingadviseurs) is een
(Nederlandse Orde van
Commissie Vaktechniek van de
jaren 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**
2010/2011



de Jonge Orde van Belastingadviseurs
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Lezingen Commissie Vaktechniek 2010/2011

de Jonge Orde van Belastingadviseurs

Sdu Uitgevers
Den Haag

Omslagontwerp:
du Rieu Grafisch Ontwerpers BNO

Ontwerp binnenwerk:
Bert Arts BNO

Technische realisatie:
GrafiData bv

Eindredactie:
Mevrouw mr. A. Hofkamp

Sdu Uitgevers, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 98 80.
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op www.sdu.nl.

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

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 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.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, 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

Het Falcons-arrest en aanverwante jurisprudentie / 9
Drs. A. Rozendal

Business restructurings / 15
Mr. R.P.F.M. Hafkenscheid

Hedging en jaarwinstbepaling / 25
Mr.drs. S.F.M. Nickel

*Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting en de
inkomstenbelasting / 33*
Prof.mr.dr. A.C.P. Bobeldijk

Fiscale bepalingen in Share Purchase Agreements / 41
Mr.drs. O.E. van der Donk

Transactiekosten vanuit een btw- en VPB-perspectief / 49
Prof.dr. H.W.M. van Kesteren en drs. P.A.M. Josten

Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

De fiscaliteit is een zeer dynamisch vakgebied: fiscale wetgeving is voortdurend aan wijziging onderhevig en rechtspraak volgt elkaar in hoog tempo op. Genoeg stof derhalve waarover men met andere fiscalisten nader van gedachten kan wisselen. De JOB biedt jonge fiscalisten hiervoor een platform met de JOB-lezingen. Ook dit jaar hebben wij vooraanstaande fiscalisten bereid gevonden om een lezing te geven over actuele fiscale onderwerpen.

Wij kunnen inmiddels terugkijken op zes geslaagde lezingen die allemaal goed werden bezocht door actieve en enthousiaste jonge fiscalisten. Ongetwijfeld was de hoge opkomst te danken aan de relevante onderwerpen die werden besproken en het feit dat sprekers van naam en faam de lezing gaven. De onderwerpen waren: Het Falcons-arrest en aanverwante jurisprudentie, Business restructurings, Hedging en jaarwinstbepaling, Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting, Fiscale bepalingen in Share Purchase Agreements en Transactiekosten vanuit een btw- en VPB-perspectief.

Behalve aan de sprekers wil ik mijn dank uitspreken aan allen die een bijdrage hebben geleverd aan het welslagen van de JOB-lezingen: de mensen van het Bureau NOB, de bezoekers en uiteraard de leden van de Commissie Vaktechniek. Voor de goede orde: die laatsten hebben de verslagen van de lezingen gemaakt, die vervolgens door de sprekers zijn goedgekeurd. Sdu Uitgevers danken we voor de uitgave van de gebundelde verslagen.

Tot ziens bij een van de lezingen!

Namens de Commissie Vaktechniek,
Jian-Cheng Ku, *voorzitter*

Commissie Vaktechniek 2010-2011

Jian-Cheng Ku

Bram Cornelissen

Gabriel van Gelder

Frans Gielen

Esteban van Goor

Glenn Snoeks

Willem-Jan van Veen

Martijn Vervaandert

Rianne Vis

Pim Werdmölder

Het Falcons-arrest en aanverwante jurisprudentie

Lezing op 6 mei 2010 door drs. A. Rozendal, verbonden aan de Financial Services Group / Real Estate Group van PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs

1 INLEIDING

Het Falcons-arrest¹ houdt menigeen binnen de fiscaliteit al vele jaren bezig. Ook in recente jurisprudentie wordt nog veelvuldig verwezen naar het Falcons-arrest. In zijn lezing geeft Rozendal een overzicht van de relevante jurisprudentie en wordt aangegeven wat de samenhang is tussen de verschillende arresten. Om een volledig beeld te schetsen wordt allereerst ingegaan op het begrip ‘economische eigendom’ en de samenhang met het Falcons-arrest.

2 ECONOMISCHE EIGENDOM

Voor een goed begrip van het Falcons-arrest is het van belang om stil te staan bij het concept van de economische eigendom. Bij de fiscale kwalificatie van feiten is in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie doorslaggevend. Dit betekent dat de juridische eigenaar in principe ook de eigenaar is voor fiscale doeleinden. Het is echter mogelijk dat een ander dan de juridische eigenaar wordt aangemerkt als eigenaar, namelijk in de situatie dat een ander de (nagenoeg gehele) economische eigendom heeft.²

In het arrest van de Hoge Raad van 24 december 1957, BNB 1958/84, wordt ingegaan op de vraag wat economische eigendom is. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad ‘dat, wil iemand als “economisch eigenaar” van een zaak, waarvan de eigendom naar burgerlijk recht aan een ander toe-

1 HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34, NTFR 2002/1813.

2 HR 8 mei 1985, nr. 22.635, BNB 1986/75 (lease-arrest).

behoort, kunnen worden aangemerkt, vereist is, dat economisch het belang bij die zaak geheel aan hem toekomt, hetgeen insluit, dat het risico van de waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van de zaak ten volle door hem wordt gedragen'. Om te kunnen spreken van een economisch belang moet dus sprake zijn van twee elementen: (i) het volledige risico van waardeverandering en (ii) het volledige risico van tenietgaan. In de literatuur wordt wel verdedigd, onder anderen door Rozendal, dat er nog een derde element is, namelijk het recht op de vruchten van de zaak.

Uit deze definitie volgt dat het niet mogelijk is dat sprake is van meerdere economische eigenaren. Dit is slechts anders indien sprake is van een pro-ratabelang bij de gehele economische eigendom. Een voorbeeld hiervan is een vastgoed-cv waarin door meerdere partijen wordt geparticipeerd. Iedere participant is dan gedeeltelijk economisch eigenaar van de onderliggende onroerende zaken. Iedere participant loopt risico van waardeverandering en is gerechtigd tot het genot uit de cv in verhouding tot zijn aandeel in de cv. Overigens kan economische eigendom van een goed niet bestaan indien er geen overeenkomst is met de juridische eigenaar van het goed of indien het goed zelf niet bestaat. In dit kader is het vaste jurisprudentie dat aandelen die nog niet bestaan geen juridische of economische eigenaar kunnen hebben.³

3 HET FALCONS-ARREST

In het Falcons-arrest ging het in essentie om de vraag hoe aandelenopties moesten worden behandeld in het licht van de deelnemingsvrijstelling. Van belang is om te beseffen dat bij het schrijven van callopties het recht op waardeinstijgingen overgaat naar een andere partij. De Hoge Raad overweegt hieromtrent dat indien een belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst – zoals bijvoorbeeld in casu door callopties te schrijven – de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn voor zowel de optieverlener als de optiehouder. Deze beslissing is met name gestoeld op doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling, namelijk het voorkomen van economisch dubbele belasting. Aangezien het mogelijk is om het belang in een aandeel te splitsen dient de deelnemingsvrijstelling toe te komen aan zowel optieverlener als optiehouder. Overigens is het dus zeer wel mogelijk dat er meer aan derivaten van een

3 HR 15 maart 1995, nr. 29.745, BNB 1995/177.

specifiek aandeel verhandeld worden dan dat er aandelen zijn, maar dit lijkt aan de deelnemingsvrijstelling niet in de weg te staan.

Rozendal behandelt twee van de vragen die naar aanleiding van het Falcons-arrest zijn opgekomen: (i) heeft de Hoge Raad het begrip ‘deelneming’ opgerekt en (ii) is het economische-eigendomsbegrip verder opgerekt. Naar de mening van Rozendal moeten beide vragen ontkennend worden beantwoord. De Hoge Raad spreekt slechts over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en niet over de invulling van het deelnemingsbegrip als zodanig. Ook noemt de Hoge Raad nergens het begrip economische eigendom. Er wordt juist een nieuw concept geïntroduceerd: het ‘gesplitste-aandelenbelangconcept’. Rozendal is van mening dat de Hoge Raad aan de term ‘belang’ in het Falcons-arrest dezelfde betekenis heeft willen toekennen als de term ‘belang’ in de door de Hoge Raad gegeven definitie van economische eigendom, zijnde het gehele economische belang. Dit gehele economische belang kan worden opgesplitst. In het Falcons-arrest werd het gehele economische belang opgesplitst door het schrijven van een optie.

Volgens Rozendal is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op dividenden die worden ontvangen door een vennootschap die naast 4% van de aandelen tevens een optie houdt om nog eens 3% van de aandelen in de dividenduitkerende vennootschap te kopen. Rozendal is wel van mening dat op basis van het Falcons-arrest de deelnemingsvrijstelling geclaimd zou kunnen worden ter zake van de winst behaald met de uitoefening van de opties, indien na uitoefening van de opties tezamen met de aandelen een kwalificerende deelneming bestaat.

4 AANVERWANTE JURISPRUDENTIE

In *BNB 2007/61*⁴ heeft belanghebbende een optie om aandelen te kopen in een vennootschap. Op het moment van uitoefenen van de optie en derhalve de koop van deze aandelen had belanghebbende reeds een koper gevonden voor de aandelen, zodat belanghebbende in feite een risicoloze doorverkoopwinst behaalde. Het arrest is verwezen door de Hoge Raad voor beantwoording van de vraag of een dergelijk risicoloos transactieresultaat valt onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling, dan wel dat het een belast resultaat uit hoofde van dienstverlening betreft. De Hoge Raad oordeelde dat de intentie om al dan niet een deelneming te behou-

4 HR 13 oktober 2006, nr. 42.725, *BNB 2007/61*, *NTRF 2006/1476*.

den niet van belang is. Het houden van een optie houdt in dat risico wordt gelopen voor waardeveranderingen en dat derhalve de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

In *BNB 2006/7*⁵ heeft belanghebbende alle aandelen in een vennootschap gekocht van een niet-gelieerde stichting. Daarbij is tussen belanghebbende en de stichting overeengekomen dat als de aandelen binnen een periode van vijf jaar worden doorverkocht, een gedeelte van de verkoopopbrengst dient te worden nabetaald aan de stichting. Belanghebbende verkocht vervolgens de aandelen binnen de genoemde periode door, waardoor bij de stichting een recht op nabetaling ontstond. De Hoge Raad diende zich te buigen over de vraag of een dergelijke nabetaling in aftrek kan worden gebracht op de winst. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag onder verwijzing naar het *Falcons*-arrest. Volgens de Hoge Raad is er in casu een gesplitst belang in de aandelen waarop bij belanghebbende de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Derhalve is de doorbetaling niet aftrekbaar voor belanghebbende.

Rozendal is van mening dat de Hoge Raad ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake was van een gesplitst belang. Nu de mogelijkheid – die volgens Rozendal cruciaal is – om de waarde stijging van de aandelen daadwerkelijk te gelde te maken ontbreekt, kan niet gesteld worden dat de verkoper een belang bij de aandelen had behouden. De verkoper was voor de ontvangst van het overeengekomen deel van de waarde stijging volledig afhankelijk van de door de koper te nemen beslissing om voor het verstrijken van de periode de aandelen door te verkopen. De koper was echter niet gehouden om een eventuele waarde stijging ook daadwerkelijk te realiseren. Volgens Rozendal is geen van de elementen van de economische eigendom bij de verkoper achtergebleven, hetgeen in zijn visie cruciaal is om van een gesplitst belang te kunnen spreken.

Een andere vraag die opkomt is of *BNB 1955/50*⁶ is achterhaald door het *Falcons*-arrest. In *BNB 1955/50* is bepaald dat een vruchtgebruiker niet in aanmerking komt voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Met het *Falcons*-arrest in de hand zou inmiddels betoogd kunnen worden dat het vruchtgebruik een gesplitst belang oplevert. Rozendal acht de kans groot dat de Hoge Raad ook genotsrechten, waaronder een recht van vruchtgebruik op aandelen, zal beschouwen als een opgesplitst

5 HR 14 oktober 2005, nr. 41.275, *BNB 2006/7*, *NTR* 2005/1363.

6 HR 5 januari 1955, nr. 12.083, *BNB 1955/50*.

belang bij de betreffende aandelen. De blote eigenaar van de aandelen heeft immers het genot van de aandelen – de vruchten – overgedragen aan de houder van het genotsrecht. Dit is volgens Rozendal echter niet voldoende om de houder van dat recht voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in aanmerking te laten komen. Een belangrijke voorwaarde die in het Falcons-arrest is genoemd, is immers dat de houder van het afgesplitste belang een deelneming zou kunnen verkrijgen met het verkregen recht of de aangegane verplichting. Aan deze voorwaarde is bij een recht van vruchtgebruik niet voldaan.

De arresten *BNB 2005/254*⁷, *BNB 2005/260*⁸ en *BNB 2008/6*⁹ dienen volgens Rozendal te worden onderscheiden van het Falcons-arrest. Het Falcons-arrest ziet op bestaande aandelen, terwijl de voornoemde arresten zien op nieuw uit te geven aandelen. Men kan geen economische eigendom bezitten van nieuw uit te geven aandelen en dus kan ten aanzien van deze aandelen ook geen sprake zijn van een gesplitst belang. De Hoge Raad heeft dit opgelost door niet te spreken van een ‘gesplitst belang’, maar van ‘(toekomstig) aandeelhouderschap’. Volgens Rozendal heeft de Hoge Raad zijn oordeel in *BNB 2008/6* terecht niet op het Falcons-arrest gebaseerd.

7 HR 22 april 2005, nr. 40.562, *BNB 2005/254*, *NTFR 2005/582*.

8 HR 20 mei 2005, nr. 40.038, *BNB 2005/260*, *NTFR 2005/678*.

9 HR 12 oktober 2007, nr. 43.643, *BNB 2008/6*, *NTFR 2007/1867*.

Business restructurings

Lezing op 17 juni 2010 door mr. R.P.F.M. Hafkenscheid, als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en daarnaast als partner verbonden aan één van de grote belastingadvieskantoren¹

1 INLEIDING

In het afgelopen decennium hebben veel multinationale ondernemingen hun interne organisatie drastisch gewijzigd in wat in de fiscale wereld bekend is geworden onder de naam ‘*business restructurings*’. Business restructurings zijn in veel gevallen ingegeven door de wens om de efficiency en de effectiviteit van de *supply chain* te verbeteren, bijvoorbeeld door de productie in een beperkt aantal locaties te concentreren, voorraden en debiteurenbestanden te reduceren met behulp van betere administratieve systemen, enz. Naast een commerciële achtergrond hebben de restructurings evenwel ook vaak een sterk fiscale achtergrond omdat zij multinationals in staat stellen activiteiten en de daarmee verbonden risico’s zo in te richten dat de met die activiteiten behaalde winsten worden toegerekend aan concernonderdelen met een lage belastingdruk.

Om de werking van een multinational te begrijpen is het interessant een overzicht te hebben van de opkomst van dergelijke ondernemingen.

2 GESCHIEDENIS VAN DE MULTINATIONAL

Reeds in de zeventiende eeuw had Nederland haar eerste multinational in de vorm van de Vereenigde Oostindische Compagnie. De handel en het kolonialisme leidden ertoe dat tot in de jaren dertig van de twintigste

1 Rutger Hafkenscheid doceert fiscale besliskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen en spreekt regelmatig op universiteiten in binnen- en buitenland. Tevens publiceert hij regelmatig over transfer pricing, belastingstrategie en waardering. Hij is tevens opgetreden als adviseur van de Tweede Kamer inzake belastingbeleid.

eeuw multinationals bestonden uit importeurs en exporteurs van *commodities*, zoals specerijen, olie, en dergelijke. Deze werden veelal in het land van herkomst gewonnen en na vervoer al dan niet bewerkt in het moederland om van daaruit al dan niet verder vervoerd te worden. Het kenmerk van *commodities* is dat de marktprijs ervan goed kenbaar is. Aard, kwaliteit, kwantiteit en herkomst bepalen de prijs van deze goederen. Transacties binnen multinationals konden vanwege die marktprijs goed vergeleken worden met transacties tussen onafhankelijke ondernemingen. Het is dan ook niet gek dat het Modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting van de Volkenbond, dat stamt uit het begin van de twintigste eeuw, het arm's length-beginsel introduceerde als maatstaf voor de vaststelling van verrekenprijzen binnen multinationals.

De Tweede Wereldoorlog luidde het einde van het kolonialisme in. De multinationals van de jaren vijftig van de twintigste eeuw waren vooral gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika en hun activiteiten bestonden voornamelijk uit het produceren van gebruiksproducten voor een buitenlandse markt (toentertijd voornamelijk Europa). De *supply chain* van deze multinationals was eenrichtingsverkeer: productie in de VS, verkoop in het buitenland. Hoewel het vaststellen van een zakelijke prijs al wat lastiger werd omdat de verkochte producten vaak merkproducten waren (Coca-Cola, Chevrolet, Kodak) die als voorraad uitsluitend binnen de multinational werden verkocht, kon men met het arm's length-beginsel nog goed uit de voeten, bijvoorbeeld met de resale-minus-methode.

In de jaren zestig kwam de Japanse economie tot bloei en begon deze de Amerikaanse export door haar goedkopere productiemethoden in te halen. Maar dat deed niets af aan de aard van de supply chain. Waar de supply chain voor merkgoederen nog altijd werkte volgens het bestaande model van 'productie vanuit het moederland en verkoop in de rest van de wereld', gold datzelfde model ook voor de goedkopere merkloze goederen uit Japan: productie in Japan en verkoop daarbuiten.

Een belangrijke verandering kwam in de jaren zeventig van de twintigste eeuw door de opkomst van grote conglomeraten die brede productportfolio's hadden en deze over de hele wereld op de markt brachten. Door hun omvang en de sterke stijging van de loonkosten in het Westen werd het interessant de productie te verplaatsen naar lagelonenlanden (zoals bijvoorbeeld vanuit de VS naar Mexico, Argentinië, Brazilië). Binnen de multinationals ontstonden goederenstromen van halffabricaten en – nog veel belangrijker – ontstond internationaal verkeer van kennis over pro-

ducten en productiemethoden. Aangezien conglomeraten typisch een holdingstructuur hebben van waaruit leiding wordt gegeven aan een portfolio van gedecentraliseerde ondernemingen, ontstond tevens het vraagstuk van een zakelijke allocatie van hoofdkantoorkosten. Al deze ontwikkelingen zien we terug in de ontwikkeling van de OECD-rapporten die eind jaren zeventig en begin jaren tachtig over de toepassing van artikel 9 OECD-Modelverdrag verschenen.

De volgende grote ontwikkeling was in de jaren negentig met de opkomst van grote vrijhandelszones, zoals de NAFTA, de EU en ASEAN. Daarnaast was de opkomst van de personal computer, het internet en Enterprise Resource Planning (ERP)-software, zoals SAP, Peoplesoft, enz. minstens zo belangrijk. Deze ontwikkelingen hebben ervoor gezorgd dat producten en productieprocessen steeds internationaler zijn geworden. Zo is het mogelijk vanuit meerdere locaties tegelijkertijd en gezamenlijk onderzoek te doen en een nieuw product te ontwikkelen. Voorraden kunnen met behulp van ERP en internet vanuit één locatie worden beheerd, zonder dat die voorraden fysiek op die locatie aanwezig hoeven te zijn. Productie kan worden gepland en gecoördineerd vanuit een plek ver van de fabriek. Volkswagen Groep is een voorbeeld van een bedrijf dat voortstrevend gebruik heeft gemaakt van de voordelen van ERP-systemen en daarmee voorraden sterk heeft weten terug te brengen, productie optimaal heeft weten te plannen, enz.

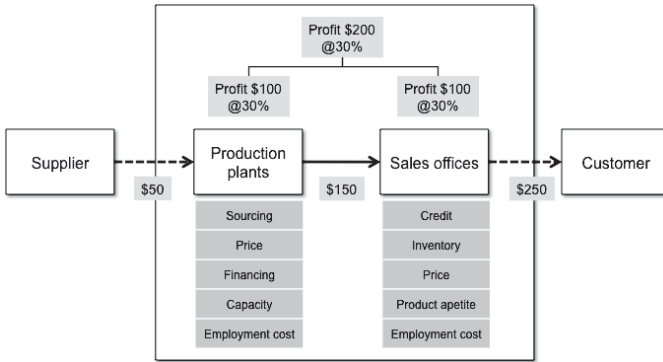
Tevens is belangrijk dat producten in die tijd zelf een internationaler karakter hebben gekregen, waardoor de marketing en sales zelfs vanuit één punt in de organisatie kunnen worden verricht. Denk aan de internationalisatie van een simpel product als consumptie-ijs: waar tot en met de jaren tachtig consumptie-ijs een typisch lokaal of hooguit regionaal product was (Davino in het oosten van Nederland, Ola in het westen), is de Magnum nu een internationaal product dat in alle landen van de Europese Unie eenzelfde branding, marketing, advertising en distributie heeft.

Al deze ontwikkelingen hebben tot gevolg gehad dat minder duidelijk is geworden op welke plek in de multinational waarde wordt gecreëerd. Het is ook steeds lastiger geworden om goed vergelijkingsmateriaal te vinden voor de vaststelling van prijzen zoals die tussen onafhankelijke derden zouden moeten gelden. Dat wordt nog lastiger als bedacht wordt dat zo'n zeventig procent van het grensoverschrijdende handelsverkeer plaatsvindt binnen multinationals, zodat er relatief weinig informatie is

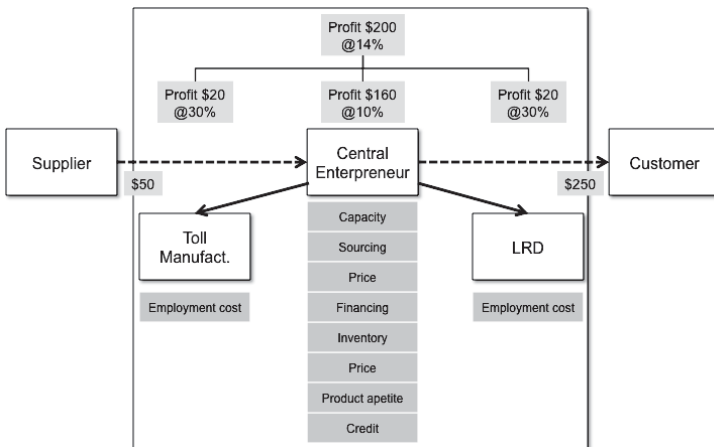
over de prijsstelling van ongelieerde transacties. Voorts is het mogelijk geworden fysieke productie en goederenstromen los te koppelen van de organisatie van de productie en het goederenverkeer. De toegevoegde waarde van een product is daarom steeds minder toe te rekenen aan het fysieke product, maar steeds meer aan de effectiviteit van marketing, de efficiency van productie en voorraadbeheer, enz. Juist die laatste ontwikkeling heeft multinationals in staat gesteld hun *supply chain* zodanig in te richten dat de functies die toegevoegde waarde leveren en de daarmee gepaard gaande risico's worden geconcentreerd in plaatsen waar de belastingdruk het gunstigst is, zonder dat de fysieke uitvoering van die functie noodzakelijkerwijs naar die plaatsen wordt overgeheveld.

3 VOORBEELDEN VAN BUSINESS RESTRUCTURINGS

De twee meest bekende voorbeelden van het uiteenrafelen van functies, risico's en fysieke uitvoering zijn het *contractmanufacturing*model en het *commissionair*smodel. In een *contractmanufacturing*model wordt de fysieke productie uitbesteed aan een concernonderdeel dat echter niet de risico's van de productie loopt: het betreffende concernonderdeel mag alle met de productie samenhangende kosten in rekening brengen aan de opdrachtgever. In dat model zijn de risico's van onderbezetting, inefficiënties, prijsverhogingen, ziekteverzuim van het personeel, productuitval, kwaliteitsverlies en dergelijke voor rekening van de opdrachtgever, die meestal wordt aangeduid als '*central entrepreneur*'. In een *commissionair*smodel worden de verkoop- en distributiefunctie van de multinational door de *central entrepreneur* uitbesteed aan een *commissionair* of een '*limited risk distributor*' (LRD). Deze *commissionair* draagt geen voorraadrisico's of debiteurenrisico's en ontvangt voor haar verkoopondersteuning aan de *central entrepreneur* een commissie, meestal een beperkt percentage van de omzet. In de figuren 1 en 2 is weergegeven hoe de situatie voor en na de business restructuring eruitziet.



Figuur 1: Situatie voor business restructuring



Figuur 2: Situatie na business restructuring

Het voorbeeld in de figuren 1 en 2 is in die zin versimpeld dat het veronderstelt dat de business restructuring geen economische voordelen heeft opgeleverd. Dat is in de meeste gevallen natuurlijk een onjuiste veronderstelling: door centralisatie van bijvoorbeeld voorraadplanning kan de voorraad als geheel kleiner zijn en zullen dus ook de totale voorraadkosten van de multinational dalen.

4 NIEUW HOOFDSTUK IX VAN DE OECD TRANSFER PRICING GUIDELINES

De OECD heeft in 2010 een rapport gepubliceerd over de transferpricing-aspecten van business restructurings. Vooral fiscale autoriteiten van de aangesloten landen maken zich grote zorgen over het feit dat naar hun mening multinationals de conversie naar een centralentrepreneursmodel misbruiken om hoogbelaste winsten over te hevelen naar landen met een onevenredig laag tarief, zoals Zwitserland, Ierland en Luxemburg.

Het rapport besteedt aandacht aan de volgende kwesties:

1. De allocatie van risico's in een business restructuring.
2. In hoeverre geeft de conversie naar een centralentrepreneursmodel aanleiding voor exitheffingen over overgedragen winst(potentieel)?
3. Hoe moet beoordeeld worden of de verrekenprijzen na conversie nog voldoen aan het arm's length-beginsel?
4. In hoeverre kunnen fiscale autoriteiten de transacties tussen gelieerde partijen in een business restructuring weigeren te erkennen?

4.1 Allocatie van risico's

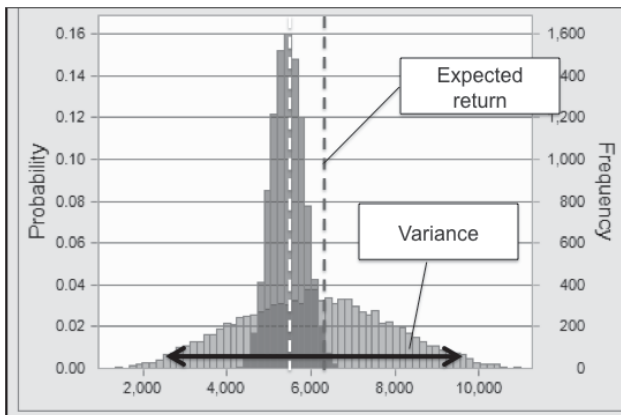
Het rapport besteedt veel aandacht aan risicoallocatie. Risico's van ondernemen kunnen redelijk eenvoudig tussen gelieerde partijen worden verdeeld door het aangaan van contracten. Aangezien papier geduldig is, is het van groot belang om na te gaan of partijen zich in de praktijk ook aan de contractuele voorwaarden houden. Een andere belangrijke vraag is of de partij die een bepaald risico op zich neemt wel controle over dat risico heeft, ofwel of die partij in staat is het risico te managen. Is dat niet het geval, dan ligt het niet voor de hand dat die partij dat risico voor haar rekening neemt. Ten slotte is ook van belang of de partij die een risico op zich neemt wel de financiële draagkracht heeft om het verlies te dragen als het risico zich voltrekt.

Al deze vragen kunnen leiden tot de conclusie dat de risicoverdeling die partijen contractueel zijn overeengekomen niet zakelijk is. In dat geval kunnen de fiscale autoriteiten twee soorten correcties eisen: een prijscorrectie of een allocatiecorrectie. Bij een prijscorrectie wordt de prijs tussen de gelieerde partijen zodanig aangepast dat de transactie daarna wel weer at arm's length is. Echter, indien een prijscorrectie niet mogelijk is (het rapport laat in het ongewisse wanneer dat zo is) kan ook een allocatiecorrectie worden doorgevoerd: in dat geval wordt de risicoverdeling die partijen hebben afgesproken fiscaal niet gevolgd.

4.2 Exitheffing / zakelijke prijsstelling

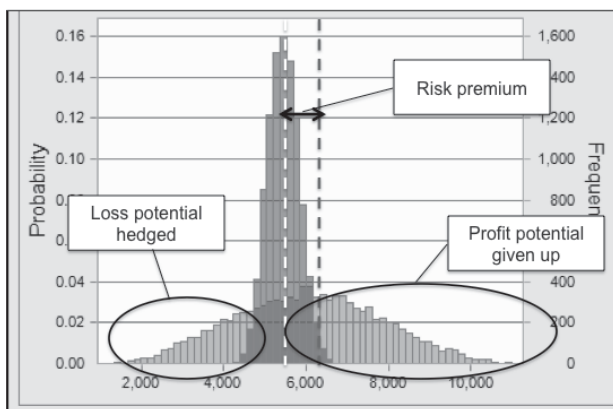
In veel gevallen zal een conversie ertoe leiden dat de winstgevendheid van een concernonderdeel dat voor de conversie meer risico's droeg dan erna, sterk daalt. Zo zal bijvoorbeeld een productiefaciliteit die eerst alle productierisico's loopt een hogere marge behalen dan een contract manufacturer. Het uitgangspunt van een zakelijke risicoverdeling is dat meer risico weliswaar vaak met een hogere marge gepaard gaat, maar ook met een grotere kans op verlies. De vraag is dus in hoeverre de winstdaling in een zakelijke verhouding staat tot het afgenomen risico. Het rapport blijft op dit punt hangen in vage bewoordingen. Wel wordt aangegeven hoe het economische mechanisme werkt, maar het rapport geeft geen richtlijnen over hoe in een concrete situatie getest kan worden of er een zakelijke verhouding is tussen risico en winst.

Hafkenscheid heeft een methode ontwikkeld die het mogelijk maakt om die verhouding op zakelijkheid te testen. De methode gaat ervan uit dat de risico's voor en na conversie vergelijkbaar gemaakt kunnen worden met behulp van de verwachtingswaarde en de variantie van de winst van het betreffende concernonderdeel voor en na conversie. De verwachtingswaarde ('*expected return*') is het gewogen gemiddelde van alle mogelijke uitkomsten van een risicovolle opbrengst en de variantie ('*variance*') is de spreiding van die uitkomsten (zie figuur 3).



Figuur 3: De brede grafiek is de risicodistributie van de situatie voor conversie, de smalle van de situatie na conversie. De gemiddelde winst in het laatste geval is lager, maar de variantie (= het risico) ook.

Bij een hoog risico zal de verwachte winst hoger zijn, maar de variantie groter. Door met behulp van Monte Carlo-simulaties de verwachte winst voor en na conversie te simuleren, is het mogelijk de zakelijke verhouding vast te stellen. Als er geen redelijke verhouding is tussen het prijsgegeven winstpotentieel (*'profit potential given up'*) en de risicopremie – dat is het verschil tussen beide verwachtingswaarden (zie figuur 4) – en het overgehevelde risico (*'loss potential hedged'*) dan is de risicoverdeling onzakelijk.



Figuur 4

Volgens het OECD-rapport kan een onzakelijke risicoverdeling op twee dingen duiden: ofwel de verrekenprijzen tussen de central entrepreneur en de low-risk entity zijn niet juist en moeten worden aangepast, ofwel de low-risk entity heeft bij de conversie winstpotentieel naar de central entrepreneur overgeheveld, waarvoor de low-risk entity een compensatie moet ontvangen. Het uitgangspunt is evenwel dat niet snel geconcludeerd moet worden dat ter gelegenheid van de conversie een afrekening moet plaatsvinden.

4.3 Niet erkennen van de business restructuring

Het OECD-rapport betoont zich zeer terughoudend om fiscale autoriteiten de mogelijkheid te geven om een business restructuring niet te erkennen. Dit mag slechts in uitzonderlijke gevallen gebeuren. In elk geval is de vraag of een business restructuring wordt doorgevoerd om fiscale redenen geen argument op zichzelf om de restructuring als zodanig niet te erkennen.

Een conversie kan een aantal andere vraagstukken oproepen waar goed op gelet dient te worden. Zo kunnen er naast transferpricingvraagstukken ook btw-, douane-, vastevertegenwoordiger-/vaste-inrichting- en forensische issues zijn.

- Btw-issues: Veel ERP-systemen zijn niet ingericht om een centralentrepreneursmodel te faciliteren. In de praktijk spelen nogal eens problemen als administratieve systemen interne leveringsdocumenten uitdraaien die erg veel weg hebben van een factuur, waardoor twijfel kan ontstaan over de juridische werkelijkheid versus de economische werkelijkheid.
- Vastevertegenwoordiger- en vaste-inrichtingissues: Ook hier is het weer erg afhankelijk van de concrete feiten of sprake is van een risico. Zo kan de vraag gesteld worden of een commissionair die hoofdzakelijk voor één klant optreedt nog wel aan de tegenbewijsregel van artikel 5(6) OECD-Modelverdrag voldoet.
- Forensische issues: In gesprekken met multinationals die een business restructuring hebben doorgevoerd stelt Hafkenscheid wel eens de volgende vraag: ‘Stel dat ik een datadump laat doen op alle e-mailcorrespondentie van de betrokken concernonderdelen in een business restructuring en die aan de Belastingdienst stuur, hoe groot schat u dan de kans dat de onderneming er bij de rechter zonder kleerscheuren van afkomt?’. Over het algemeen vinden multinationals deze vraag ongemakkelijk en niet alleen omdat zij het schatten van een kans vervelend vinden. Voor belastingadviseurs is het lastig op dit soort kwesties toezicht te houden – als dat al een taak is – maar het kan volgens Hafkenscheid zinvol zijn dit soort ongemakkelijke vragen toch te stellen.

Hedging en jaarwinstbepaling

Lezing op 9 september 2010 door mr.dr.s. S.F.M. Niekel, als partner verbonden aan de Financial Services Organization van Ernst & Young Belastingadviseurs LLP

1 INLEIDING

Ondernemingen hedgen om risico's te verminderen. Dit kunnen zij onder meer doen door het aankopen/afsluiten van afgeleide financiële instrumenten (derivaten zoals swaps, opties, termijncontracten). De jurisprudentie over de behandeling van derivaten in het kader van de fiscale jaarwinstbepaling begint langzamerhand op gang te komen. Het is echter opvallend dat zelfs de fiscale behandeling van 'rechttoe, rechtaan' financiële instrumenten nog niet geheel is uitgekristalliseerd. Vandaar dat Niekel zijn presentatie begint met een beschouwing rond de waardering van financiële instrumenten in het algemeen.

2 WAARDERING VAN FINANCIËLE INSTRUMENTEN IN HET ALGEMEEN

Neem de waardering van vorderingen in vreemde valuta. In de praktijk wordt wel aangenomen dat kortlopende vorderingen in vreemde valuta bij het opmaken van de fiscale balans tegen slotkoers moeten worden gewaardeerd. De cesuur wordt daarbij vaak gelegd bij een looptijd van een jaar. De vraag is gerechtvaardigd waarom de (resterende) looptijd relevant zou zijn voor de fiscale behandeling. Waarom zou een bedrijf gedwongen zijn om bij een vordering met een looptijd van elf maanden wel een ongerealiseerde valutawinst in aanmerking te nemen, terwijl dit niet zou hoeven als de vordering een looptijd van dertien maanden zou hebben. Uit een uitspraak van Hof Den Haag valt inderdaad af te leiden dat de lengte van de looptijd irrelevant is, in die zin dat uitsluitend vor-

deringen die onmiddellijk opeisbaar zijn tegen de dagkoers moeten worden gewaardeerd.¹

Toch valt ook op deze beslissing wel het een en ander af te dingen. Het is vaste jurisprudentie dat beleggingen in effecten mogen worden gewaardeerd volgens het stelsel ‘kostprijs of lagere marktwaarde’. Waarom zou dit stelsel ook niet kunnen worden toegepast op direct opeisbare voorde-
ringen in vreemde valuta of op kasmiddelen in vreemde valuta? De redenering van Hof Den Haag komt erop neer dat sprake is van geld en dat het realisatiebeginsel hiervoor niet zou gelden. Naar de mening van Nickel moeten vreemde valuta voor Nederlandse fiscale doeleinden niet als geld maar als goederen worden beschouwd.² Realisatie vindt eerst plaats wanneer het deposito feitelijk (en niet slechts voor de boekhoudkundige verwerking) wordt omgezet in euro’s. Over deze fundamentele vraag heeft de Hoge Raad zich (helaas) nog nooit uitgesproken.

Ingeval een onderneming een calloptie heeft op basis waarvan zij gerechtigd is om aandelen te kopen voor € 20 per stuk en de waarde van de aandelen stijgt naar € 22, is bij uitoefening van de optie dan winstneming van € 2 voorgeschreven? Het is twijfelachtig of de ruilarresten van toepassing zijn, omdat kan worden betoogd dat de optie en het aandeel functioneel en economisch niet dezelfde plaats innemen in het vermogen van de belastingplichtige. In de praktijk blijkt dat de Belastingdienst gelukkig wel bereid is afspraken te maken over het doorschuiven van de winst (in versimpelde vorm wil dat zeggen: waardering van de aandelen tegen de uitoefenprijs van € 20).

Specifiek bij het hedgen van risico’s loopt men aan tegen wat wordt genoemd ‘de asymmetrie van goed koopmansgebruik’: het reeds in aanmerking mogen nemen van ongerealiseerde verliezen en het mogen uitstellen van ongerealiseerde winsten. Ter nadere duiding hiervan kan worden gedacht aan een onderneming die een vordering en een schuld heeft in USD. Bij afzonderlijke waardering van deze balansposten zou bij elke valutawijziging op grond van het voorzichtigheidsbeginsel een verlies in aanmerking worden genomen: een stijging van de USD leidt tot een verlies op de schuld, terwijl een daling van de USD resulteert in een verlies op de vordering. Een dergelijke afzonderlijke waardering van balansposten zou kunnen leiden tot het te ver doordrijven van het voor-

1 Hof Den Haag 11 december 2001, nr. 99/01680, V-N 2002/33.21.

2 Vergelijk HR 7 juni 1989, nr. 25.168, BNB 1989/237, in welke zaak in vreemde valuta uitbetaald loon werd aangemerkt als ‘niet in geld genoten inkomsten’.

zichtigheidsbeginsel, waardoor verliezen in aanmerking zouden worden genomen die per saldo niet zijn geleden. Er zijn daarom situaties denkbaar waarin balansposten samenhangend moeten worden gewaardeerd.

Ter illustratie van de mogelijke toepassing van samenhangende waardering kan worden gedacht aan een onderneming die drie verschillende USD-vorderingen houdt van elk USD 1.000 die verkregen zijn op verschillende tijdstippen. Ingeval de onderneming vordering 1 verkregen heeft ten tijde van een koers USD 1 = € 0,80, vordering 2 tegen een koers van USD 1 = € 1,30 en vordering 3 tegen een koers van USD 1 = € 1,10 is de oorspronkelijke boekwaarde en de waarde in het economische verkeer € 3.200. Stel echter dat per balanswaardering ultimo 2010 de koers USD 1 = € 1 is. Kan de onderneming dan op grond van het voorzichtigheidsbeginsel een verlies van in totaal € 400 nemen op de vorderingen 2 en 3, terwijl vordering 1 op kostprijs gewaardeerd blijft (immers, het waarderingstelsel voor de vorderingen is dan kostprijs of lagere bedrijfswaarde) of moet er intern gecompenseerd worden? Er is thans nog geen jurisprudentie over dit vraagstuk, maar de Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat eerst intern gesaldeerd moet worden (ergo € 400 verlies compenseren met € 200 winst op vordering 1).

Enig houvast kan wellicht worden gevonden in de accountancyregels. Op grond van IAS 39 moeten derivaten tegen marktwaarde worden gewaardeerd, waarbij alle waardemutaties in beginsel via de P&L lopen. Je kunt je voorstellen dat dit onwenselijk kan zijn (volatiliteit in de P&L) indien het afgedekte vermogensbestanddeel volgens een ander stelsel dan waardering op marktwaarde wordt gewaardeerd. Ondernemingen kunnen daarom onder strenge voorwaarden kiezen voor toepassing van hedge accounting waardoor dit soort mismatches kunnen worden vermeden.

3 JURISPRUDENTIE

In het hedge-arrest (*BNB 2004/214*³) ging het om een belastingplichtige die inleende in Nederlandse guldens, doorleende in USD en het koersrisico op de USD-vordering had afgedekt door een currency swap met haar moeder aan te gaan (waardoor effectief werd ingeleend in USD en werd doorgeleend in USD). De Hoge Raad bepaalde dat indien een vordering in een vreemde valuta tegenover een schuld in dezelfde valuta staat, bij wijziging van de koers van die valuta per saldo geen vermogensmutatie

3 HR 23 januari 2004, nr. 37.893, *BNB 2004/214*, *NTR 2004/99*.

optreedt. Bovendien mag een wijziging van de waardering met betrekking tot de valutakoers van de schuld en de vordering niet los van elkaar plaatsvinden. Een verrassend element in het arrest is dat deze regel volgens de Hoge Raad ook van toepassing is indien de looptijd van de schuld en de vordering niet aan elkaar gelijk zijn (dan samenhangend waarden voor zolang als het prijsrisico afgedekt is).

In *BNB 2008/26*⁴, bekend als het optiearrest, heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgesproken over de toepassing van hedge accounting binnen goed koopmansgebruik. In deze zaak hield de belastingplichtige beursgenoteerde aandelen en had zij callopties geschreven op deze beursaandelen, waarbij de optie-uitoefenprijs boven de actuele koers ten tijde van het schrijven van de calloptie lag (de optie was dus 'out of the money'). De latere stijging van de waarde van de aandelen vergroot de verplichting onder de calloptie bij de belastingplichtige (immers, stel dat de calloptie een uitoefenprijs heeft van € 10 en de aandelen stijgen van € 10 naar € 15, dan zou belastingplichtige deze in principe tegen € 15 op de markt moeten inkopen). Deze opties zijn derhalve voor de tegenpartij in waarde gestegen. In discussie was of belastingplichtige de aandelen tegen kostprijs of lagere beurswaarde kon waarderen (ongerealiseerde koersstijging) en de opties volgens het stelsel ontvangen premies of hogere beurswaarde (ongerealiseerd verlies), waarbij de ongerealiseerde winst op de aandelen niet in aanmerking werd genomen. De Hoge Raad overweegt hieromtrent als volgt: 'Indien [...] een verplichting uit hoofde van een geschreven calloptie volledig wordt gedekt door het bezit van de desbetreffende beursaandelen, zal een verlies op die optieplichting tot ten minste een gelijk bedrag worden gecompenseerd door een opgetreden waardevermindering van de desbetreffende beursaandelen. Hierdoor treedt bij een stijging van de verplichting uit hoofde daarvan per saldo geen vermogensverlies op. In een dergelijk geval is het niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik, met name het realiteitsbeginsel dat daaraan ten grondslag ligt, de optieplichting anders dan in samenhang met de desbetreffende beursaandelen te waarderen.' In aanvulling hierop is in *BNB 2010/129*⁵ bepaald dat de optiepremie pas bij uitoefening dan wel afkoop belast is.

In het cacao bonenarrest (*BNB 2009/271*⁶) heeft de Hoge Raad een nadere invulling gegeven aan de toepassing van samenhangende waardering.

4 HR 16 november 2007, nr. 42.970, *BNB 2008/26*, *NTR 2007/2072*.

5 HR 22 januari 2010, nr. 08/01351, *BNB 2010/129*, *NTR 2010/245*.

6 HR 10 april 2009, nr. 42.916, *BNB 2009/271*, *NTR 2009/821*.

Voor zover ten aanzien van prijsrisico (i) sprake is van *samenhang* en (ii) dit prijsrisico op balansdatum *beperkt* is, moet er in zoverre samenhangend worden gewaardeerd. Of sprake is van samenhang moet worden beoordeeld naar de omstandigheden. In dat kader kan onder meer worden gedacht aan het beoordelen van de aard van de contracten, de aard van de aanwezige risico's en de intentie van belastingplichtige (i.e. was de afdekking door belastingplichtige beoogd?). De tweede factor die beoordeeld moeten worden is of er voldoende risicobeperking is. De regel is dat zulks het geval is indien op balansdatum (dus een prospectieve toets) te verwachten is (op basis van historische data, maar ook marktontwikkelingen kunnen een rol spelen) dat waardeontwikkelingen hoogstwaarschijnlijk zullen correleren binnen een bandbreedte van 80% tot 125%. Hoewel het voor de Hoge Raad uiterst ongebruikelijk is om percentages te noemen, heeft de Hoge Raad deze percentages willen ontleenen aan IFRS. In IAS 39, de IFRS-standaard die gaat over de waardering van financiële instrumenten, wordt deze bandbreedte specifiek voorgeschreven als één van de voorwaarden om hedge accounting te mogen toepassen.

Overigens spreekt de Hoge Raad over de correlatiecoëfficiënt, maar bedoeld wordt op de regressiecoëfficiënt die tussen de 80% en 125% moet liggen (de correlatiecoëfficiënt is een begrip uit de statistiek en ligt per definitie tussen de -1 en de $+1$). Het is goed om te realiseren dat ook sprake is van een correlatie van -1 als een bepaald instrument bij iedere stijging van 1 van het activum daalt met bijvoorbeeld $-0,1$. Met andere woorden, de grootte van de daling is niet relevant voor de correlatie, het is de lineaire samenhang die relevant is (namelijk indien bij elke waarde-stijging van het activum met € 1 de waarde van het afdekinstrument zal dalen met telkens € $-0,1$). Met tien van dergelijke afdekinstrumenten zal per definitie geen vermogensmutatie optreden, maar bij vijf van dergelijke afdekinstrumenten zal nog steeds samenhangend gewaardeerd moeten worden *voor zover* er gehedged is (dus voor de helft van de afgedekte activa).

Een term die nadere precisering behoeft is 'hoogstwaarschijnlijk'. De verwachting is dat de Hoge Raad uiteindelijk nog eens een oordeel zal moeten geven over welk betrouwbaarheidsniveau hierbij is vereist.

Ten slotte merkt Nielke op dat IAS 39 op de schop gaat en wordt vervangen door een nieuwe standaard, IFRS 9. De kans is zeer groot dat het concept van de bandbreedte van 80-125% in IFRS 9 wordt verlaten. De aparte

situatie zal dus ontstaan dat bedrijven voor hun *fiscale* winstbepaling uit zullen moeten blijven gaan van een kwantitatief kader dat inmiddels alweer is achterhaald.

4 OPENSTAANDE VRAGEN

Gelet op de relatief beperkte hoeveelheid jurisprudentie op het gebied van hedge accounting zijn er nog talloze openstaande vragen. Zo heeft de Hoge Raad zich tot nog toe slechts uitgesproken over *fair value hedges*, maar nog niet over *cash flow hedges*. Gedacht kan worden aan een geval waarin een onderneming een floating (variabel rentende) lening heeft aangetrokken en een swap (floating to fixed-rente) aangaat, zodat per saldo een lening tegen een vaste rente ontstaat (immers, hij betaalt aan de swappartij een vaste rente en ontvangt van deze partij een variabele rente die gelijk is aan de variabele rente die hij verschuldigd is op zijn lening). Bij een rentedaling zal de swap een ongerealiseerd verlies tonen. Op de balans zal echter geen neutraliserende tegenhanger van dit verlies kunnen worden gevonden. Immers, de marktwaarde van de schuld zal in beginsel niet wijzigen omdat de rente meebeweegt met de marktrente. De tot dusver door de Hoge Raad gebezigde argumentatie (het per saldo niet optreden van een vermogensmutatie) gaat hier niet op, waardoor het pleitbaar lijkt om een eventueel ongerealiseerd verlies op de swap fiscaal in aanmerking te nemen. Het lijkt Nielke echter onwaarschijnlijk dat de rechter hierin zal meegaan en hij verwacht dat ook bij cash flow hedges samenhangend zal moeten worden gewaardeerd.

Een andere openstaande vraag betreft of het aangaan van een hedge een belastingplichtige kan dwingen tot directe winstneming. Als voorbeeld kan worden gedacht aan een onderneming die een lening heeft opgenomen ter grootte van USD 1 miljoen met een looptijd van twee jaar. De koers ten tijde van het aangaan van de lening is USD 1 = € 1, waardoor de schuld voor € 1 miljoen op de balans wordt ingeboekt. Na één jaar, wanneer de dollarkoers is gedaald, sluit de onderneming een termijncontract af op basis waarvan zij USD 1 miljoen koopt met een looptijd van één jaar tegen een koers van USD 1 = € 0,80. Hierdoor vindt in wezen een transformatie plaats van de oorspronkelijke USD-schuld naar een schuld van € 800.000. De vraag of hier samenhangende waardering moet plaatsvinden is in de jurisprudentie nog niet aan de orde gekomen. Het afdwingen van directe winstneming via het leerstuk 'samenhangende waardering' gaat natuurlijk nog een stap verder dan het niet in aanmerking mogen nemen van per saldo niet geleden verliezen.

Weer een andere vraag is hoe om te gaan met de zogenoemde anticiperende hedges. Nickel geeft het voorbeeld van een onderneming die voornemens is om over zes maanden drie nieuwe vrachtvliegtuigen aan te schaffen tegen een kostprijs van USD 150 miljoen. De onderneming besluit een zesmaandstermijncontract af te sluiten, waarbij zij op termijn USD 150 miljoen kan kopen tegen een vaste prijs van € 120 miljoen. De termijnkoers is aldus $USD 1 = € 0,80$. Indien na zes maanden het termijncontract tot afwikkeling komt en de koers $USD 1 = € 1$ is, heeft de onderneming een winst gemaakt van € 30 miljoen. De vraag die dan opkomt is of directe winstneming verplicht is of dat geleidelijke winstneming mogelijk is doordat de winst in aftrek komt op de boekwaarde van de vliegtuigen en er zodoende minder afschrijvingspotentieel is. In de praktijk is de Belastingdienst bereid mee te gaan met de laatstgenoemde optie. Er mag echter geen sprake zijn van *cherry-picking* achteraf; een eventueel verlies op het termijncontract zal dan ook in de kostprijs van de verkregen vermogensbestanddelen moeten worden verwerkt. Het verdient derhalve aanbeveling om de fiscale behandeling vooraf af te stemmen met de Belastingdienst.

Naast bovengenoemde voorbeelden zijn nog tal van andere problemen te bedenken die zich kunnen voordoen bij hedge accounting. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan hoe om te gaan met de bewijslast en of samenhangende waardering met betrekking tot vrijgestelde vermogensbestanddelen kan worden afgedwongen. In de literatuur speelt ook de vraag op welk niveau je moet meten (moet een schuld van een vennootschap samenhangend worden gewaardeerd met een vordering van een andere vennootschap indien deze vennootschappen in een fiscale eenheid zijn opgenomen, ook wanneer deze balansposten functioneel/operationeel niets met elkaar te maken hebben?).

Ten slotte verdient de marketmakerprocedure aandacht. In deze proefprocedure heeft Rechtbank Haarlem zich op 18 augustus 2010⁷ uitgelaten over wanneer er sprake is van samenhang. Rechtbank Haarlem oordeelde dat er voldoende samenhang bestaat op fondsniveau, maar niet op ondernemingsniveau. Tevens bepaalde Rechtbank Haarlem dat geen herwaardering hoeft plaats te vinden van het hedged item bij verbreking van de hedge. De consequentie hiervan is dat *cherry-picking* mogelijk zou zijn. Gelet op het belang is het hoogstwaarschijnlijk dat deze zaak uiteindelijk naar de Hoge Raad zal gaan.

7 Rechtbank Haarlem 18 augustus 2010, nr. 07/07296, NTFR 2010/2246.

Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting

Lezing op 3 februari 2011 en 22 maart 2011 door prof.mr.dr. A.C.P. Bobeldijk, hoogleraar Vennootschapsbelasting aan de Nyenrode Business Universiteit en tax-partner bij één van de grote belastingadvieskantoren¹

1 VOORWOORD

De lezing van Arco Bobeldijk was in Rotterdam een groot succes. Zodoende was hij bereid om ook een lezing in Amsterdam te geven. Het betreft hier dan ook een gecombineerd verslag van de beide lezingen.

Eerst wordt in zijn lezing de afwaardering van vorderingen an sich besproken, waarna later wordt stilgestaan bij de gevolgen van de afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting.

Om de interactiviteit te bevorderen begint Arco met een quiz van stellingen (onjuist/juist) die gedurende zijn presentatie beantwoord zullen worden.

2 INLEIDING

Indien een vordering minder waard wordt, wenst de crediteur de vordering vaak af te waarden. Het afwaarderen van een vordering op een deelneming (of op een lichaam waarin een verbonden persoon een deelneming heeft) is gebonden aan wettelijke beperkingen. De regels omtrent de behandeling van afgewaardeerde vorderingen zijn opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (art. 13ba, art. 13b,

1 Arco Bobeldijk is een autoriteit op het gebied van de afgewaardeerde vorderingen. Hij promoveerde in 2009 op het proefschrift getiteld: 'Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting'. Arco Bobeldijk doceerde de afgelopen tien jaar aan de Universiteit Utrecht en de Radboud Universiteit Nijmegen, alsmede bij het NIVRA en het PAOB.

art. 15ab, art. 15ac en art. 15aj) en in de Wet inkomstenbelasting 2001 (art. 3.98a en art. 3.98b).

3 AFWAARDERING VAN VORDERINGEN

Om fiscaalrechtelijk te kunnen spreken van een vordering dient er allereerst een lening aanwezig te zijn. Civielrechtelijk is de aanwezigheid van een terugbetalingsverplichting kenmerkend voor een lening. In de fiscaliteit kan een verplichte herkwalificatie van de lening tot kapitaal plaatsvinden, hetgeen tot gevolg heeft dat de rente niet aftrekbaar is bij de debiteur. Dit is het geval bij de schijnlening (de bedoeling van partijen is nooit geweest om een lening te verstrekken), de bodemlozeputlening (voor partijen is aanstonds duidelijk dat niet aan de terugbetalingsverplichting wordt voldaan) en de deelnemerschapslening (kenmerken van eigen vermogen: achtergesteldheid, winstafhankelijke vergoeding en looptijd van meer dan vijftig jaar).

Op grond van jurisprudentie² moet de afwaardering van een lening die fiscaal als onzakelijk beschouwd wordt anders behandeld worden dan de afwaardering van een ‘gewone’ lening. Een onzakelijke lening is een lening waarbij het debiteurenrisico zich afspeelt bij de aandeelhouder in de kapitaalsfeer. De voorwaarden waaronder deze lening is aangegaan zou een onafhankelijke derde nooit accepteren bij dergelijke omstandigheden. Arco Bobeldijk geeft aan dat het effect van de afwaardering, net als het debiteurenrisico van de lening, zich in de kapitaalsfeer bevindt. Hij is het in het algemeen eens met de analyse van A-G Wattel in zijn conclusie van 14 juli 2010.³

De Belastingdienst is van mening dat de verstrekking van de zogenoemde ‘transactioneel onzakelijke lening’ uitsluitend in de aandeelhoudersfeer plaatsvindt en fiscaal niet bestaat; een civielrechtelijke zaak wordt als het ware economisch genegeerd. Bobeldijk vindt om meerdere redenen dat het weigeren van renteaftrek door de Belastingdienst omdat de lening transactioneel onzakelijk is, niet mogelijk is. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over deze behandeling.

2 Recent HR 9 mei 2008, nr. 43.849, *BNB* 2008/191, *NtFR* 2008/902.

3 Conclusie A-G Wattel 14 juli 2010, nr. 08/05323, *NtFR* 2010/2168, *V-N* 2010/40.26.

Op basis van goed koopmansgebruik kan de afwaardering van een vordering plaatsvinden om drie redenen:

1. het debiteurenrisico verslechtert;
2. de valutakoers verslechtert;
3. de marktrente stijgt (alleen als de vordering niet wordt aangehouden tot de aflossingsdatum).

4 MOGELIJKHEDEN OM BELASTE OPWAARDERING TE VOORKOMEN

Bobeldijk vraagt de toevoorders om mogelijkheden te noemen waaronder een belaste opwaardering van een eenmaal afgewaardeerde vordering voorkomen zou kunnen worden, los van eventuele specifieke wettelijke regelingen. De volgende ideeën komen naar voren:

- civiel laten verdwijnen (kwijtschelden, omzetten in aandelenkapitaal, fuseren in de moeder, vordering storten);
- vordering overbrengen naar een gunstiger regime (buitenland, hedgen);
- winstgevendheid voorkomen (activiteiten overdragen); en
- fiscaal laten verdwijnen (omzetten in deelnemerschapslening, fiscale eenheid vormen).

Arco Bobeldijk geeft aan dat juist deze mogelijkheden worden bestreken door de artikelen 13ba, 13b en 15ab Wet VPB 1969.

5 ONTSTAANSGESCHIEDENIS

De problematiek is ontstaan doordat een belastingplichtige haar waarde-loze vordering omzette in een deelneming, hetgeen door de inspecteur ter discussie werd gesteld. De inspecteur wilde voorkomen dat toekomstige resultaten onder de deelnemingsvrijstelling zouden worden genoten en pleitte voor een belastbare winst op het niveau van de debiteur wegens vermogensvoortgang. De Hoge Raad⁴ oordeelde als volgt: civielrechtelijk wordt een stortingsverplichting verrekend met de schuld van de dochter, er is dus geen sprake van winst op het niveau van de dochter. Ook niet op het niveau van de moeder, haar waardeloze vordering wordt namelijk omgezet in 'waardeloze aandelen'. Dit vormde voor de wetgever de aanleiding om in 1990 in te grijpen. Voortaan moest bij een

4 HR 25 juni 1969, nr. 16.104, BNB 1969/202: omzetting onvolwaardige vordering in kapitaal leidt bij debiteur niet tot winst; HR 26 april 1978, nr. 18.402, BNB 1978/140: omzetting onvolwaardige vordering in kapitaal leidt bij crediteur niet tot winst.

besmette handeling direct worden afgerekend bij de crediteur. Vervolgens is in 2001 het systeem gewijzigd en werd een omzetting voortaan belastbaar bij de debiteur, ongeacht wie de crediteur is. In 2005 is, onder meer door de 'Internetbubbel'⁵, een correctie op het niveau van de crediteur ingevoerd, met dien verstande dat heffing op grond van art. 13ba Wet VPB 1969 pas effectief plaatsvindt als het beter gaat met de debiteur.

6 VENNOOTSCHAPSBELASTING

6.1 Art. 13ba Wet VPB 1969

Op grond van dit artikel wordt het bedrag van de afwaardering dat betrekking heeft op een schuldvordering op een deelneming (of op een deelneming van een verbonden persoon) bij de crediteur tot de winst gerekend. De criteria zijn:

- een schuldvordering;
- afwaardering door de belastingplichtige of een verbonden persoon;
- deelneming in de debiteur verkrijgt, middellijk houdt of indirect omzet, tenzij laagbelast;
- door belastingplichtige of een verbonden persoon ergens in de groep.

Bobeldijk spreekt ook wel van een groepsbenadering: ergens in de groep wordt een afwaardering genomen en ergens in de groep komt het geld weer ten goede.

Besmette rechtshandelingen zijn:

- omzetting in aandelenkapitaal;
- hybridisering van de schuldvordering waardoor de hybride schuldvordering onder een deelneming wordt begrepen; of
- (gehele of gedeeltelijke) kwijtschelding van de schuldvordering.

De beoordeling vindt plaats op het moment van de besmette rechtshandeling. Arco Bobeldijk geeft een voorbeeld wanneer art. 13ba Wet VPB 1969 niet van toepassing is. Dit is als een vordering in USD perfect gehedged is met een schuld in USD. Fiscaal wordt overall geen resultaat behaald, zodat men niet aan afwaardering toekomt.⁶ Daarbij komt dat er effectief ook niets ten laste van het Nederlandse belastbare resultaat wordt gebracht.

5 De fictieve winsten waren groter dan de fiscale compensabele verliezen.

6 Bobeldijk concludeert dit mede op basis van het optiearrest (HR 23 januari 2004, nr. 37.893, BNB 2004/214, NTFR 2004/99).

Het gevolg van een 'besmette' rechtshandeling is dat het bedrag van afwaardering bij de crediteur tot de winst wordt gerekend. Echter, men kan gelijktijdig opteren om een gelijk bedrag te doteren aan een zogenoemde opwaarderingsreserve; per saldo wordt dan geen winst behaald. Het is niet toegestaan om een deel van het bedrag van de afwaardering aan een opwaarderingsreserve toe te voegen. Hier geldt dus een 'alles of niets'-benadering.

In art. 13ba, lid 5 t/m 10, Wet VPB 1969 is aangegeven wanneer de opwaarderingsreserve belast dan wel onbelast moet vrijvallen. Hier treft men de regels aan om dubbele verliesneming of belasting te voorkomen, alsmede de antimisbruikregelingen. Het artikel is niet van toepassing als sprake is van een laagbelaste beleggingsdeelneming. In dat geval is de deelnemingsvrijstelling al niet van toepassing.

Wanneer de crediteur een deelneming heeft vervreemd en gelijktijdig opties verkrijgt, is volgens Bobeldijk art. 13ba Wet VPB 1969 niet langer van toepassing. Hij geeft ook in zijn proefschrift aan dat het houden van een optie niet kwalificeert als een deelneming. De deelnemingsvrijstelling is echter wel van toepassing. De staatssecretaris van Financiën heeft dit bevestigd.

6.2 Art. 13b Wet VPB 1969

Op grond van dit artikel moet het bedrag van de afwaardering dat betrekking heeft op een schuldvordering op een deelneming (of op een deelneming van een verbonden persoon) bij de crediteur ineens (!) tot de winst gerekend worden in het geval van een besmette rechtshandeling:

- overdracht van een afgewaardeerde vordering;
- overbrenging van de vordering naar een in het buitenland gedreven onderneming;
- vervreemding van (een gedeelte van) de onderneming.

Art. 13b Wet VPB 1969 is van toepassing indien (een gedeelte van) de onderneming wordt vervreemd aan een belastingplichtige, een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijke persoon. Een uitzakking van een buitenlandse dochtermaatschappij vanwege een reorganisatie kan dus resulteren in Nederlandse belastingheffing op het niveau van de moedermaatschappij. Een fiscale eenheid heeft geen derdenwerking en voorkomt de toepassing van art. 13b Wet VPB 1969 niet. Het schuiven binnen een fiscale eenheid biedt hier geen soelaas.

Indien geen sprake is van een deelneming kan de vordering worden overgebracht naar het buitenland, bijvoorbeeld Luxemburg. Art. 13b Wet VPB 1969 is dan niet van toepassing. Eventueel kan vervolgens de vordering in Luxemburg omgezet worden zonder dat art. 13ba Wet VPB 1969 van toepassing is.

De sanctie van art. 13b Wet VPB 1969 onderscheidt zich van de sanctie van art. 13ba Wet VPB 1969 in die zin dat afrekening in één keer dient plaats te vinden.

6.3 Fiscale eenheid / waardering vordering bij (ont)voeging

Een afgewaardeerde vordering dient bij voeging bij de moedermaatschappij op de bedrijfswaarde te worden gewaardeerd als deze lager is dan de nominale waarde. Bij de dochtermaatschappij dient een corresponderende waardering plaats te vinden op grond van art. 15ab, lid 6, Wet VPB 1969. Als de moedermaatschappij een afgewaardeerde vordering op haar dochtermaatschappij van een derde aankoopt en vervolgens een fiscale eenheid aangaat, dan moet de schuld ook worden gewaardeerd op de bedrijfswaarde van de corresponderende vordering op grond van art. 15ab Wet VPB 1969, winstneming dus. Bobeldijk pleit hier voor eenzelfde aanpak als die van de artikelen 13ba en 13b Wet VPB 1969: alleen toepassen als binnen een concern is afgewaardeerd.

Een verstrekte lening aan een dochtermaatschappij binnen een fiscale eenheid kan niet worden afgewaardeerd tijdens het bestaan van de fiscale eenheid. Immers, de onderlinge schuldverhouding tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij is fiscaal niet te zien. Als vervolgens de dochtermaatschappij wordt ontvoegd, dient op het ontvoegingsmoment de schuld op de nominale waarde te worden gewaardeerd bij de dochtermaatschappij en de vordering bij de moedermaatschappij op de bedrijfswaarde. Een eventuele latere opwaardering van de vordering is onbelast bij de moedermaatschappij op grond van art. 15aj, lid 2, Wet VPB 1969. Het zou namelijk onredelijk zijn als men niet mag afwaarderen ten laste van het fiscale resultaat, terwijl een latere opwaardering wel belast zou zijn.

Volgens Bobeldijk maakt het de Hoge Raad voor het fiscale resultaat niet uit of de fiscale eenheid eerst wordt verbroken en vervolgens de vordering wordt verkocht of andersom. Hetzelfde geldt voor een vordering die wordt aangekocht, waarna vervolgens een fiscale eenheid wordt

gevormd. Hetzelfde resultaat wordt bereikt als de fiscale eenheid wordt gevormd alvorens de vordering op de dochtermaatschappij van een derde wordt aangekocht. Dit blijkt uit de arresten *BNB 1996/16*⁷ en *BNB 1998/292*.⁸

Bij een kwijtschelding door een derde van haar vordering op een belastingplichtige geldt de hoofdregel van art. 3.13 Wet IB 2001: de kwijtschelding is vrijgesteld voor zover deze groter is dan de verrekenbare verliezen. Echter, de wetgever achtte dit niet wenselijk bij een fiscale eenheid en redeneerde dat als de situatie zich voordoet dat een derde een vordering kwijtscheldt op een gevoegde dochtermaatschappij, dan stand alone gekeken dient te worden naar de gevoegde maatschappij. Als zonder een fiscale eenheid de vrijstelling niet van toepassing zou zijn, wordt die op grond van art. 15ac, lid 2, Wet VPB 1969 ook in de situatie met een fiscale eenheid uitgesloten. Volgens Arco Bobeldijk belemmert dit artikel financiële reorganisaties die zakelijk zijn ingegeven. Het prijsgeven door een derde kan leiden tot belastbaarheid op het niveau van de moedermaatschappij.

De kwijtschelding is ook niet vrijgesteld indien een ontvoegde maatschappij de voorgaande zes jaar deel uitmaakte van een fiscale eenheid en gedurende die periode verrekenbare verliezen had (art. 8, lid 4, Wet VPB 1969).

Bobeldijk geeft mee dat de regelingen voldoende aanleiding geven om praktijksituaties grondig te analyseren alvorens een fiscale eenheid te vormen/verbreken.

7 INKOMSTENBELASTING

Aan het einde van de lezing wordt kort ingegaan op de behandeling van afgewaardeerde vorderingen in de inkomstenbelasting. Bobeldijk geeft aan dat in principe de afgewaardeerde vordering in de inkomstenbelasting hetzelfde behandeld wordt als in de vennootschapsbelasting. De artikelen 3.98a en 3.98b Wet IB 2001 zijn van toepassing. Deze artikelen zijn geredigeerd overeenkomstig de artikelen 13b en 13ba Wet VPB 1969. Hetgeen over de vennootschapsbelasting is besproken, is dus ook voor de inkomstenbelasting van toepassing.

7 HR 6 september 1995, nr. 30.244, *BNB 1996/16*.

8 HR 8 juli 1998, nr. 31.399, *BNB 1998/292*.

Fiscale bepalingen in Share Purchase Agreements

Lezing op 10 februari 2011 door mr.dr.s. O.E. van der Donk,
werkzaam bij een advocatenkantoor

1 INLEIDING

In eerdere jaren trachtte men in Share Purchase Agreements (hierna: SPA's of overeenkomsten) alle risico's te identificeren en af te dekken. Vandaag de dag is het 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 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 deze 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's benaderen. Fiscalisten hebben – volgens Van der Donk – de neiging het fiscale probleem te willen identificeren om er vervolgens, eventueel in overleg met de Belastingdienst, 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. De kwestie is volgens hem wie uiteindelijk eventuele fiscale lasten draagt. Overigens is er, gezien de hoge tijdsdruk, zelden 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 van de beroepsgroep 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's. Dit betekent dat de fiscalist nauw moet samenwerken met de advocaat en de mensen die verantwoordelijk zijn voor de cijfers; alleen zo vallen er geen gaten.

Verder moet een fiscalist zich realiseren dat er nog veel andere kwesties spelen, vaak met een groter financieel belang.

2 FACTOREN VAN INVLOED OP DE SPA

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

2.1 Koper

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

2.2 Transactie

Een belangrijk punt van aandacht is de wijze waarop de koop/verkoop wordt aangegeven. 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.

2.3 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.

2.4 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. exit moet bij verkoop van de aangekochte onderneming;
3. cashflows binnen de structuur moeten belastingvrij kunnen plaatsvinden;
4. 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.

2.5 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.

3.1 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.

3.2 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-arrest¹ 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/Meyer² heeft in dit kader verduidelijking gebracht. Overwogen wordt daar dat gezien 'de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de ... entire agreement clause eruit, behoort ... een groot gewicht te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de bewoordingen van de SPA'. 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.

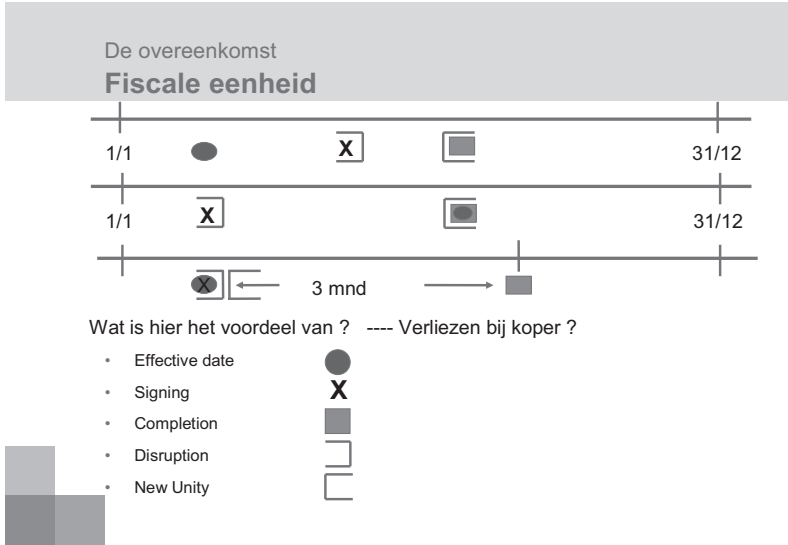
3.3 Begrip belastingen

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 onder belastingen ook samenhangende

1 HR 13 maart 1981, nr. 11.647, NJ 1981, 635.

2 HR 19 januari 2007, nr. C05/266HR, V-N 2007/23.31.

rente, boetes en socialezekerheidslasten vallen. Het moet tevens duidelijk zijn dat de belastingen binnenlandse en buitenlandse belastingen omvatten.



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 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.

De betrokken partijen kunnen er huiverig voor zijn om risico's expliciet in de SPA te benoemen. De SPA kan dan voor de Belastingdienst als lei-

draad 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 vóór een bepaalde datum de fiscale risico's voor de verkoper zijn en daarna voor de koper. Echter, bepaalde heffingen vallen na die datum, terwijl deze toch betrekking hebben op de periode vóór de bewuste datum. Het is dus iets gecompliceerder. Daarbij kunnen de volgende risicoprofielen worden onderscheiden.

3.4 Profiel last

Vrijwaring/garanties

Verschillende risicoprofielen

• 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
• Eenmalige lust door gebeurtenis voor	signing/completion	14/4 VpB
• Eenmalige lust door gebeurtenis op	signing/completion	15Al VpB

3.5 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 de 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.

3.6 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 en 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 koopovereenkomst 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.

3.7 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 zijn aandeelhouder). Ook de partij aan wie de schadevergoeding wordt betaald moet worden vastgesteld. 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.

3.8 **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 zo veel mogelijk worden voorkomen.

Transactiekosten vanuit een btw- en VPB-perspectief

Lezing op 3 maart 2011 door prof.dr. H.W.M. van Kesteren, als partner verbonden aan PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs, hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg en tevens werkzaam als raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch en als rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank te 's-Gravenhage, en drs. P.A.M. Josten, werkzaam als belastingadviseur bij PricewaterhouseCoopers Belastingadviseurs

1 INLEIDING

Centraal in deze lezing staat de behandeling van transactiekosten vanuit een btw- en een vennootschapsbelastingperspectief, waarbij onder transactiekosten wordt verstaan de kosten die verband houden met de acquisitie en verkoop van aandelen. In de lezing komt aan de orde wanneer een houdstervenootschap bij de acquisitie van aandelen voorbelasting in aftrek kan brengen en wanneer deze kosten voor vennootschapsbelastingdoeleinden aftrekbaar zijn, dan wel geactiveerd dienen te worden als onderdeel van de verkrijgingsprijs van de aandelen.

2 FISCALE EENHEID

Om te bepalen wat de mogelijke gevolgen zijn voor btw- en vennootschapsbelastingdoeleinden dient in een vroeg stadium bepaald te worden of sprake is van een fiscale eenheid voor de btw en de vennootschapsbelasting. Vanuit een vennootschapsbelastingperspectief is een fiscale eenheid gewenst om transactiekosten op het niveau van de verkrijgende vennootschap af te zetten tegen operationele winsten. Vanuit een btw-perspectief kan een fiscale eenheid het aftrekrecht van voorbelasting op algemene kosten van de belastingplichtige vergroten.

Er is sprake van een fiscale eenheid voor de btw indien de entiteiten financieel, economisch en organisatorisch verweven zijn. Het belangrijkste kenmerk van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de economische en juridische eigendom in de dochtermaatschappij moet houden. Aan de hand

van een voorbeeld wordt duidelijk gemaakt dat er een verschil bestaat tussen het fiscale-eenheidsbegrip voor de btw en het fiscale-eenheidsbegrip voor de VPB. Daarmee wordt ook duidelijk dat het belangrijk is om te bepalen welke vennootschap een acquisitie gaat verrichten, aangezien anders mogelijk de aftrek van voorbelasting verloren gaat of de kosten niet afgezet kunnen worden tegen operationele winsten van andere vennootschappen binnen de fiscale eenheid.

3 HOUDSTERVENNOOTSCHAP

Om te bepalen of een entiteit die aandelen verwerft in een dochtermaatschappij recht heeft op aftrek van voorbelasting moet bepaald worden of een dergelijke entiteit kwalificeert als ondernemer voor de btw. Om als ondernemer te kwalificeren moet de entiteit economische activiteiten verrichten. Volgens de Zesde Richtlijn worden werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter aangemerkt als economische activiteiten. De vraag of bepaalde handelingen moeten worden aangemerkt als economische activiteit komt onder meer aan de orde bij handelingen die worden verricht door een houdstervennootschap (i.e. acquisitievehikel). Indien het houden van aandelen niet aangemerkt kan worden als een economische activiteit (vergelijk de situatie met een natuurlijke persoon/aandeelhouder die een beleggingspakket heeft) kwalificeert de entiteit niet als ondernemer voor de btw en bestaat er geen recht op aftrek van voorbelasting. Herman van Kesteren onderscheidt in dit kader vier verschillende soorten houdstervennootschappen.

3.1 Pure houdster

De pure houdster heeft geen activiteiten anders dan het houden van aandelen. Volgens het Europese Hof van Justitie (hierna HvJ) is het houden van aandelen geen economische activiteit en derhalve leidt dit niet tot ondernemerschap. Het voorgaande is beslist in het Polysar-arrest.¹ Voor de pure houdstervennootschap bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting. Bovendien kan een pure houdstervennootschap geen onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid voor de btw.

1 HvJ 20 juni 1991, zaak C-60/90 (Polysar).

3.2 Actieve houdster

De actieve houdster is een houdstervennootschap die goederen en diensten verkoopt en derhalve kwalificeert als ondernemer voor de btw. Deze entiteit kan onderdeel van een fiscale eenheid uitmaken en er bestaat voor deze vennootschap recht op aftrek van voorbelasting.

3.3 Moeiende houdster

De moeiende houdster kenmerkt zich door de beleidsbepalende en sturende invloed ten opzichte van de dochtervennootschap. Het moeien tegen een vergoeding leidt tot ondernemerschap, aldus het voormelde Polysar-arrest. Op basis van de houdsterresolutie kan een houdstervennootschap die zich wel actief moeit met de dochtervennootschappen maar hier geen vergoeding voor in rekening brengt ook worden aange-merkt als ondernemer voor de btw. Als zodanig kan een dergelijke entiteit onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid en bestaat er recht op aftrek van voorbelasting.

3.4 Geknipte houdster

De geknipte houdster kwalificeert deels als ondernemer en deels niet als ondernemer voor de btw. Voor zover de activiteiten van deze entiteiten bijvoorbeeld bestaan uit het verstrekken van financiering is er geen sprake van ondernemerschap. Afhankelijk van de activiteiten van deze entiteiten bestaat er slechts gedeeltelijk recht op aftrek van voorbelasting.

In aanvulling op het bovenstaande wordt nog opgemerkt dat in de jurisprudentie ook andere gronden te vinden zijn waarom het houden van aandelen tot de ondernemingsactiviteiten van de betreffende entiteit gerekend moeten worden. In de zaak *Welcome Trust*² besliste het HvJ dat de aan- en verkoop van aandelen in het kader van het beheer van het vermogen van een charitatieve trust geen economische activiteit was, maar dat dit onder omstandigheden anders ligt. Hieruit kan worden opge-emaakt dat een entiteit die zich niet moeit met het beleid van de dochtervennootschappen waarin de aandelen worden gehouden, maar wel actief is in het handelen in aandelen, dit doet in de hoedanigheid van onderne-mer.

2 HvJ 20 juni 1996, zaak C-155/94 (*Welcome Trust*).

In het Harnas & Helm-arrest³ besliste het HvJ dat het in eigendom verwerven en houden van obligaties die niet dienstbaar zijn aan enige andere ondernemingsactiviteit niet zijn aan te merken als economische activiteiten die aan de belanghebbende de status van belastingplichtige verlenen. Er zijn echter situaties waarin obligatiebezit wel als economische activiteit beschouwd kan worden, namelijk indien de activiteiten dienstbaar zijn aan een andere ondernemingsactiviteit. Het moet in dit kader gaan om een verlengstuk van de activiteiten van de belastingplichtige.

4 AFTREKREGELS

Voor de aftrek van voorbelasting dient een onderscheid gemaakt te worden tussen kosten die direct toerekenbaar zijn aan een economische activiteit en kosten die niet direct zijn toe te rekenen aan een bepaalde economische activiteit. In het eerste geval is de btw die drukt op de kosten aftrekbaar. De btw op kosten die niet toerekenbaar zijn aan een economische activiteit is niet aftrekbaar, tenzij de niet-economische activiteiten zijn verricht ten behoeve van de algehele economische activiteit van de vennootschap. Ten slotte zij opgemerkt dat de btw die drukt op algemene kosten slechts pro rata aftrekbaar is.

5 TRANSACTIEKOSTEN IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING

Peter Josten gaat in op de behandeling van kosten die verband houden met de aan- en verkoop van aandelen, de kosten die verband houden met de uitgifte/emissie van nieuwe aandelen en de kosten van plaatsing van bestaande aandelen. Met name de kosten die verband houden met de acquisitie van aandelen zorgen in de praktijk voor lastige situaties.

Bij de aankoop van aandelen dient voor vennootschapsbelastingdoeleinden een onderscheid gemaakt te worden tussen kosten die voor rekening komen van de verkoper en kosten die voor rekening komen van de kopende partij (i.e. causaliteit). De kosten die men maakt bij de acquisitie van aandelen kunnen onderverdeeld worden in enerzijds niet-aftrekbare acquisitiekosten (i.e. aankoopkosten) en anderzijds aftrekbare financieringskosten, orgaankosten, kosten toerekenbaar aan de business en kosten verband houdend met acquisitie die niet doorgaat.

3 HvJ 6 februari 1997, zaak C-80/95 (Harnas & Helm).

Kosten die verband houden met de verkrijging van aandelen dienen in principe geactiveerd te worden als onderdeel van de aankoopprijs van de aandelen. De vraag rijst wanneer kosten kwalificeren als niet-aftrekbare acquisitiekosten. Peter Josten merkt op dat op basis van BNB 1995/180⁴ men zou kunnen stellen dat met betrekking tot acquisitiekosten een tijdsgelange toerekening dient plaats te vinden tussen de kosten gemaakt in de periode dat de acquisitie nog onvoldoende zeker is (i.e. geen verplicht te activeren aankoopkosten, dus aftrekbaar) en de periode dat de acquisitie wel voldoende zeker is.

Wanneer de acquisitie zeker is, is zeer lastig te beoordelen. Tijdens de lezing wordt het voorbeeld genoemd van een acquisitie waarbij toestemming voor de overname door de NMa verleend moet worden. Wanneer is nu voldoende zeker dat de overname doorgaat? Is dat pas nadat de NMa toestemming heeft verleend, in welk geval een groot deel van de kosten niet als acquisitiekosten aangemerkt dienen te worden en dus fiscaal aftrekbaar zijn of is dat toch in een eerder stadium? Over het algemeen zou men kunnen oordelen dat de acquisitie voldoende zeker is bij de ondertekening van de Share Purchase Agreement (SPA), aldus Peter Josten. De Belastingdienst stelt zich meestal op het standpunt dat de acquisitie voldoende zeker is indien er exclusiviteit voor de koper is, i.e. bij de ondertekening van de Letter of Intent (LOI). In de praktijk zal hier vaak overeenstemming over worden bereikt met de Belastingdienst.

Peter Josten gaat ook nog in op de werking van contractovername. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een financiële of juridische dienstverlener een groep begeleidt bij het verkoopklaar maken van bepaalde entiteiten (e.g. VDD). In de contracten tussen de dienstverlener en de afnemer van de diensten (i.e. de verkopende partij) wordt een clausule opgenomen die bepaalt dat het contract met de dienstverlener overgaat op de kopende partij. Vanuit een vennootschapsbelastingperspectief zijn deze kosten in de regel niet aftrekbaar. Echter, indien de kopende partij kwalificeert als ondernemer voor de btw, zal de btw die drukt op de kosten die in rekening gebracht zullen worden aan deze partij voor aftrek van voorbelasting in aanmerking komen.

Ten slotte wordt gesproken over de onduidelijkheid ten aanzien van de fiscale behandeling van financieringskosten in de vennootschapsbelasting. Op basis van bestaande jurisprudentie is het mogelijk om deze kos-

4 HR 12 april 1995, nr. 29.866, BNB 1995/180.

ten in één keer ten laste van het resultaat te brengen, dan wel de kosten te activeren en over de looptijd van de lening af te schrijven. In de praktijk wordt er vaak voor gekozen om de kosten te activeren en af te schrijven over de looptijd van de lening.

6 AANDELENVERKOOP

Herman van Kesteren sluit de lezing af met de behandeling van kosten die verband houden met een aandelenverkoop vanuit een btw-perspectief. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de pure houdster, de moeiende houdster en de geknipte houdster.

De btw die drukt op kosten die direct samenhangen met een economische activiteit komen in principe voor aftrek in aanmerking. In het Investrand-arrest⁵ ging het om advieskosten die verband hielden met de verkoop van een aandelenpakket. De advieskosten werden pas gemaakt in de periode dat Investrand kwalificeerde als belastingplichtige. De aandelen daarentegen werden verkocht in een periode waarin de vennootschap niet als belastingplichtige kwalificeerde. Volgens het HvJ is er geen sprake van directe kosten, aangezien de kosten niet zijn gemaakt in het kader van een economische activiteit. Volgens het HvJ is er ook geen sprake van algemene kosten. Helemaal duidelijk is dit echter niet, aangezien het HvJ wel de mogelijkheid openhoudt dat de kosten misschien gedeeltelijk gemaakt zijn ten behoeve van de belastbare activiteiten van de vennootschap.

Ten aanzien van de moeiende vennootschap gaat Herman van Kesteren in op het arrest AB SKF.⁶ AB SKF is een Zweedse moedermaatschappij die aandelen houdt in diverse deelnemingen. Zij houdt zich actief bezig met het beheer in de dochterondernemingen en zij verricht bepaalde diensten aan deze entiteiten (e.g. administratieve diensten). In verband met deze diensten is AB SKF btw-plichtig. Op een zeker moment verkoopt AB SKF een deelneming, waarvoor zij kosten maakt. Volgens de Zweedse belastingdienst is de btw die op deze kosten drukt niet aftrekbaar.

Het HvJ geeft aan dat aangezien AB SKF zich moeit met het beheer van haar dochtermaatschappijen de verkoop van aandelen een economische activiteit vormt. Dit is volgens het HvJ mogelijk anders indien de verkoop

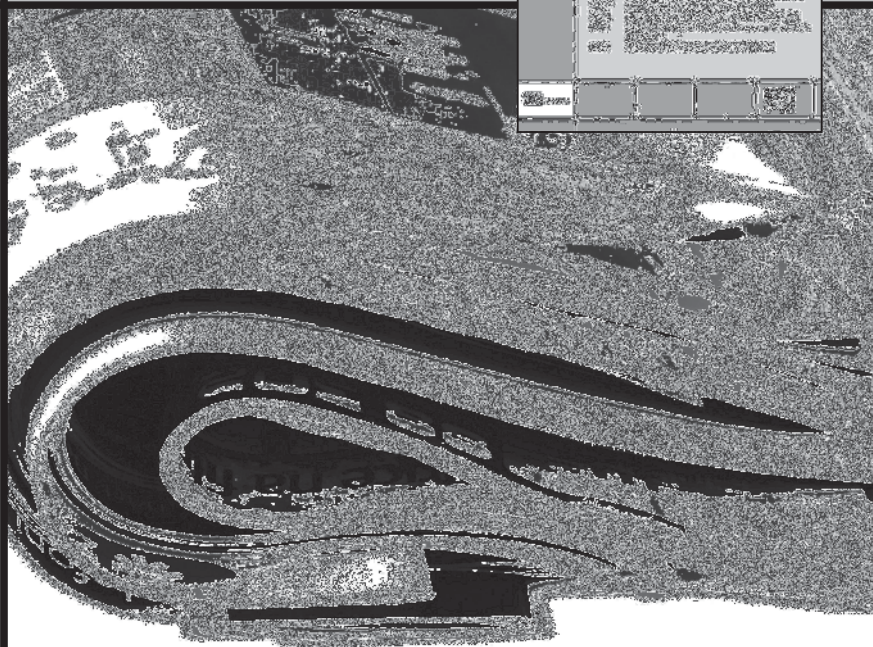
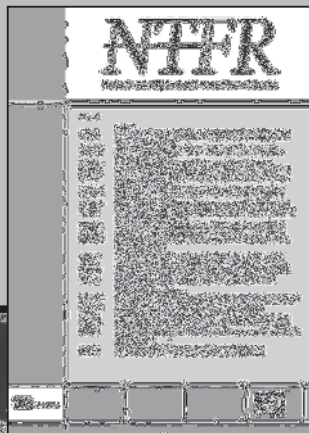
5 HvJ 8 februari 2007, zaak C-435/05 (Investrand), NTFR 2007/263.

6 HvJ 29 oktober 2009, zaak C-29/08 (AB SKF), NTFR 2009/2421.

aan te merken is als een overdracht van een algemeenheid van goederen en/of diensten (art. 37 Wet OB 1968). Dit heeft tot gevolg dat de verkoper de btw op de advieskosten als algemene kosten in aftrek kan brengen, waarbij hij rekening moet houden met een eventueel pro-rata-aftrekpercentage.

Volgens het HvJ is de verkoop van aandelen in beginsel een vrijgestelde activiteit, wat doet vermoeden dat de btw die drukt op de kosten niet in aftrek mag komen. Het HvJ laat echter ruimte door te stellen dat er een recht op aftrek bestaat indien de advieskosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de economische activiteit van AB SKF in het geheel. Volgens het HvJ is van belang of de uitgaven zijn opgenomen in de prijs van de verkochte aandelen, dan wel of de kosten deel uitmaken van de prijs van de prestaties die AB SKF verricht. In het eerste geval bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting, omdat de voorbelasting toegerekend kan worden aan een vrijgestelde prestatie. In het geval de advieskosten in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met de economische activiteit van AB SKF in het geheel mag de voorbelasting op grond van het pro rata in aftrek worden gebracht.

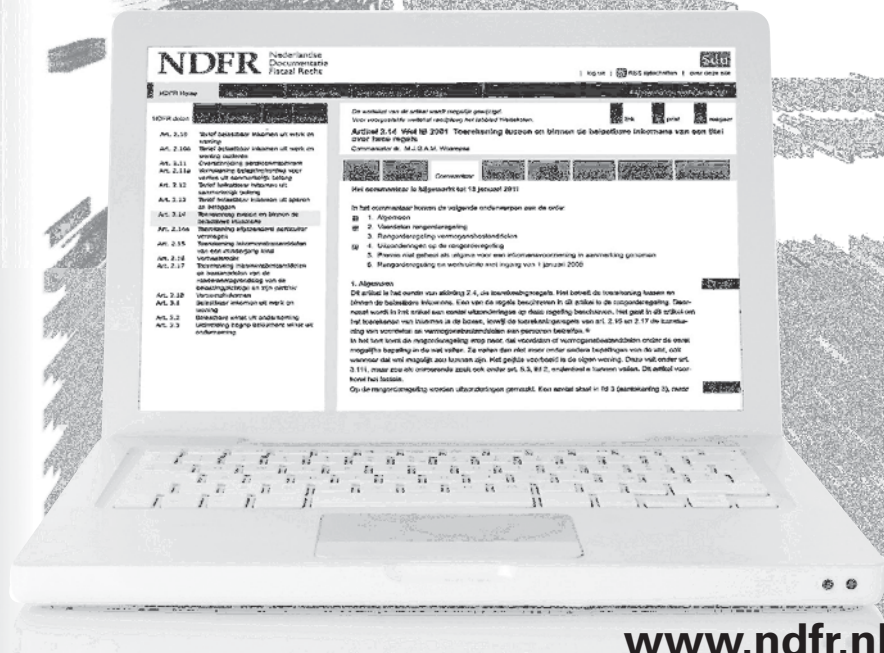
DIT IS ALLES WAT U NODIG HEEFT!



www.ntfr.nl
sales.juridisch@sdu.nl
tel. (070) 378 91 78

NTFR
Nederlandsche Tijdschrift voor Fiscaal Recht

Fiscale kracht



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 fiscale onderwerpen behandelen. De lezingen dragen bij aan het verhogen van het vaktechnisch niveau van jonge belastingadviseurs.

Deze uitgave bevat verslagen van de lezingen uit de periode 2010-2011.