

buiten verzoek

Oneigenlijke deelneming in periode

67 Awr

Feiten.

67 Awr

67 Awr

Beoordeling door inspecteur:

Het antwoord op de vraag of sprake is van een oneigenlijke deelneming moet worden gevonden in de arresten van 5 november 1997 ECLI:NL:HR:1997:AA3353 en ECLI:NL:HR:1997:AA33131.

ECLI:NL:HR:1997:AA3353

De activiteiten van de belanghebbende over wie het eerstgenoemde arrest ging, bestonden aanvankelijk uit het huren en doorverhuren aan E BV van het kantoorpand en enkele auto's, alsmede het gedurende enkele maanden verhuren van twee kantoor machines. Daarnaast hield belanghebbende zich later beschikbaar voor het van werknemers kopen van aandelen.² In

rechtsoverweging 3.1 van dit geeft de HR de feiten die hij heeft gebruikt voor zijn beslissing:

Belanghebbende trad, na de beëindiging in 1988 van haar overige activiteiten, uitsluitend op in het kader van de uitvoering van het door het reclamebureau E BV in het leven geroepen stock-option plan. Werknemers van laatstgenoemde vennootschap, die door uitoefening van de opties verkregen certificaten van aandelen wilden verzilveren, konden dit uitsluitend doen door deze aan belanghebbende te verkopen. Belanghebbende heeft in dat kader in 1989 een pakket van 823 certificaten, vertegenwoordigende 2,01% van het geplaatste kapitaal van E BV, gekocht. Op 21 mei 1990 is een overeenkomst gesloten met betrekking tot de verkoop van de certificaten. Uit dezen hoofde heeft belanghebbende in 1990 een winst van f 510 319 en in 1992 een winst van f 567 409 gerealiseerd.

Zijn oordeel, in rechtsoverweging 3.3 van dat arrest, luidde:

De vastgestelde feiten laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat belanghebbende haar activiteit uitoefende in het kader van een beschermingsfunctie ten behoeve van E BV, dat die activiteit in het geheel van haar financiële betrekkingen en haar contractuele relaties met E BV en de werknemers van die vennootschap een onderneming vormt, en dat zij de onderhavige certificaten heeft aangehouden in de lijn van de normale uitoefening van die onderneming.

ECLI:NL:HR:1997:AA3313

In de casus van het tweede arrest had de belanghebbende nadat in het kader van een bedrijfsopvolging cum prefs waren uitgegeven een belang van minder dan 5%. Daar was de vraag of het dividend dat zij op de (gewone) aandelen had ontvangen onder de deelnemingsvrijstelling viel omdat het resterende belang als een oneigenlijke deelneming moest worden aangemerkt. De Hoge Raad overwoog (in rechtsoverweging 5.8):

Uit de wetsgeschiedenis - Memorie van Toelichting, blz. 13, linkerkolom, 4e alinea, zoals geciteerd in punt 1.10.3 van de bijlage bij de conclusie van het Openbaar Ministerie - vloeit voort dat aandelen slechts dan niet in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening worden aangehouden, indien zij ter belegging worden aangehouden, dat wil zeggen uitsluitend met het oog op het verkrijgen van de waardevermeerdering en het rendement daarvan bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht.

Zie evt. ook nog de noot van Juch bij deze arresten: Zijn conclusie

Voor de toepassing van art. 13, derde lid, zijn voortaan twee vragen van wezenlijke betekenis:

- a. wordt door de aandeelhoudende vennootschap een onderneming gedreven;
- b. is het bezit niet slechts gericht op het verkrijgen van waardevermeerdering en het rendement daarvan die bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht (beleggingscriterium).

Indien beide vragen positief kunnen worden beantwoord zal de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn.

Aanvulling door KG DVS

In het arrest BNB 2001/210 gaat de Hoge Raad een stap verder.

Samenvatting

HR: Het Hof heeft vastgesteld dat het door belanghebbende gehouden aandelenpakket van minder dan vijf percent niet als belegging werd gehouden en dat daarmee is voldaan aan de eisen die art. 13, derde lid, Wet Vpb. 1969 stelt om een zodanig aandelenbezit aan te merken als een deelneming.

De Hoge Raad verwerpt onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal de stelling dat bovendien is vereist dat de houder van de aandelen een onderneming drijft.

HR: "-3.2. Voorzover het middel zich verzet tegen dit oordeel op de grond dat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op het aandelenbezit van minder dan vijf percent in H BV als zelfstandig vereiste geldt dat belanghebbende een onderneming drijft, faalt het op de gronden vermeld in punt 3.3 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. Voor het overige behoeft het middel geen behandeling."

Conclusie AG:

"-3.2. Het cassatiemiddel houdt als belangrijkste klacht in dat het Hof ten onrechte de deelnemingsvrijstelling van toepassing heeft geacht reeds op grond van de omstandigheid dat de aan belanghebbende toebehorende aandelen H BV - een bezit kleiner dan 5% - meer waren dan een belegging. De Staatssecretaris betoogt dat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling

¹ onder andere gepubliceerd in BNB 1998/37 en BNB 1998/38

² rechtsoverweging 5.3 van de hofuitspraak die aan dit arrest ten grondslag lag

op een aandelenbezit van minder dan 5% tevens is vereist dat de belastingplichtige een onderneming drijft, en dat het Hof derhalve had behoren te onderzoeken of belanghebbende aan dit vereiste voldeed. Het middel bestrijdt niet 's Hofs oordeel dat belanghebbende met haar bezit van aandelen in H BV niet slechts streefde naar het rendement en de waardestijging die van dat bezit bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht.

-3.3. Naar ik meen leidt de rechtsontwikkeling ertoe thans aan te nemen dat inderdaad de enkele omstandigheid dat een belastingplichtige een aandelenbezit van minder dan 5% anders dan als belegging aanhoudt de gevolgtrekking rechtvaardigt dat die belastingplichtige dit aandelenbezit aanhoudt in de lijn van de normale uitoefening van de door hem gedreven onderneming, zoals bedoeld in art. 13, derde lid, Wet Vpb 1969. Mitsdien is het Hof mijns inziens uitgegaan van een juiste rechtsopvatting en gaat het middel voor zover het zich hiertegen keert niet op."

Dit wordt bevestigd in [ECLI:NL:HR:2008:BC7761](#) (hoewel belanghebbende hier zeker een onderneming dreef)

Samenvatting

Tot 1997 is belanghebbende, X bv, 100% aandeelhouder in D bv. D bv doet in handel in en reparatie van telecommunicatiemiddelen. Tussen X bv en D bv bestaat een managementovereenkomst op grond waarvan E, de dga van X bv, managementactiviteiten voor D bv verricht. In 2000 heeft X bv 80% van haar aandelen in D bv verkocht in ruil voor onder andere aandelen in J bv, een ter beurze genoteerde vennootschap. Daarbij is aan X bv verboden om de aandelen J bv te vervreemden voor een bepaalde datum, een zogenoemde lock-upbepaling. De managementactiviteiten hebben tot eind 2001 geduurd. In 2001 heeft X bv minder dan 5% van de aandelen in J bv. Hof Leeuwarden (NTFR 2007/1125) heeft geoordeeld dat deze aandelen een oneigenlijke deelneming vormen. De aandelen in J bv worden door belanghebbende niet als belegging aangehouden. De deelnemingsvrijstelling is dus van toepassing zodat X bv het door haar geleden verlies niet kan aftrekken.

De Hoge Raad heeft het ingestelde cassatieberoep ongegrond verklaard onder verwijzing naar art. 81 Wet RO

=====

De conclusie is derhalve dat een belang van minder dan 5% een oneigenlijke deelneming vormt indien dit belang niet als belegging wordt gehouden. De eis van "onderneming drijven" wordt derhalve niet meer gesteld.

Beoordeling casus

67 Awr

Gezien bovenstaande vaststelling komt de KG DVS tot de conclusie dat hier voldoende aanknopingspunten zijn om te oordelen dat sprake is van een oneigenlijke deelneming tot 67 Awr in 67 Awr. Wij adviseren de vraagsteller de procedure bij de rechtbank in te trekken en aan de bezwaren van belanghebbende tegemoet te komen en de participatie tot 67 Awr in 67 Awr als deelneming te kwalificeren. De waardestijging tot dat moment, vast te stellen door de inspecteur, valt onder de deelnemingsvrijstelling.



Belastingdienst

5.1.2e, kantoor Amsterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

Ons kenmerk

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0015 Behandeling resultaat afdekkingsinstrument aankoopprijs deelneming (13-1)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling
Datum

Vraag

De vragensteller wenst, toegespitst op de expertise van deze kennisgroep, te vernemen of:

- (1) wij in onderhavig feitencomplex aanleiding zien om de stelling in te nemen dat de valuta-forwardtransacties in zodanig rechtstreeks verband met de verworven deelneming staan dat daaraan voor de fiscale winstbepaling geen zelfstandige betekenis toekomt en het valutaresultaat dat wordt gemaakt met de forwardtransacties (dwingend) onderdeel van de kostprijs van de deelneming is;
- (2) dan wel dat het valutaresultaat dat wordt gemaakt met de forwardtransacties onder de deelnemingsvrijstelling valt;
- (3) dan wel het verlies uit de forwardtransacties, met inachtneming van BNB 2019/26, 'niet aftrekbare kosten' vormen in de zin van art. 13 lid 1 Wet Vpb 1969.

Antwoord

Alle stellingen acht de kennisgroep niet opportuun.

Casus

67 Awr

Beschouwing

Er laten zich in onze optiek twee situaties denken:

- (1) ofwel er verschijnt in jouw casus een deelneming op de balans van belastingplichtige naar aanleiding van de SPA, omdat op grond daarvan een (economisch) belang bij de aandelen wordt verkregen (vergelijk bijv. BNB 2017/11) - daartegenover ontstaat een betalingsverplichting;
- (2) ofwel er verschijnt nog géén deelneming op de balans naar aanleiding van de SPA. Dit gebeurt pas bij de closing.

ad. 1: op het moment van de verwerving wordt aanstonds de kostprijs bepaald op de koopsom tegen de dan geldende koers. De die dag afgesloten valutaswap kan er in onze ogen dan nog slechts toe dienen de waarde van de betalingsverplichting te fixeren en niet de kostprijs van de deelneming - die staat immers al vast. Het resultaat van de valutaswap bevindt zich dan in de belaste sfeer. De KG is van mening dat BNB 1994/273 en BNB 2017/189 er steeds toe leiden dat aan de resultaten van valuta-afdektransacties zelfstandige betekenis toekomt.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Van een positieve artikel 13 lid 7 Vpb-beschikking is in casu geen sprake en het afgeven ervan had ook niet in de rede gelegen, omdat de valutaswap een synthetische^{67 Aw}vordering doet ontstaan en dus dient om de waarde van de verplichting af te dekken en niet de waarde van de deelneming.

ad 2: in dit geval valt het resultaat op de forwardtransactie evenmin onder de deelnemingsvrijstelling. Belastingplichtige had eventueel gebruik kunnen maken van de goedkeuring in het Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002 (het Besluit), onderdeel 1.7.4, om het valutaresultaat op de forwardovereenkomst deel te laten uitmaken van de kostprijs van de beoogde deelneming. In casu is echter niet om een goedkeuring verzocht en wordt het resultaat (dus) zelfstandig als winst of verlies verantwoord. De KG meent overigens dat in situatie 2 alleen via een goedkeuring vooraf een evenwichtig resultaat ontstaat, omdat belastingplichtige dan geen mogelijkheid heeft tot fiscale sturing. De latere valutaresultaten plagen niet beïnvloedbaar te zijn door belastingplichtige.

Aankoopkosten

De KG is van oordeel dat een verlies op een forwardovereenkomst naar zijn aard geen kosten zijn ter verwerving van een deelneming, zoals is bedoeld in BNB 2019/26. Allereerst levert de forwardovereenkomst een zelfstandig recht op dat zelfstandig tot baten of lasten kan leiden, zie daartoe onder meer BNB 1977/162 en BNB 1994/273. Ten tweede hangt het verband van die overeenkomst meer samen met de financiering, de wijze van betalen, dan met de deelneming.

Conclusie

Conclusie is dat in beide situaties, het resultaat op de forwardtransacties in de belaste sfeer en niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Als situatie 2 zich voordoet, gaat de KG er niet in mee dat het resultaat op de forwardtransactie - zónder goedkeuring op basis van onderdeel 1.7.4 van het Besluit - onderdeel uitmaakt van de kostprijs van de deelneming. Dit ondergraaft namelijk de strekking van de goedkeuring.

buiten verzoek

Bronnen

Wet- en regelgeving

Jurisprudentie

HR 17 november 1993, BNB 1994/273

HR 11 april 2003, BNB 2003/253

Hof Amsterdam 26 november 2003, nr. 02/2027, VN 2004/24.10

Rechtbank Haarlem 21 september 2012, AWB 12/135, V-N 2013/39.16
Rechtbank Arnhem 4 oktober 2012, AWB 11/3335, V-N 2013/7.13

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Beleid

Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002, onderdeel 1.7.4

Eerdere Kennisgroepstandpunten

Dvs09021
DVS 20001

Literatuur

C. Bruijsten, Valutaresultaten in de winstsfeer TFO 2016/145.1

S.F.M. Niekel, Negatieve kosten in verband met de aankoop van deelnemingen/Van de Streek & Van Strien, Strik(t) fiscaal 2014/18

A.J. van den Bos, Een kleine geschiedenis van (hedging van) valutaresultaten en deelnemingsvrijstelling, NTFR 2004/1027

Overige



Beantwoording vraag kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Nummer vraag	DVS19024
Verkorte omschrijving vraag	Belastingplichtige houdt een deelneming die door de Kamer van Koophandel wordt ontbonden. De KvK is niet tot vereffening overgegaan. De deelneming houdt zelf een belang in een vennootschap en op de bankrekening van de deelneming zou een minimaal bedrag staan. Kan belastingplichtige het eventuele liquidatieverlies in aanmerking nemen?
Antwoord	Nee, nu er geen vereffening heeft plaatsgevonden kan er (nog) geen liquidatieverlies in aanmerking worden genomen.
Onderbouwing	Op grond van artikel 13d, elfde lid, van de Wet VPB 1969 (tekst 2020) wordt een liquidatieverlies in aanmerking genomen op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid. Dan houdt de rechtspersoon op te bestaan (2:19 lid 6 BW). Na ontbinding blijft de rechtspersoon dus voortbestaan totdat de vereffening is voltooid (2:19 lid 5 BW), behalve indien de rechtspersoon geen baten meer heeft bij ontbinding (2:19 lid 4 BW). Ontbinding door de KvK (2:19 lid 1, onderdeel e BW) leidt dus niet zonder meer tot het einde van de rechtspersoon. De keuze om het liquidatieverlies niet eerder dan op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid in aftrek toe te staan, is tijdens de parlementaire behandeling¹ als volgt nog nader gemotiveerd: • door de liquidatie van de dochter heeft de fiscus de zekerheid dat de mogelijkheid van verliescompensatie voorgoed verloren is gegaan; • in een eerder jaar dan waarin de vereffening van de dochter plaatsvindt, kan het liquidatieverlies nog niet worden berekend, omdat dit mede afhankelijk is van de liquidatie-uitkeringen. In casu is sprake van een deelneming met een saldo op een bankrekening en een belang in een vennootschap. Naar de mening van de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling kan derhalve het liquidatieverlies niet in aanmerking worden genomen zolang de vereffening niet is voltooid. Ook het Besluit Deelnemingsvrijstelling (nr. 2019-0000012049) biedt in dit geval geen soelaas. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat in dit kader de (verzwaaarde) bewijslast op belastingplichtige rust. ¹ NmvA, Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 22, p. 29

De kennisgroep is het hiermee eens.

Feiten en omstandigheden

De belastingplichtige houdt direct alle aandelen in [67 Awr] in [67 Awr] gevestigde dochtermaatschappijen (opgeofferd bedrag [67 Awr]). De aandelen van de belastingplichtige worden direct gehouden door de [67 Awr] moeder. Op basis van [67 Awr] belastingrecht is het voor de [67 Awr] moeder mogelijk om een wereldwijde belastingconsolidatie toe te passen, waardoor er rekening wordt gehouden met o.a. het resultaat van de [67 Awr] kleindochters. Hetgeen in de jaren [67 Awr] is gebeurd voor een bedrag van [67 Awr] aan regulier verlies. Voor de jaren [67 Awr] zijn, op basis van een [67 Awr] de resultaten van de [67 Awr] kleindochter uitgesloten van wereldwijde consolidatie. Van de [67 Awr] wordt geen gebruik gemaakt.

Standpunt belastingplichtige

[67 Awr]

Vraag

- 1) Is er in casu, gelet op de tekst [67 Awr] van artikel 13d lid 9 wet vpb 1969 en het besluit van 20 januari 2017 van de Staatssecretaris van Financiën (hierna: het Besluit), sprake van enigerlei tegemoetkoming?
- 2) Zo ja, kan het gedeelte van het liquidatieverlies waar geen enigerlei tegemoetkoming voor is ([67 Awr]) alsnog in aftrek genomen worden?

Beschouwing

Op basis van Marks & Spencer II-arrest is het verrekenen van de verliezen van de dochtermaatschappijen, die gevestigd zijn in andere lidstaten en in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap niet meer kunnen worden verrekend, onder omstandigheden toegestaan door de moedermaatschappij.

De Staatssecretaris is van mening (in het besluit) dat er sprake is van enigerlei tegemoetkoming als verliezen van een deelneming in het kader van een buitenlandse groepreliefregeling zijn of hadden kunnen worden overgedragen aan een ander (concern)lichaam. Ook dan is bij die (al voor de liquidatie) overgedragen verliezen namelijk sprake van een tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij de deelneming onverrekend zijn gebleven, zoals in casu het geval is.

Artikel 13 lid 9 wet vpb 1969 bepaalt:

"Het liquidatieverlies wordt eerst op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid in aanmerking genomen, mits:

a. geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, anders dan op de voet van dit artikel of artikel 13e, voor:

1°. de belastingplichtige, of een met hem verbonden lichaam;

2°. het lichaam dat of de persoon die de onderneming geheel of gedeeltelijk voortzet, of een met dat lichaam verbonden lichaam;

b. de onderneming van het ontbonden lichaam:

1°. geheel is gestaakt, dan wel

2°. geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam;

c. de omvang van het liquidatieverlies is gebleken en tevens blijkt dat is voldaan aan het bepaalde in de onderdelen a, 1°, en b."

In het Besluit wordt het volgende opgemerkt:

"Artikel 13d, tiende lid, Wet Vpb stelt o.a. als voorwaarden dat er bij de belastingheffing geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven (artikel 13d, tiende lid, onderdeel a, Wet Vpb). Naar mijn mening is

sprake van enigerlei tegemoetkoming als de (buitenlandse) verliezen van de te liquideren deelneming in het kader van een buitenlandse groupreliefregeling zijn of hadden kunnen worden overgedragen aan een ander (concern)lichaam. Ook dan is bij die (al voor de liquidatie) overgedragen verliezen namelijk sprake van een tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij de deelneming onverrekend zijn gebleven. Dat betekent dus dat het van toepassing (kunnen) zijn van een groupreliefregeling op verliezen van de deelneming tot gevolg heeft dat bij liquidatie van de deelneming aftrek van het liquidatieverlies niet mogelijk is."

Conclusie

Gezien het feit dat er in het verleden rekening gehouden is met de verliezen van de 67 Awr dochtermaatschappijen en het standpunt van de staatssecretaris, kom ik tot de conclusie dat er sprake is van enigerlei tegemoetkoming, waardoor de aftrek van het liquidatie verlies in zijn geheel niet mogelijk is.

§ 1.29 heeft contact gehad met de behandelend inspecteur. Meegegeven dat wat ons betreft primair onderzocht moet worden of er geen sprake is van een onzakelijke lening. In een latere fase kan eventueel het standpunt ingenomen worden dat er subsidiair sprake is van een earn-out.

Notitie voor de kennisgroep

Deelnemingsvrijstelling

1. Structuur

67 Awr

2. Beschrijving van de casus

B 67 Awr heeft haar 67 Awr deelneming in W 67 Awr verkocht aan B B 67 Awr. Als tegenprestatie heeft zij verkregen een vordering bestaande uit:

1. Een vast bedrag van 67 Awr onder de volgende voorwaarden:
 - a. Rente van 67 Awr
 - b. Jaarlijks af te lossen 67 Awr (dus 67 Awr termijnen);
 - c. Te beginnen 67 Awr
2. 67 Awr termijnen die afhankelijk zijn van de resultaten van de deelneming, te weten:

67 Awr

67 Awr

Als zekerheid voor deel 2 zijn de aandelen in de deelneming verpand aan B 67 Awr. De contante waarde van deel 2 is geschat op 67 Awr.

In 67 Awr is de verkoop van W 67 Awr verwerkt voor 67 Awr (vast deel 67 Awr plus contante waarde variabel deel 67 Awr) en dit is onder de deelnemingsvrijstelling gebracht.

In 67 Awr is W 67 Awr failliet gegaan en heeft B 67 Awr het restant van haar vordering op B B 67 Awr geheel afgeboekt. Dit betreft 67 Awr van deel 1 dat zij ten laste van haar resultaat heeft afgeboekt en 67 Awr van deel 2 dat zij onder de deelnemingsvrijstelling heeft gebracht op grond van artikel 13, lid 6, van de Wet Vpb 1969 (earn out regeling).

Ter discussie staat de afboeking van 67 Awr van deel 1.

3. Standpunt van de Inspecteur

Buiten verzoek

4. Standpunt van de adviseur

Buiten verzoek

5. De vraag

Is artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 van toepassing op de hele vordering omdat de hele vordering de tegenprestatie vormt voor de deelneming en deze hele prijs feitelijk en materieel gezien qua aantal termijnen en qua omvang onzeker is (vanwege de afhankelijkheid van de resultaten van de deelneming)?

6. Relevante jurisprudentie

Buiten verzoek

Buiten verzoek

Buiten verzoek

Buiten verzoek

7. Argumenten voor/tegen

Buiten verzoek

8. Mijn mening

Buiten verzoek

--*--

5.1.2e vraagt de aandacht voor het feit dat een (via een niet-CFC) gehouden *vennootschap* een CFC kan zijn. Als er daarentegen sprake is van een indirecte *vi* dan is de CFC-regeling niet van toepassing op die VI. Deze situatie is aan de orde geweest in de wetsgeschiedenis (pagina 36 NnaV). Casus gesloten.

Indien voldaan wordt aan de bezittingentoets of de reële heffingstoets is er sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Het statutair tarief in ^{67 Awr} is hoger dan 10%. De vraag is of er betekenisvolle stelselafwijkingen zijn, waardoor het effectief tarief lager dan 10% zou kunnen zijn. Naar NLse maatstaven zou op de geïmputeerde rente op grond van 10a Wet VpB niet aftrekbaar zijn, waardoor het effectief bij ^{67 Awr} lager is dan 10%. ^{67 Awr} heeft echter met ingang van ^{67 Awr} een earningsstrippingregeling. De vraag is dan dat art. 10a Wet VpB geen betekenisvolle stelselafwijking meer is. In de parlementaire behandeling is aangegeven dat "Er geen sprake is van een stelselafwijking als een belastingstelsel in plaats van het Nederlandse complex aan renteaftrekbeperkingen andere renteaftrekbeperkingen met een andere reikwijdte of andere effecten kent (bijvoorbeeld een earningsstrippingregeling)." ^{5.1.2a} geeft aan dat Nederland inmiddels ook een earningsstrippingregeling kent. De earningsstrippingregeling is dus geen 'andere renteaftrekbeperking'. Nederland kent daarnaast nog andere renteaftrekbeperkingen, zoals art. 10a Wet Vpb. Deze kent ^{67 Awr} niet. Derhalve is ^{5.1.2a} van mening artikel 10a Wet VpB in casu wel degelijk als een 'betekenisvolle stelselafwijking' kan worden aangemerkt. Het effectief tarief is bij ^{67 Awr} dan lager dan 10%. Er is dan niet voldaan aan de reële heffingstoets. De kennisgroep kan zich verenigen met de mening van ^{5.1.2a}.

I[67 Awr] heeft een deelneming in [67 Awr] 67 Awr. In [67 Awr] heeft [67 Awr] redeemable preference shares (RPS) uitgegeven ter waarde van [67 Awr]. In [67 Awr] wordt de vergoeding op de RPS in aftrek gebracht. De coupon groeit jaarlijks met [67 Awr] % aan (accrued). Uitbetaling vindt plaats bij aflossing. In [67 Awr] en [67 Awr] zijn de RPS afgelost en is de aangegroeide coupon ([67 Awr]) betaald. Naar Nlse maatstaven dienen de RPS als eigen vermogen te worden aangemerkt (HR 7 februari 2014, BNB 2014/79). In 2016 is lid 17 ingevoerd. [67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

De vraagsteller vraagt zich af of het mogelijk is om op grond van de foutenleer een gecorrigeerde beginbalans [67 Awr] op te stellen en daarmee door de positieve waardesprong per saldo een deel van de (coupon) winst onbelast blijft bij uitbetaling/terugbetaling in [67 Awr] en [67 Awr]?

De Staatsecretaris heeft aangegeven dat "de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op een vergoeding die na 31 december 2015 wordt ontvangen op een hybride lening die vóór 1 januari 2016 is aangegaan, ook al heeft die vergoeding betrekking op winst uit 2015." In casu dwingt GKG niet tot het activeren van de coupon in 2014/2015 nu daarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Er is geen sprake van een fout in de zin van de foutenleer. De kennisgroep is van mening dat in casu de volledige opbrengst in de belaste jaren in aanmerking genomen dient te worden

5.1.2e heeft een casus waarbij de belastingplichtige sinds 67 Awr een deelneming houdt en te maken heeft gehad met twee sfeerovergangen.

Periode A: 67 Awr --> Dnv kostprijs 67 Awr zichtbaar vermogen: 67 Awr

Periode B: 67 Awr --> Geen dnv zichtbaar vermogen: 67 Awr

Periode C: 67 Awr Wel dnv

Belastingplichtige heeft twee compartimenteringsreserves, een onbelaste reserve ad 67 Awr die ziet op periode A. Daarnaast is er een belaste compartimenteringsreserve ad 67 Awr die ziet op de periode B.

Voor de dividenduitkeringen van 67 Awr en 67 Awr is een dividendbesluit aanwezig waarin wordt besloten om de winst van het betreffende jaar uit te keren. De uitkering van het resultaat 67 Awr vermeldt alleen dat een dividend ad 67 Awr wordt uitgekeerd ten laste van de winstreserves.

67 Awr

67 Awr

67 Awr

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat, wanneer een belastingplichtige niet aangeeft uit welke reserves de dividenduitkering afkomstig is, wordt uitgegaan van de lifo regel.

In casu wordt precies hetzelfde bedrag als de OCR uitgekeerd. Hoofdregel: lifo, tenzij. Na enige discussie is de kennisgroep van mening dat als het aannemelijk is op welke periode de dividenduitkering betrekking heeft de dividenduitkering in dat geval van de OCR van die periode afgeboekt kan worden.

Hallo 5.1.2e,

Wij hebben vorige week jouw casus besproken. De kennisgroep is van mening dat het standpunt zoals opgenomen in onderdeel 5.11.2.3 van het Besluit Deelnemingsvrijstelling (13 februari 2019, nr. 2019-0000012049), dat het toetsmoment op het voortzettingsmoment ligt, is achterhaald door het arrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 (V-N 2019/29.6). Het toetsmoment ligt op het vereffeningsmoment. Concreet heeft dit in jouw casus het gevolg dat de voortzetting van de onderneming geen belemmering oplevert om het liquidatieverlies te claimen (door Houdster 1 en Houdster 2). Naar wij hebben begrepen is er namelijk geen sprake van verbondenheid op het vereffeningsmoment voor deze twee vennootschappen.

Tot slot en wellicht ten overvloede, merk ik op dat de kennisgroep in casu slechts een standpunt heeft ingenomen v.w.b. artikel 13d, tiende lid, onderdeel b, ten tweede Wet VPB 1969 (tekst 2016). De overige voorwaarden van de liquidatieverliesregeling en de hoogte van het liquidatieverlies zijn door ons niet getoetst.

Ik hoop dat ik je hiermee voldoende heb geïnformeerd. Mocht je nog vragen of opmerkingen hebben, dan kan je dat altijd laten weten.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Hallo 5.1.2e

De casus is als volgt:

De aandelen in 67 Awr A 67 Awr worden gehouden door 67 Awr vennootschappen. 67 Awr

67 Awr

Dezelfde houdstermaatschappijen zijn aandeelhouder van V 67 Awr, allemaal voor 67 Awr%. Deze V 67 Awr 67 Awr is vanaf 67 Awr aandeelhouder van 67 Awr B 67 Awr

Op 67 Awr wordt de onderneming van 67 Awr A 67 Awr door middel van een activa/passiva transactie overgedragen aan buiten verzoek buiten verzoek

Op 67 Awr verkopen Houdster 1 67 Awr en Houdster 2 67 Awr de aandelenbelangen in V 67 Awr aan twee houdstermaatschappijen 67 Awr

Op 67 Awr wordt 67 Awr A 67 Awr ontbonden en vereffend.

De exacte volgorde van de transacties op 67 Awr is niet duidelijk doordat de activa/passiva transactie niet door middel van een notariële akte is vastgelegd.

Conform het besluit van de Staatssecretaris is het liquidatieverlies in de aanslagregeling bij de houdstermaatschappijen niet geaccepteerd. De aanslag heeft een dagtekening van 67 Awr buiten verzoek

buiten verzoek

Mocht je nog vragen hebben, dan hoor ik het graag.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Specialist vennootschapsbelasting

Beste 5.1.2d

Ter zake van jouw casus het volgende.

De KG meent dat er in deze casus voldoende argumenten zijn om de kosten niet aftrekbaar te achten (zie hieronder).

Wel vragen wij jou om de feitelijke vragen die ik gisteren stelde ook nog op te pakken m.b.t. de verwerking van de juridische kosten bij de verkoper en de wijze waarop de prijsaanpassing is berekend (zijn daarin niet ook de juridische kosten van de koper feitelijk vergoed?).

1. De Hoge Raad (BNB 2019/26) heeft geoordeeld dat bij gebrek aan nadere tekstuele of wetshistorische aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag welk verband vereist is, de maatstaf van een rechtstreeks oorzakelijk verband geldt. Kosten moeten worden aangemerkt als kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming, indien zij worden opgeroepen door de verwerving of de vervreemding van de desbetreffende deelneming, in die zin dat de kosten zonder die verwerving of die vervreemding niet zouden zijn gemaakt. Bepleit kan worden dat deze kosten nog een rechtstreeks oorzakelijk verband houden met de (ver)koop

2. In deze casus heeft de verkoper de koper op het verkeerde been gezet (dwaling, bedrog?), hetgeen heeft geleid tot een overeenkomst welke een onjuiste 'kern' bevat, namelijk die van de omvang van de tegenprestatie. Deze tegenprestatie, de overeenkomst zelf, wordt nu alsnog aangepast. De kosten die worden gemaakt om die aanpassing te bewerkstelligen hebben in onze optiek een (voldoende) rechtstreeks oorzakelijk verband met de (ver)koop(overeenkomst) om deze onder artikel 13 lid 1 Vpb te begrijpen.

3. De prijsaanpassing van de transactie wordt onder de deelnemingsvrijstelling begrepen op grond van artikel 13 lid 6 Vpb. Dan ligt het ook meer in de rede -in beginsel- de daartoe gemaakte kosten onder artikel 13 lid 1 Vpb te begrijpen.

4. Belanghebbende is verkeerd of onvolledig ingelicht alvorens wordt gekocht. Belanghebbende maakt in casu na de aankoop deze kosten om dat glad te strijken; onder andere omstandigheden zou hij daartoe kosten hebben gemaakt alvorens de aankoop te doen (eigen due diligence, inschakelen valuator, juridische kosten). Het zou onbevredigend zijn indien je die economisch sterk vergelijkbare gevallen fiscaal anders zou behandelen

Idem aan dvs19019. Juridische kosten aanmerken als niet aftrekbaar.

1. Vooraf

buiten verzoek

2. De kwestie

V(erkoper) 67 Awr en deelneming B 67 Aw zijn fiscaal gevoegd. 67 Awr

67 Awr

K 67 Aw is bereid B 67 Aw over te nemen van V 67 Aw 67 Awr

67 Awr

De koopsom van de aandelen is 67 Awr

De overnamebalans luidt als volgt:

67 Awr

67 Awr

Op dat moment realiseert K 67 Aw zich dat men teveel heeft betaald voor de overname van B 67 Awr

Dit is het begin van een juridische procedure. K 67 Aw wil de koopsom van de aandelen verlaagd zien.

De externe kosten van K BV bedragen

67 Awr

67 Awr

Uiteindelijk is het geschil geschikt

67 Awr

De koopsom is ten dele verlaagd.

67 Awr

67 Awr

67 Awr

De vraag is of de kosten van de procedure aangemerkt moeten worden als kosten ter zake van de verwerving van een deelneming. Is er naar objectieve maatstaven beoordeeld sprake van een voldoende rechtstreeks oorzakelijk verband tussen die kostenpost en de verwerving van de deelneming?

3. Vraag

De in deze casus voorliggende vraag is of de juridisch kosten die samenhangen met het geschil over de uitvoering van de prijsaanpassing, onder de aftrekbeperking van artikel 13, lid 1 Wet Vpb '69 dienen te vallen.

4. Beschouwing

3.1 Preadvies inspecteur

buiten verzoek

3.2 *Preadvies* 5.1.2e

buiten verzoek

De Kennisgroep is van mening dat de financieringskosten niet als aankoopkosten kunnen worden aangemerkt.

5.1.2e

Hierbij zoals besproken een casus over de kwalificatie van rentelasten als aankoopkosten deelneming.

67 Awr

Daartoe geeft de target nieuwe aandelen uit aan BV met een nominale waarde van 67 Awr zodat het belang van BV toeneemt tot boven 67 Awr.

67 Awr

De storting op de nieuw uitgegeven aandelen financiert BV met een lening van een groepsfinancieringsmaatschappij.

67 Awr

Wat resteert is een 67 Awr schuld van BV aan target.

67 Awr

Op de schuld aan de Target is B.V. in totaal 67 Awr rente verschuldigd.

VRAAG: kunnen deze rentelasten worden aangemerkt als aankoopkosten deelneming.

buiten verzoek

groet,

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2 heeft een casus waarbij het de vraag is in welke valuta de waardedaling voor de tussenhoudsterregeling moet worden gecijferd. De Kennisgroep is van mening dat de waardedaling (in dit geval) in EUR moet worden gecijferd. Belastingplichtige doet namelijk aangifte in EUR. Voor de Europeesrechtelijke vraagpunten neemt 5.1.2 contact op met de KG IBR.

Beste 5.1.2e beste 5.1.2e

Allereerst excuus voor de vertraagde reactie van de kennisgroep op de door jullie ingebrachte casus. Mede door de vakantie heeft de beantwoording wat langer op zich laten wachten dan de bedoeling is, ondanks het feit dat de casus door jullie goed gestructureerd is aangeleverd.

Na overleg van de casus binnen de kennisgroep zijn wij tot de conclusie gekomen dat de zienswijze zoals door jullie aangedragen, te weten de onzakelijke kwijtschelding kwalificeert als een handeling die wordt beheerst door 13ba lid 2 letter b, de juiste zienswijze is. Gevolg daarvan is, dat artikel 13ba lid 1 toepassing vindt, ook wanneer terzake bij de debiteur zou worden geheven.

Zo overigens de onzakelijke kwijtschelding toch zou vallen onder 13ba lid 2 letter c staat op grond van de aangeleverde feiten niet vast dat sprake is van naar Nederlandse maatstaven reële heffing, gelet op de (potentiële) verschillen in de grondslag (de lening is (deels) onzakelijk en de rechtsvorm voorwaardelijke kwijtschelding dient geduid te worden).

Wij hopen dat jullie hiermee uit de voeten kunnen. Mochten jullie nog vragen hebben, kunnen jullie vanzelfsprekend met ons contact opnemen.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Kern van de casus is eigenlijk hebben zowel de juridische als de economische eigenaar een deelneming of alleen de economisch eigenaar. Binnen de kennisgroep bestaat twijfel of nog sprake is van een deelneming voor de juridische eigenaar. Ook in (oude) literatuur bestaat twijfel. Indien de juridische eigenaar toch nog een deelneming heeft dan zal geen resultaat meer kunnen voortkomen uit de deelneming, noch kun je er een opgeofferd bedrag aan toerekenen. Uiteindelijk wordt de conclusie van 5.1.2e en 5.1.2e gedeeld.

Casus

X^{67 Awr} heeft een aandelenbelang van ^{67 Awr} in deelneming Y^{67 Awr}. Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders op ^{67 Awr} wordt een overeenkomst gesloten waarbij de aandelen in Y^{67 Awr} per ^{67 Awr} worden verkocht aan Z^{67 Awr}. Er wordt een koopprijs van ^{67 Awr} van de nominale waarde van ^{67 Awr} afgesproken voor de aandelen. Er is afgesproken dat het bedrag van ^{67 Awr} in ^{67 Awr} termijnen zal worden betaald. Hiervan wordt uiteindelijk een bedrag van ^{67 Awr} betaald.

De koper Z^{67 Awr} gaat failliet in ^{67 Awr}. Het resterende bedrag van de koopprijs (^{67 Awr}) zal niet meer worden betaald.

Juridische levering van de aandelen van X^{67 Awr} aan Z^{67 Awr} bij de notaris heeft echter nimmer plaatsgevonden.

De vennootschap Y^{67 Awr} wordt ontbonden in ^{67 Awr}.

Rechtsvragen

Kan een vennootschap die haar aandelen in een deelneming heeft verkocht, maar deze aandelen juridisch nog niet heeft geleverd, nog een deelneming hebben in het geval de economische voordelen met ingang van de verkoop toekomen aan de koper én de koper feitelijk aandeelhoudersbesluiten heeft genomen?

Kan de verkoper als gevolg hiervan bij ontbinding van de deelneming een liquidatieverlies in aanmerking nemen?

Antwoord

Na de verkoop van de aandelen is X^{67 Awr} enkel juridische eigenaar van de aandelen in Y^{67 Awr} (de juridische levering bij de notaris zou moeten volgen, echter deze levering heeft nooit plaatsgevonden). Het is echter niet zo dat de verkoop uiteindelijk nooit heeft plaatsgevonden.

Na het tot stand komen van de obligatoire overeenkomst komt het gehele economische belang toe aan Z^{67 Awr}. Vanaf dit moment zal X^{67 Awr} geen enkel voordeel uit hoofde van Y^{67 Awr} meer verkrijgen. Het moment van verkoop is het moment dat X^{67 Awr} een verkoopwinst/verlies onder de deelnemingsvrijstelling in aanmerking neemt. Het resterende bedrag van de nog te ontvangen koopprijs kwalificeert als reguliere vordering bij X^{67 Awr}.

In beginsel is de juridische eigenaar tevens de fiscale eigenaar. Dit is niet het geval indien een ander het gehele economische belang heeft verworven. Anders gezegd, de niet-juridische eigenaar kan slechts als fiscaal eigenaar worden aangemerkt, indien hem het gehele economische belang aangaat.

X^{67 Awr} kan in casu niet als fiscaal eigenaar van de aandelen worden aangemerkt. X^{67 Awr} is (onbedoeld) nog de juridische eigenaar van de aandelen, maar het gehele economische belang van de desbetreffende aandelen komt per ^{67 Awr} toe aan Z^{67 Awr}.

Na de obligatoire overeenkomst heeft X^{67 Awr} dus geen deelneming meer in Y^{67 Awr} en heeft dus geen recht meer op toepassing van de deelnemingsvrijstelling. X^{67 Awr} kan dus geen liquidatieverlies in aanmerking nemen.

Beschouwing

De vraag die centraal staat is of een belang waarvan de aandeelhouder slechts de juridische eigendom bezit (de economische eigendom berust volledig bij een ander), kan kwalificeren als een deelneming.

Op grond van art. 13 lid 2 onderdeel a Wet Vpb is er sprake van een deelneming indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. In HR 16 oktober 1985, BNB 1986/118 oordeelde de Hoge Raad dat:

‘Gelet op de strekking van de deelnemingsvrijstelling - in de deelnemingsverhouding te voorkomen dat eenzelfde bedrijfsresultaat tweemaal in de vennootschapsbelasting wordt betrokken - dient de term „aandeelhouder” in artikel 13, lid 6, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aldus te worden verstaan dat daaronder niet slechts wordt begrepen de eigenaar van de aandelen, doch tevens degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de eigenaar toekomt.’

Uit dit arrest lijkt te kunnen worden afgeleid dat een aandelenbelang waarvan de aandeelhouder slechts juridisch eigenaar ook kan kwalificeren als een deelneming. Dit volgt uit de toevoeging van ‘tevens’. De deelnemingsvrijstelling zou hierdoor van toepassing kunnen zijn bij de juridische eigenaar en bij de economische eigenaar.

In de situatie dat het gehele economische belang niet aan de juridische eigenaar, maar aan een ander toekomt, is de juridische eigenaar verplicht de voordelen uit hoofde van de deelneming door te geven aan de economische eigenaar. De juridische eigenaar geniet dus geen voordelen uit hoofde van de deelneming meer, waardoor toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van de juridische eigenaar achterwege dient te blijven. In gevallen waar het volledige economische belang is overgegaan, kan de juridische eigenaar niet als fiscaal eigenaar van de aandelen worden aangemerkt.

In de bedrijfsmiddeljurisprudentie is steun te vinden voor ons standpunt.¹ In deze rechtspraak stond de vraag centraal of een bedrijfsmiddel was verworven of vervreemd. Uit de bedrijfsmiddeljurisprudentie kan volgens ons geconcludeerd worden dat de juridische eigenaar tevens de fiscale eigenaar is, tenzij een ander het gehele economische belang bij de desbetreffende

¹ Hof 's-Gravenhage 3 februari 1960, BNB 1961/47, HR 17 oktober 1973, BNB 1974/170, Hof 's-Gravenhage 22 december 1982, V-N 1984/521, HR 8 mei 1985, BNB 1986/75, HR 17 april 1991, BNB 1991/181, HR 25 januari 1995, BNB 1995/146, HR 15 juni 1994, BNB 1994/264 en HR 7 mei 1997, BNB 1997/194.

activa heeft verworven. Anders gezegd, de niet-juridische eigenaar kan slechts als fiscaal eigenaar worden aangemerkt, indien hem het gehele economische belang aangaat.

Daarnaast zijn er aanknopingspunten om te concluderen dat de toevoeging van 'tevens' door de Hoge Raad in HR 16 oktober 1985, BNB 1986/118 waarschijnlijk een onbedoelde toevoeging is geweest. De toets die A-G Van Soest in zijn conclusie hanteerde voor het zijn van aandeelhouder voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling was:

'aandeelhouder is degene die weliswaar niet eigenaar van de aandelen is, maar tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de eigenaar toekomt'.

De Hoge Raad voegde daar in zijn arrest 'tevens' aan toe. De toevoeging van 'tevens' door de Hoge Raad zou het gevolg kunnen zijn van de gevoerde procedure en het door belanghebbende ingenomen standpunt. In cassatie had de belanghebbende met een beroep op HR 29 december 1954, BNB 1955/50, gesteld dat voor de aanwezigheid van een deelneming de civielrechtelijke eigendom doorslaggevend was. Ontbrak deze, dan kon ook geen sprake zijn van een deelneming. In BNB 1955/50, werd een vruchtgebruiker van aandelen de toenmalige deelnemingsvrijstelling ontzegd omdat hij niet de juridische eigendom van de aandelen had verworven.

Het gebruik van 'tevens' door de Hoge Raad kan mogelijk toegerekend worden aan het beroep van de belanghebbende op BNB 1955/50. De Hoge Raad heeft waarschijnlijk bedoeld dat de deelnemingsvrijstelling in beginsel toekwam aan de 'gewone' eigenaar (die naast de juridische eigendom het economische eigendom van de aandelen heeft) en tevens aan de niet-juridische eigenaar die het gehele economische eigendom bij de aandelen had verworven.

In de nagevolgde overweging van Hof 's-Gravenhage in aanloop naar BNB 1986/118 wordt het voorgaande ook bevestigd. Het Hof oordeelde:

'dat een ander oordeel dan het hierboven vermelde omtrent de betekenis van het woord deelneming, te weten dat van een deelneming slechts sprake kan zijn indien een belastingplichtige niet slechts economisch doch ook juridische eigenaar is van de desbetreffende aandelen, voor het onderhavige geval zou medebrengen dat doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling niet tot hun recht zouden komen'

Uit deze overweging blijkt duidelijk de tegenstelling tussen enerzijds de juridische eigenaar met economisch belang en de economisch eigenaar zonder juridische titel. Dit was ook precies de tegenstelling waar de belanghebbende in cassatie gunstig uitsluitel van de Hoge Raad over hoopte te verkrijgen en die door de advocaat-generaal werd onderzocht. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling door een ander dan de juridische eigenaar van een aandelenpakket, als eerste de vraag beantwoord moet worden wie het fiscale eigendom van de aandelen heeft. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van het 'gehele belang'-criterium waarbij er slechts één fiscale eigenaar is.

Ook zijn er mogelijk aanknopingspunten in de aanmerkelijk belang jurisprudentie over de vraag wanneer geen sprake meer is van juridisch eigendom voor de aandeelhoudersvraag van art. 13 lid 2 Wet Vpb. In deze jurisprudentie stond centraal op welk moment zich een belaste 'vervreemding' had voorgedaan. Volgens deze jurisprudentie had de vervreemding steeds plaatsgevonden bij het sluiten

van de obligatoire koopovereenkomst. Het leveringstijdstip en eventuele betaling deden niet ter zake.²

² BNB 1958/23, BNB 1963/116, BNB 1967/13, BNB 1960/266 en BNB 2000/261.

Casus 18002 OZL liquidatieverlies zustermaatschappij

In deze casus houdt de belastingplichtige een ^{67 Awr} % belang in een dochtermaatschappij. Een zustervennootschap van de belastingplichtige, een ^{67 Awr}, heeft een lening verstrekt aan de dochtermaatschappij. De betreffende dochtermaatschappij is uiteindelijk geliquideerd. Van enige afwaardering van de groepsvordering lijkt geen sprake, althans de jaarrekening van de zustervennootschap geeft hier geen blijk van. Onmiddellijk voorafgaand aan de liquidatie, heeft de belastingplichtige een betaling gedaan aan de zustervennootschap om de zustervennootschap schadeloos te stellen.

Vraag aan de kennisgroep is, of de schadeloosstelling door de belastingplichtige het opgeofferd bedrag, en daarmee het liquidatieverlies, verhoogt.

In het memo wordt (terecht) onderscheid gemaakt tussen de situatie waar de lening zakelijk zou zijn en de situatie waarin de lening onzakelijk zou zijn. Het geschetste feitenpatroon laat wat de kennisgroep betreft onvoldoende zien in hoeverre de lening onzakelijk zou zijn. Bedacht dient te worden dat het in casu op de weg van belanghebbende ligt om te onderbouwen of sprake is van een onzakelijke lening. Hetgeen hiertoe wordt aangevoerd is, wat de kennisgroep betreft, onvoldoende.

Uitgaande van de situatie dat sprake is van een zakelijke lening, onderschrijft de kennisgroep de gedachte dat de betaling aan de zustervennootschap geen (informele) kapitaalstorting in de dochter behelst, en dat derhalve het opgeofferde bedrag in de dochter niet wordt verhoogd. Feit is, dat de vordering die de zustermaatschappij houdt gedurende de looptijd waardeloos is geworden. De betaling van de schadeloosstelling door de belastingplichtige leidt dan ook tot een bevoordeling van de zustervennootschap. Deze bevoordeling vormt veeleer een uitdeling door de belastingplichtige aan haar moeder, gevolgd door een informele kapitaalstorting in de zustervennootschap.

Indien sprake zou zijn van een onzakelijke lening is relevant dat, op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad, de afwikkeling in de kapitaalsfeer zich eerst voordoet op het moment dat de vordering wordt kwijtgescholden, dan wel dat de oninbaarheid op een andere manier wordt geformaliseerd. Beargumenteerd kan worden dat die situatie zich hier niet heeft voorgedaan, nu de belastingplichtige uiteindelijk de betaling heeft gedaan aan de zustervennootschap. Aangezien de vordering niet is kwijtgescholden, heeft de afwikkeling in de kapitaalsfeer zich niet voorgedaan. De lening is immers op dat moment nog altijd een lening.

De kennisgroep is wel van mening dat de casus sterker is, ingeval de lening zakelijk is. Als hierboven aangegeven, ligt het op de weg van de belastingplichtige om aan te tonen dat sprake is van een onzakelijke lening.

buiten verzoek

De aandelen worden verkocht tegen een vaste prijs (circa 67 Awr) en een variabel deel. De vraag is of het vaste deel onder de earn-outregeling valt. De vaste prijs wordt in beginsel in 67 Awr termijnen betaald. Afhankelijk van de kaspositie van de koper kunnen dit meer termijnen worden, omdat bij een bepaalde kaspositie een lager termijnbedrag wordt betaald. Het verschil wordt renteloos doorgeschoven. Zou dit element al voldoende zijn om de earn-outregeling van toepassing te verklaren? Er is onzekerheid over het aantal termijnen dat ontvangen wordt. Maar dit lijkt op een normaal debiteurenrisico. Omdat er echter renteloos wordt doorgeschoven ontstaat er een verschil in contante waarde. Dan staat ook de omvang van iedere termijn afzonderlijk op het moment van verkoop dus niet vast.

Dan het volgende element. De deelneming wordt in 67 Awr verkocht en de prijs wordt ook in 67 Awr voldaan. Partijen hebben echter de afspraak gemaakt dat de koersontwikkeling van de 67 Awr t.o.v. de 67 Awr op een aangewezen beoordelingsmoment de vaste (nominale) prijs zowel omhoog als omlaag kan beïnvloeden. Er moet dan wel sprake zijn van een daling of stijging van A% en het surplus wordt dan voor 67 Awr deel vertaald in een percentage die de vaste prijs aanpast. Het beoordelingsmoment valt buiten het jaar van vervreemding. Geeft dit element de afspraak een earn-out karakter? Of is dit eigenlijk het afdekken van een valutarisico en dus geen earn-out (rechtbank Gelderland 9 sep 2014). Alles overziend is de KG van mening dat in casu artikel 13 lid 6 van toepassing is. 5.1.2 zal terugkoppelen dat artikel 13 lid 6 van toepassing is.

Het gaat om een eenvoudige aandelenfusie op IB-niveau (art. 3.55 dus). BV2 geeft nieuwe aandelen uit aan haar bestaande aandeelhouder-natuurlijk persoon (N) en verkrijgt alle aandelen in BV1. Vroeger bestreden we dit, maar sinds Leur-Bloem is dat wat lastiger. In artikel 3.55 e.v. is het claimbehoud geregeld in de IB, de verkrijgingsprijs van de aandelen BV1 gaat over op de verkrijgingsprijs van de nieuw uitgegeven aandelen BV2. De vraag is nu, wat is het opgeofferde bedrag voor BV2 in de aandelen BV1.

5.1.2e heeft 5.1.2e zijn opmerking inzake mogelijke toepassing art 13d lid 6 derde volzin uitgewerkt en komt tot de conclusie dat art 13d lid 6 derde volzin niet van toepassing is in de casus. 5.1.2e vindt dat in de onderhavige casus geen sprake is van misbruik en dat akkoord kan worden gegaan met het hogere opgeofferd bedrag. Er wordt nu slechts gevraagd om beschikking opgeofferd bedrag, liquidatie is nog niet aan de orde.

Conceptueel blijft het verschil tussen de behandeling bij verkrijging van een verbonden natuurlijk persoon en een verbonden lichaam vreemd. 5.1.2e merkt op dat sprake is van verschillende sferen (IB en Vpb) en vraagt zich af waarom verschil zou moeten worden gemaakt tussen inbreng deelneming en inbreng andere activa. De aanmerkelijk belangclaim blijft behouden echter de inbreng van de deelneming biedt theoretisch mogelijkheden tot oppompen van het opgeofferd bedrag hoewel wellicht niet beoogd is om misbruik te maken. De hogere waarde moet namelijk wel aanwezig zijn.

Feiten en omstandigheden (verkorte weergave)

Belanghebbende vervreemdt haar ^{67 Awr} %-aandelenbelang in ~~X~~^{67 Awr} In de overeenkomst tot koop en verkoop d.d. ^{67 Awr} is o.a. opgenomen de uiterste betalingstermijn (^{67 Awr} mbt boekjaar ^{67 Awr} respectievelijk ^{67 Awr} mbt boekjaar ^{67 Awr} van de variabele koopprijs (artikel ^{67 Awr} en bij een hogere winst (en daarmee een bijstelling van de variabele koopprijs) zal dit deel binnen één ^{67 Awr} na vaststelling worden betaald, vermeerderd met een rentevergoeding over de periode vanaf de uiterste betalingstermijn (^{67 Awr}) tot moment van betaling (artikel ^{67 Awr}.

In geschil is of de ontvangen rente over de earn-out vergoeding en anti-speculatievergoeding onder de earn-out regeling ex artikel 13, lid 6 Wet Vpb kan worden geschaard en daarmee als voordeel uit hoofde van een deelneming ex artikel 13, lid 1 kan worden aangemerkt?

Earn-out regeling

Er is sprake van de 'earn-out regeling' van artikel 13, lid 6 Wet Vpb, als is voldaan aan twee voorwaarden.

1. Allereerst dient het te gaan om een vervreemding of een verkrijging van een deelneming. Aangezien het een vervreemding van een ^{67 Awr} %-aandelenbelang betreft (waarbij het aandelenkapitaal tevens is gestort), wordt voldaan aan het minimum vereiste van 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal (artikel 13, lid 2 sub a Wet Vpb). Derhalve is er sprake van een deelneming en daarmee voldaan aan deze voorwaarde.

2. Ten tweede dient de verkrijging of de vervreemding plaats te hebben tegen een prijs welke geheel of ten dele bestaat uit een recht op een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat. Bij de tweede voorwaarde speelt de aanwezigheid van een onzekere prijs een doorslaggevende rol. De wettelijke earn-outregeling is van toepassing indien onzekerheid bestaat ten aanzien van het totale bedrag dat voor de deelneming wordt ontvangen c.q. betaald. Dit is in artikel 13, lid 6 Wet Vpb tot uitdrukking gebracht door de bewoordingen 'aantal' (termijnen) of de 'omvang' op te nemen, hetgeen in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat.

Het waarderen van een winstrecht en winstrechtverplichting bij de verkoper respectievelijk koper tegen de contante waarde, zal normaliter gehanteerd worden indien de betaling van een (vaste/variabele) koopsom in de toekomst zal plaatsvinden. Oftewel het berekenen van de huidige waarde van een bedrag dat in de toekomst wordt ontvangen. Het verschil met de nominale waarde van de nabetalingsverplichting, is dan de oprentingslast. Alle wijzigingen in de omvang van de nabetalingsverplichting, ook die welke voortvloeien uit een eventuele oprenting daarvan, behoren tot voordelen uit hoofde van de deelneming en blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0731).

Echter, in casu is de omvang van de earn-out vergoeding en anti-speculatie vergoeding door ^{67 Awr} ^{67 Awr} vastgesteld. Daarentegen is de rente juist ontvangen wegens -zie de bepaling in artikel ^{67 Awr} van overeenkomst- een te late betaling van voormelde vergoedingen. De rentevergoeding over de alsdan verschuldigde koopsom vormt geen onderdeel van de earn-out verplichting. Deze rente valt naar mijn mening niet onder de deelnemingsvrijstelling, aangezien deze rente kwalificeert als vergoeding op de hoofdsom en niet als voordeel uit hoofde van een deelneming.

Het is te vergelijken met de situatie dat een deelneming wordt vervreemd en geleverd, en de koopsom geheel of gedeeltelijk schuldig wordt gebleven. De vordering op koper bij de verkoper is een zelfstandig vermogensbestanddeel. De rente bij de verkoper is derhalve normaal belast (en valt niet onder de deelnemingsvrijstelling) en is bij de koper aftrekbaar (heeft niet te gelden als kostprijs deelneming). Dit staat volledig los van de oprenting ter compensatie van het verschil tussen de contante waarde en nominale waarde mbt een overdrachtprijs van een deelneming, hetgeen wel aangemerkt kan worden als voordeel uit hoofde van een deelneming. Hierdoor kan naar mijn mening de oprenting niet gelijk getrokken worden met de overeengekomen rentevergoeding bij te late betaling.

Wij hebben contact!

Met vriendelijke groet,

Tussenhoudster verricht houdster en financieringsactiviteiten waarvan de financieringsactiviteiten worden voortgezet binnen concern. Vervolgens wordt de tussenhoudster geliquideerd. De vraag komt op voor het toetsen of de activiteiten zijn voortgezet dit op niveau van de tussenhoudster sec dient te worden beoordeeld of geconsolideerd (rekening houden met activiteiten van de (voormalige) deelnemingen). Dient te worden beoordeeld aan de hand van de activiteiten van de tussenhoudster sec, niet geconsolideerd.

Terugkoppeling 1.2 aan vraagsteller

Ten aanzien van het 'voortzettingsverbod' (thans het 11e lid van artikel 13d) ziet de kennisgroep toch wel een probleem. De (niet geconsolideerde) functie van de tussenhoudster betrof enkel het houden van deelnemingen en de financiering daarvan. De voortzetting van de houdsterfunctie binnen de groep wordt afgedekt door het 4e lid van artikel 13d ^{67 Awr}, maar de mogelijke voortzetting van de financieringsfunctie valt toch wel binnen het bereik van het 'voortzettingsverbod'. De wens om de functie van de tussenhoudster geconsolideerd te bezien (tezamen met haar dochtervennootschappen) kan niet worden gehonoreerd. Ten aanzien van de mogelijke voortzetting van deze financieringsfunctie zal dus nog moeten worden onderzocht óf er sprake is van voortzetting (^{67 Awr}) hier past toch naar mijn mening toch wel een materiële toetsing) en zo ja, of deze functie, gelet op de totale omvang van de tussenhoudster (enkelvoudig bezien), meer dan bijkomstig is (zie paragraaf 5.10.2.2 van het Besluit Dvs). Ik acht die kans zeker aanwezig.

Daarnaast speelt natuurlijk ook nog de werkzaamheden van de ^{67 Awr} van ~~67~~ ^{67 Awr} ik denk dat ze deze activiteit wellicht ten onrechte wegdenken uit de tussenhoudster. De juridische werkelijkheid kan niet zo maar terzijde worden geschoven. Ik weet niet of het zinvol is om voor dit onderdeel hun TP-documentatie op te vragen. Het maakt de casus voor T er niet eenvoudiger op.

Beste 5.1.2e

Hierbij het antwoord van de kennisgroep deelnemingsvrijstelling op de vraag over uitleg van het begrip "naar Nederlandse begrippen reële heffing" zoals bedoeld in artikel 13, lid 11, Wet vennootschapsbelasting 1969.

Feiten:

67 Awr en haar 67 Awr zijn naar 67 Awr recht opgerichte vennootschappen en vennootschapsbelastingplichtig in 67 Awr zonder toepassing van een bijzonder regime. Het 67 Awr vennootschapsbelasting tarief bedroeg 19% gedurende jaren 67 Awr.

In 67 Awr heeft 67 Awr vennootschapsbelasting betaald over de verkoopwinst van 67 Awr 67 Awr. In de jaren 67 Awr hebben de inkomsten van 67 Awr voornamelijk bestaan uit rente-inkomsten.

Onder 67 Awr fiscaal recht worden rente-inkomsten en uitgaven op kasbasis meegenomen in het fiscale resultaat. Als gevolg van het feit dat de rente-inkomsten op de vorderingen van 67 Awr zijn bijgeschreven (in plaats van betaald) worden deze inkomsten in 67 Awr belast op het moment dat de rente daadwerkelijk wordt betaald.

Aangezien in Nederland direct zou zijn geheven over de bijgeschreven rente is 67 Awr volgens de adviseur aan te merken als laag belast.

Vraag:

Kan de deelneming 67 Awr worden aangemerkt als laag belaste beleggingsdeelneming?

Beschouwing

1. Indien er sprake is van een beleggingsdeelneming dient de onderworpenheid te worden gezien. Onderworpenheid kan leiden tot een kwalificerende beleggingsdeelneming.

2. Bij de onderworpenheid wordt getoetst of de deelneming effectief is onderworpen aan een heffing van meer dan 10%.

3. Bij de toets onder 2 zijn het tarief en hetgeen deel uitmaakt van de grondslag de belangrijkste indicatoren. Daarnaast spelen uitvoeringsaspecten.

4. In casu is het tarief 19%. De rente maakt ook deel uit van de grondslag. De heffing over de rente vindt -slechts- op een later moment plaats (kas basis in plaats van vorderingen basis). Zolang dat niet leidt tot fors uitstel, is er voldoende onderworpenheid. Het is aan vragensteller om deze toets uit te voeren. De enkele opmerking in de wetsgeschiedenis dat voor de grondslagvergelijking het uitgangspunt de jaarwinst is, doet daaraan niet af. Niet alleen omdat er ook andere uitlatingen zijn in de wettekst die dat uitgangspunt nuanceren (onderstaand) en aanvullen maar ook omdat de belasting nu eenmaal domweg per tijdvak van een jaar wordt geheven en de uitlating -mogelijkerwijs- ook tegen die achtergrond moet worden gewaardeerd.

Relatief geringe verschillen die zich beperken tot de jaarwinstbepaling (zoals afschrijvingen en waarderingen) en die niet tot een (fors) uitstelt leiden hoeven niet tot de conclusie te leiden dat geen sprake is van een aanvaardbare grondslagbepaling (NnAV bij WaW).

5. Het begrip 'winst' in de wettekst (dus niet jaarwinst) en de ratio van de regeling van artikel 13 geven steun aan de stelling dat de grondslag strikt van jaar tot jaar wordt vergeleken. Zie ook WFR 2006/787 waar Snel ingaat op de vraag of de laagbelastheid per jaar moet worden beoordeeld of over een langere termijn, met name in onderdeel 3.2. Ook hij komt tot de conclusie dat de wetgever het oog moet hebben gehad op de totaalwinst en niet op de jaarwinst.

6. Een andere benadering zou er toe leiden dat er sprake is van een beleggingsdeelneming in het jaar dat de rente wordt bijgeschreven en van een kwalificerende beleggingsdeelneming indien de rente het jaar daarop wordt betaald. Dat is een volstrekt ongerijmde uitkomst.

De conclusie van de kennisgroep is dat sprake is van een beleggingsdeelneming die is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing van winstbelasting.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

5.1.2e

Deelnemingsvrijstelling

5.1.2e

5.1.2e

je casus is besproken binnen de kennisgroep.

Feiten.

1. M BV, N BV, L BV (met VI) vormen een FE VPB. M BV verkoopt de aandelen N BV. Met de VI zijn verliezen geleden.

2. Op grond van artikel 14 BFE is er -bij fictie- dus eerst een ontvoeging van N BV en vervolgens een verkoop van de aandelen N BV.

3. Blijkens de casus zijn de aandelen N BV verkocht aan een derde, een niet verbonden lichaam.

Tot stand komen van de claim.

4. De deelneming, N BV, dreef geen VI. Lid 1 vindt dus geen toepassing voor M BV; de deelneming is immers slechts het directe belang.

L BV dreef echter wel een buitenlandse onderneming, dus ontstaat er inderdaad wel een 13c VPB claim bij M BV (voor de aandelen in L BV) maar dan op grond van artikel 13c lid 4 VPB.

Voor N BV bestaat er echter ook een 13c VPB claim voor de aandelen in L BV omdat N BV wel voldoet aan de hoofdregel (13c lid 1 VPB).

Kortom er ontstaat op twee niveau's een claim.

Gevolgen verkoop van de aandelen N BV aan een derde voor de toepassing van art 13c

1.

Art 13c lid 2 is niet van toepassing op de verkoop van N door M aangezien N aan een derde partij wordt verkocht, echter dit betekent slechtsdat niet in 1 keer over de volledige art 13c inhaalclaim te worden afgerekend. Dit betekent echter niet, zoals de adviseur stelt, dat art 13c in zijn geheel niet (meer) van toepassing is.

Zoals reeds eerder aangegeven en nu nogmaals bevestigd geldt ten aanzien van M dat artikel 13c van toepassing is op grond van art 13c lid 4 juncto art 13c lid 1. Het voorgaande betekent dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de verkoopwinst van 67 Awr die M behaalt met de verkoop van de aandelen in N aan de derde. Na de verkoop van N heeft M geen art 13c inhaalclaim meer. Zie voor de gevolgen voor D onder 2

buiten verzoek

2

Na de verkoop van N (incl L) blijft art 13c van toepassing op het belang dat N heeft in L en vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing op positieve voordelen uit hoofde van de deelneming in L tot het bedrag van de inhaalclaim.

3

De adviseur kan namens N, indien de transacties plaatsvinden, een verzoek om toepassing van de hardheidsclausule indienen met betrekking tot art 13c. Hoe dit feitelijk uitpakt, is kwestie van een goede specificatie omtrent de herkomst van de verliezen, aan te leveren door de adviseur, bij zijn verzoek om toepassing van de hardheidsclausule.

4

Ten aanzien van L zou art 35 BVDD en kan mogelijk een beroep worden gedaan op Besluit samenloop art 35 BVDB en 20a (IFZ 2002/357M). Dit besluit lijkt te zijn vervallen, nu is art 33b Wet Vpb van toepassing echter daar wordt art 20a Wet Vpb niet in genoemd. Dat is wel vreemd maar als art 33b niet geldt, zou dus ook hiervoor een beroep op hardheidsclausule mogelijk moeten zijn. Net als bij 3 is de wijze waarop dit feitelijk uitpakt afhankelijk van het aanleveren van een goede specificatie omtrent de herkomst van de verliezen e.d.

Ik ga ervan uit dat ik je voldoende hebt geïnformeerd, mocht je nog vragen hebben dan kun je vanzelfsprekend contact met me opnemen.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

Antwoord

Beste ,

Als ik het goed begrijp dan is de casus als volgt:

M BV heeft opgeofferd voor de % aandelen in D BV, die heeft opgeofferd voor de % aandelen in KD BV.

M BV heeft een vordering op KD BV van . De vordering wordt afgewaardeerd naar nihil, mogelijksterwijs is de vordering een onzakelijke lening.

buiten verzoek

Antwoord.

In de casus wordt als feit geschetst dat KD BV wordt geliquideerd en vervolgens D BV wordt geliquideerd. Als ik het goed begrijp dan acht beide uitwerkingen cijfermatig juist. Ik ben geneigd te denken dat de cijfermatige uitwerking niet geheel klopt.

1. M BV.

De positie van M BV is n.m.m. in casu of een 13d verlies van plus een afwaardering van een vordering van ofwel de vordering is een onzakelijke lening en dan is het totale verlies ook . Er kan wel een klein timingsverschil optreden, het bedrag van komt nu immers pas ten laste van de fiscale winst op het moment dat D BV liquideert (op basis van BNB 2014/98).

2. Positie D BV.

Indien de vordering van M BV jegens KD BV zakelijk is dan gaat deze problematiek de fiscale positie van D BV niet aan.

Wordt de vordering echter als een onzakelijke lening beschouwt dan ontstaat bij het definitief worden van het verlies er een informele kapitaalstorting van

M BV in D BV en vervolgens van D BV in KD BV. Omdat D BV in casu ook geliquideerd is, is deze constatering van weinig inhoudelijke betekenis.

Indien echter uitsluitend KD BV zou liquideren dan zou het verlies dat M BV op de vordering lijdt de facto vooralsnog neerslaan als liquidatieverlies bij D BV i.v.m. de liquidatie van KD BV. Uitsluitend indien D BV liquideert, verschuift het verlies toch weer terug naar boven, naar M BV dus.

3. Positie KD BV.

De vragensteller laat bij de debiteur de zakelijke schuld belast vrijvallen (ter vermindering van verliezen). In de voorliggende casus ontbreekt een belang, immers slechts de verliezen worden verminderd maar KD BV wordt ook geliquideerd. Ik denk dat deze benadering rechtens echter anders ligt, ik zie geen ruimte voor een vrijval van de schuld.

Is de vordering/schuld gewoon zakelijk dan zal bij liquidatie KD BV de schuld niet vrij te hoeven laten vallen, zie BNB 2003/44.

-3.2.2. Vooropgesteld moet worden dat het Hof bij dit oordeel kennelijk en terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat, indien vaststaat of zo goed als zeker is dat een ondernemer bepaalde ondernemingsschulden niet of niet volledig behoeft te voldoen, daardoor voor die ondernemer een vermogensvermeerdering optreedt die als winst uit onderneming in de zin van evenbedoeld artikel 7 moet worden beschouwd. Zodanige vermogensvermeerdering doet zich echter niet voor indien, zoals in het onderhavige geval, de ondernemer is komen te verkeren in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en daarom in staat van faillissement is verklaard. Een debiteur wordt immers niet reeds door zijn faillissement bevrijd van zijn schulden, ook niet na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. Hij kan er ook dan niet van uitgaan dat hij zijn schulden niet meer behoeft te voldoen. De door middel II opgeworpen vraag moet derhalve ontkennend worden beantwoord.

In de vordering/schuld een onzakelijke leningverhouding dan ontvangt de debiteur bij liquidatie een informele kapitaalstorting ter grootte van het nominale bedrag; van winstneming is op dat moment in mijn optiek echter wederom geen sprake. Zie daartoe ook BNB 2012/78:

“Indien de door een aanmerkelijkbelanghouder (hierna: ab-houder) aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft verstrekte geldlening onzakelijk is als bedoeld in onderdeel 3.3 van het heden uitgesproken arrest van de Hoge Raad met nummer 08/05323, LJN BN3442, en de aanvaarding door de ab-houder van het debiteurenrisico berustte op aandeelhoudersmotieven, zal een kwijtschelding van de geldlening als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt, ook indien en voor zover de vordering oninbaar is. Immers, het verlies dat de ab-houder bij de kwijtschelding lijdt, vloeit dan voort uit het door hem in zijn hoedanigheid van aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico. Ook voor de debiteur zal in een zodanig geval de kwijtschelding als een informele kapitaalstorting moeten worden aangemerkt. De verkrijgingsprijs in de zin van artikel 4.21Wet IB 2001 van het aanmerkelijk belang van de ab-houder zal met het bedrag van de als informele kapitaalstorting aan te merken kwijtschelding worden verhoogd.”

Indien aandelenbezit van meer dan 5% en opties van minder dan 5% is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de opties via de meesleepregeling o.g.v. het Falconsarrest. Het verzamelbesluit biedt hier geen uitsluitel; de voorgelegde casus valt niet onder de letterlijke tekst van het besluit.

Art 13 lid 16 ziet niet op opties en ziet niet op meegetrokken of meegesleepte belangen.

Casus aflopende deelnemingsvrijstelling/optierechten

67 Awr, vereenvoudigde casus

Feiten en omstandigheden (vereenvoudigd)

67 Awr

Vragen en toelichting

Vraag 1: is de deelnemingsvrijstelling in 67 Awr nog steeds van toepassing op het optiepakket?

Toelichting

buiten verzoek

Vraag 2: kan bevestigd worden dat art. 13, lid 16 Wet Vpb vanaf 67 Awr van toepassing is op zowel het resterende aandelen- als optiepakket?

Toelichting:

buiten verzoek

buiten verzoek

² Overigens is het verschil in behandeling, zoals dat dan zou voortvloeien uit het Besluit, nog steeds niet heel logisch

Het betreft de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op het belang van een (volledige) belastingplichtig geworden vereniging in een (volledige) belastingplichtig geworden vereniging.

1. Het belang van belastingplichtige in ^{67 Awr} kwalificeert n.m.m. niet als deelneming, zie de wettekst. Een vereniging is geen rechtsvorm die kwalificeert als deelneming c.q. waarvan de ontvangen baten kunnen kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling.

2. Aan de voorwaarden uit het Besluit punt 1.2.1.2, waarbij onder voorwaarden wordt goedgekeurd dat een belang in een vereniging wel een deelneming kan vormen, lijkt bovendien niet te zijn voldaan.

De twee voorwaarden lijken immers terug te slaan op de twee genoemde goedkeuringen. In de aanhef staat immers:

"Daarom heb ik onder voorwaarden het volgende goedgekeurd". Vervolgens volgen twee kopjes met de tekst 'goedkeuring'. Daarna volgen de twee voorwaarden.

Ik lees de tekst zo dat de beide voorwaarden ook betrekking hebben op de eerste goedkeuring, die van de volledig belastingplichtige vereniging. De vereniging ^{67 Awr} stond -voor zover thans bekend- niets in de weg om wel in de gewenste rechtsvorm (coöperatie) te worden gedreven, aldus is niet aan de eerste voorwaarde voldaan.

Belastingplichtige werkt in een ^{67 Awr} omgeving (functionele valuta) en heeft al jaren een euro deelneming. Zij wil een beschikking 13 lid 7 VPB i.v.m. een recent aangegane dollarschuld die niet wordt aangewend om de euro deelneming te financieren.

BESCHOUWING.

Wettekst.

Indien de inspecteur vooraf bij voor bezwaar vatbare beschikking, eventueel onder het stellen van nadere voorwaarden, heeft vastgesteld dat een rechtshandeling strekt tot het afdekken van valutarisico dat met een deelneming wordt gelopen, behoort een voordeel uit de desbetreffende rechtshandeling tot de voordelen uit hoofde van de deelneming.

De woorden 'strekken tot' betekenen naar mijn mening 'dienen tot'.

Analyse van de feiten.

1. In casu worden gelden (een lening) aangetrokken waarvan het motief niet is om te dienen als financiering van de al aanwezige deelneming, de gelden worden namelijk aangewend voor het vergroten van de oorlogskas. Als ik belastingplichtige goed begrijp dan zou er in de jaarrekening toch gehedged kunnen worden, zelfs indien het afdek-instrument niet is aangegaan met het oogmerk het koersrisico dat met de deelneming wordt gelopen af te dekken maar indien er feitelijk domweg nu eenmaal een hedge is tussen schuld en de deelneming. Belanghebbende wil een 13 lid 7 VPB beschikking om de fiscaliteit en de bedrijfseconomische uitgangspunten weer op één lijn te brengen.

a. Ik vraag mij echter af of in casu niet gewoon aan het motief vereiste is voldaan. De gelden an sich worden weliswaar niet aangetrokken ter financiering van de deelneming, maar het aangaan van een lening juist in euro's kan -en lijkt ook wel degelijk te- zijn ingegeven om het valutarisico dat met de deelneming wordt gelopen af te dekken. In de vraagstelling staat namelijk het volgende:

67 Awr

67 Awr

Anders gezegd, het aantrekken van vreemd vermogen houdt geen verband met de deelneming maar het aantrekken van vreemd vermogen in de vorm van een eurolening strekt wel om het valutarisico dat met de deelneming wordt gelopen, af te dekken.

b. Indien het motief om te lenen -juist in euro's- toch niet was het afdekken van het valutarisico maar bijvoorbeeld het gebruik maken van de lage rente op de euro, dan kunnen de schuld en de deelneming in de jaarrekening toch worden gehedged (aldus ^{5.1.2e}), hij stuurt mij de bron hiervan nog toe) mogelijk met een bepaalde opstap of instap (qua waardering of in de tijd).

In dat geval ligt het n.m.m. in de rede -gelet op de ratio van de bepaling- toch op verzoek een artikel 13 lid 7 VPB beschikking af te geven. In dat geval zou het woord 'strekken tot' zo nodig meer feitelijk, meer geobjectiveerd opgevat kunnen worden.

De casus is afgerond, in casu geen enigerlei tegemoetkoming. Nuancering is wellicht mogelijk, zie voorbeeld ~~5.1.2~~

Het gaat om de liquidatie van een in Nederland gevestigde houdstervennootschap in ~~67 Awr~~ die een aantal jaren moeder is geweest van een fiscale eenheid met Nederlandse dochters. In ~~67 Awr~~ zijn een aantal van deze Nederlandse dochtervennootschappen ontvoegd en zijn verliezen meegegeven onder toepassing van artikel 15af, lid 3. De vraag is nu of, door de toepassing van artikel 15af, lid 3, een tegemoetkoming is verleend in de zin van artikel 13d, lid 9, waardoor het nemen van een liquidatieverlies in zijn geheel niet meer mogelijk is.

De vraag is of dubbeltellingen van vorderingen die naar de letter niet onder de goedkeuring uit ons verzamelbesluit valt, hier mogelijk toch onder gerangschikt kan te worden.

In onderdeel 1.11.2.2 van het verzamelbesluit is een goedkeuring (met voorwaarden) opgenomen ter voorkoming dat gelden die binnen concern worden doorgeleend tweemaal worden meegeteld bij de bezittingentoets. Naar de letter valt een doorlening in de horizontale lijn niet onder de goedkeuring (zie ook com VN 2017/16.2). Is dit doelbewust of is dit niet voorzien? Dit is niet gelijk te achterhalen, feit blijft dat het naar de letter niet eronder valt, beroep op goedkeuring wordt afgewezen.

De heer X heeft de 67 Awr nationaliteit in is woonachtig in 67 Awr Hij is voornemens om naar Nederland te verhuizen. De heer X is dga van verschillende 67 Awr. Zodra hij naar Nederland verhuist wil hij een besloten vennootschap oprichten waarin hij alle aandelen van de 67 Awr inbrengt. Van twee van zijn 67 Awr heeft hij echter in 67 Awr het bloot eigendom aan zijn kinderen geschonken en bezit hij slechts het vruchtgebruik. Dit vruchtgebruik brengt hij in en op de 'vruchten' uit dit vruchtgebruik wenst de BV vervolgens de deelnemingsvrijstelling toe passen.

Het betreft een vruchtgebruik naar 67 Awr recht. Het kent (anders dan bij een vruchtgebruik naar Nederlands recht) geen vervreemdings- en verteringsbevoegdheid. Het geeft recht op de opbrengsten van het aandeel, maar niet op het kapitaal dat het aandeel vertegenwoordigt. De heer X heeft wel het stemrecht bij de aandelen. Bij de schenking van het bloot eigendom is wel een herroeping overeengekomen, maar deze is in zeer beperkte gevallen mogelijk.

Het betreft ten eerste de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing op het vruchtgebruik van aandelen en tweede of bij vruchtgebruik aandelen sprake is van een winstbewijs waardoor de meesleepregeling van toepassing is.

De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op het vruchtgebruik. Niet het gehele economische belang berust bij de vruchtgebruiker, er bestaan alleen recht op de vruchten. Verder kan het recht op vruchtgebruik niet gelijk worden gesteld met een winstbewijs.

Mededeling 1: Het begrip 'rechtstreeks oorzakelijk verband'

De Hoge Raad overwoog in het December-arrest onder andere:

'Bij gebrek aan nadere tekstuele of wetshistorische aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag welk verband vereist is, hanteert de Hoge Raad hiervoor de maatstaf van een rechtstreeks oorzakelijk verband'.

De KG DVS is van mening dat sprake is van een 'rechtstreeks oorzakelijk verband' als aannemelijk is dat de kosten worden opgeroepen door de beoogde aankoop van een specifieke deelneming. In de parlementaire behandeling is namelijk het volgende gezegd:

'Met het gebruik van het begrip kosten die verband houden met de verwerving van een deelneming wordt bedoeld op alle kosten die een belastingplichtige moet maken ten einde een door haar beoogd belang in een deelneming te verwezenlijken.' (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 9, p. 11.)

Bovendien heeft de Hoge Raad in r.o. 2.5.1. van dit arrest overwogen dat:

'Kosten moeten worden aangemerkt als kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming, indien zij worden opgeroepen door de verwerving of de vervreemding van de desbetreffende deelneming, in die zin dat de kosten zonder die verwerving of die vervreemding niet zouden zijn gemaakt.'

Ook wordt in r.o. 2.5.3. verwezen naar 'een specifieke deelneming' en in r.o. 2.5.4. naar 'een beoogde koper'.

De KG DVS merkt op dat het oogmerk een deelneming te kopen wordt beoordeeld aan de hand van enigszins geobjectiveerde kenmerken, zoals bijvoorbeeld de gedragingen van de belastingplichtige. Dit betekent dat als de kosten zijn gemaakt vóór het moment waarop sprake is van een beoogde specifieke target, de kosten niet onder de aftrekbeperking vallen. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan kosten die in de oriëntatiefase worden gemaakt als er nog geen concrete target is, maar bijvoorbeeld ook aan een studie waar verschillende potentiële targets – waaronder de uiteindelijk beoogde specifieke target – met elkaar worden vergeleken. Er is dan nog geen sprake van een rechtstreeks oorzakelijk verband. Veel zal afhangen van de feiten en omstandigheden van het concrete geval.

Wellicht ten overvloede merkt de KG DVS nog op dat de opvatting over de stand van de jurisprudentie zoals opgenomen in de huidige handreiking uit 2016 door het December-arrest is achterhaald. In deze handreiking is namelijk opgenomen dat pas sprake is van aankoopkosten als er een *redelijke verwachting* is dat de aankoop doorgang vindt. De term 'rechtstreeks oorzakelijk verband' in combinatie met het oogmerk van aan- of verkoop leidt er echter doorgaans toe dat meer kosten onder de aftrekuitsluiting vallen van artikel 13, lid 1, Wet Vpb 1969 dan de opvatting over de redelijke verwachting in de huidige handreiking. Het ontstaan van een oogmerk om een deelneming te verwerven gaat onder andere vooraf aan de uiteindelijke aankoopovereenkomst, maar ook aan het sluiten van een intentieovereenkomst of het interne besluit tot aankoop.

Tot slot geeft de KG DVS nog het volgende mee: de inspecteur heeft de bewijslast dat er sprake is van aankoopkosten die niet in aftrek kunnen worden gebracht. De inspecteur zal aannemelijk moeten maken dat de kosten een rechtstreeks oorzakelijk verband met de aankoop van een deelneming hebben. Daarom is een gedegen feitenonderzoek van groot belang.

Mededeling 2: Gemengde kosten

De KG DVS is ook na het December-arrest nog steeds van mening dat onder omstandigheden bepaalde kosten – die zijn gemaakt met betrekking tot de aankoop van een deelneming – als gemengde kosten kunnen kwalificeren.

De Hoge Raad overwoog onder andere:

'Bij gebrek aan nadere tekstuele of wetshistorische aanwijzingen voor de beantwoording van de vraag welk verband vereist is, hanteert de Hoge Raad hiervoor de maatstaf van een rechtstreeks oorzakelijk verband. Kosten moeten worden aangemerkt als kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming, indien zij worden opgeroepen door de verwerving of de vervreemding van de desbetreffende deelneming, in die zin dat de kosten zonder die verwerving of die vervreemding niet zouden zijn gemaakt.'

De KG DVS is van mening dat bepaalde kosten - ondanks dat deze kosten zonder die verwerving niet zouden zijn gemaakt - niet louter kunnen worden toegerekend aan de aankoop van de deelneming, maar daarnaast ook deels kunnen zijn gemaakt voor andere zakelijke doeleinden. Deze kosten moeten dan volgens een bepaalde verdeelsleutel worden toegerekend. Dit neemt niet weg dat de kosten wel in zijn geheel aan de aankoop van de deelneming moeten worden toegerekend als de andere beweegreden van toekomstige betekenis is.

Een belangrijk voorbeeld van gemengde kosten zijn de kosten van een due diligence onderzoek. De KG DVS is van mening dat deze kosten doorgaans (volstrekt) overwegend voor de beslissing over de aankoop worden gemaakt. De adviespraktijk stelt daarentegen vaak dat het due diligence rapport noodzakelijk is voor het verkrijgen van de financiering en dat kosten die direct samenhangen met de financiering niet onder de aftrekbeperking vallen. Financieringskosten vormen naar hun aard namelijk geen aankoopkosten, maar houden verband met het verwerven van de benodigde financiering van een activum.

De KG DVS kan zich voorstellen dat een beperkt deel van de due diligence kosten aan de financiering kan worden toegerekend als het due diligence rapport is vereist voor het verkrijgen van (substantieel betere voorwaarden voor) de financiering. De belastingplichtige heeft hiervoor de bewijslast. Om achter het belang van een due diligence rapport voor de financiering te komen, kan bij grote aankopen het bankdossier worden geraadpleegd: was ervoor het verkrijgen van de financiering nut en noodzaak om een due diligence uit te voeren of was er een marginaal belang? Een aantal indicatoren hiervoor zijn dat het due diligence onderzoek mede op instigatie van de bank wordt uitgevoerd, dat de bank vooraf eisen stelt aan de scope van het onderzoek en dat de bank bepaalt welk kantoor het onderzoek uitvoert.

De Kennisgroep is van mening dat als het relatieve belang van de due diligence voor de financiering van toekomstige betekenis is, het zeer goed pleitbaar is om niets aan de financiering toe te rekenen. Naar mate het relatieve belang voor de financiering toeneemt, kan ook meer van de due diligence kosten aan de financiering worden toegerekend. De mate waarin de due diligence kosten aftrekbaar zijn, is uiteindelijk afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Overigens vindt de KG DVS een verdeling van de due diligence kosten naar rato van het gebruikte eigen en vreemd vermogen voor de financiering van de target geen goede maatstaf.

Recent heeft Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2021:724) uitspraak gedaan in een procedure over private equity. In deze uitspraak komt de kwalificatie van due diligence kosten als gemengde kosten (zowel aankoop- als financieringskosten) aan bod evenals de verdeling van deze kosten naar rato van het eigen en vreemd vermogen bij de *overnameholding*. Uit de praktijk komen inmiddels signalen dat er met deze uitspraak in de hand een beroep op deze verdelingsmaatstaf wordt gedaan. Het zal niet verbazen dat de KG DVS ook deze verdelingsmaatstaf niet onderschrijft. Deze uitspraak kan op dit punt dan ook niet als richtsnoer worden gebruikt.

Mededeling 3: Interne kosten

De KG DVS is van mening dat ook interne kosten onder de aftrekbeperking van art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 vallen. Het mag volgens de KG DVS voor de aftrekbaarheid niet uitmaken of de kosten worden gemaakt voor werkzaamheden die worden uitbesteed of zelf worden uitgevoerd.

In de parlementaire behandeling is hierover onder andere het volgende opgemerkt:

'Dat betekent dat verkoopkosten naast interne uitgaven die verband houden met de verkoop van een deelneming, ook uitgaven als advocaatkosten, schadevergoedingen en notariskosten kunnen betreffen.' (MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 54.).

In het December-arrest is dit bevestigd. De Hoge Raad overweegt in r.o. 2.5.2 namelijk het volgende:

'De wettekst maakt geen onderscheid tussen interne en externe kosten. Daarom omvat het aftrekverbod voor aan- en verkoopkosten beide kostensoorten'.

De KG DVS is van mening dat het hierbij gaat om alle interne kosten. Het gaat dus niet alleen om additionele loonkosten (betaalde overuren) in verband met een overname, maar ook om de 'reguliere' loonkosten voor de werkzaamheden voor een overname. Deze reguliere loonkosten hebben namelijk ook een 'rechtstreeks oorzakelijk verband' met de aankoop. Hierbij zou het bijvoorbeeld kunnen gaan om een deel van de salariskosten van onder andere de M&A-afdeling, de controller en de CFO. De KG DVS is dus niet van mening dat deze loonkosten aftrekbaar zijn, omdat deze kosten sowieso – ook zonder de aankoop – zouden zijn gemaakt.

De KG DVS is eveneens van mening dat voor de bepaling van de hoogte van de interne kosten met (een opslag voor) de indirecte kosten rekening moet worden gehouden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan onder andere een opslag voor de huisvestingskosten, de kosten voor ondersteunend personeel en de algemene kosten. Om bij het voorbeeld van de loonkosten te blijven: deze indirecte kosten zijn ook toerekenbaar aan de kostprijs van de aan de aankoop bestede reguliere uren.

Het is in de praktijk niet altijd eenvoudig aan te geven welke interne kosten aan een aankoop zijn toe te rekenen. Met deze onduidelijkheid in het achterhoofd, is de KG DVS van mening dat bij een discussie over de interne kosten – en met name over de indirecte interne kosten – het absolute en relatieve belang van de kosten een rol kan spelen. Het is echter niet aan de KG DVS, maar aan de inspecteur om te bepalen welke interne kosten aan de hand van de feiten en omstandigheden van het concrete geval aan de aankoop moeten worden toegerekend. De KG DVS kan zich voorstellen dat daarbij voor een praktische benadering wordt gekozen als het concrete geval dat toelaat.

Inleiding

De Hoge Raad heeft onlangs de jurisprudentie inzake schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten in relatie tot de deelnemingsvrijstelling verrijkt met het zogenoemde 'Poolse verzekeraars-arrest' (BNB 2020/160). Dit arrest kan worden gezien als een vervolg op het zogenoemde 'Voorkeursrecht-arrest' (BNB 2017/11). Tevens wordt door de Hoge Raad naar het zogenoemde 'Rouwkoopsom-arrest' (BNB 1985/200) verwezen. De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling licht deze jurisprudentie hier kort toe.

Rouwkoopsom-arrest (BNB 1985/200)

In het Rouwkoopsom-arrest was sprake van een *verkopende* belastingplichtige. De belastingplichtige had zijn deelneming verkocht, maar nog niet geleverd. Nadat de koper de belastingplichtige te kennen had gegeven de deelneming niet af te nemen, besloot de belastingplichtige de deelneming aan een ander te verkopen. In het daaropvolgende boekjaar kwamen de belastingplichtige en de wanpresterende koper een schadevergoeding overeen. De wanpresterende koper betaalde de belastingplichtige een schadevergoeding. Naar het oordeel van de Hoge Raad kon de belastingplichtige (verkoper) de deelnemingsvrijstelling niet toepassen op de schadevergoeding. De Hoge Raad was namelijk van mening dat niet kon worden gezegd dat de belastingplichtige de schadevergoeding had ontvangen uit hoofde van de deelneming.

Voorkeursrecht-arrest (BNB 2017/11)

In het Voorkeursrecht-arrest gaf de Hoge Raad belangrijke rechtsregels als het gaat om schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten in relatie tot de deelnemingsvrijstelling. De Hoge Raad achtte de zogenoemde 'precontractuele fase' van belang. In de precontractuele fase kon naar het oordeel van de Hoge Raad bij de koper namelijk nog geen sprake zijn van een deelneming.

Behandeling schadevergoeding bij koper in precontractuele fase

Een schadevergoeding die in de precontractuele fase was verschuldigd door de verkoper of koper, kon volgens de Hoge Raad bij de koper niet aan een deelneming worden toegerekend, omdat er bij de koper nog geen sprake was van een deelneming. Dit bracht volgens de Hoge Raad met zich mee dat de koper de deelnemingsvrijstelling niet kon toepassen op een te betalen of te ontvangen schadevergoeding.

Behandeling schadevergoeding bij verkoper in precontractuele fase

De Hoge Raad liet vervolgens de evenwichtslaar prevaleren en oordeelde dat als bij de koper de deelnemingsvrijstelling niet op de schadevergoeding van toepassing was, ook de verkoper de deelnemingsvrijstelling niet op de schadevergoeding kon toepassen.

Behandeling schadevergoeding bij koper en verkoper na afronding precontractuele fase

In dit arrest gaf de Hoge Raad ook aan dat - indien de precontractuele fase is afgerond door het sluiten van een overeenkomst - de deelnemingsvrijstelling bij de koper wel van toepassing is op de schadevergoeding.¹ Als gevolg van de evenwichtslaar oordeelde de Hoge Raad de deelnemingsvrijstelling in dat geval ook bij de verkoper van toepassing.

Poolse verzekeraar-arrest (BNB 2020/160)

In BNB 2020/160 herhaalt de Hoge Raad enerzijds het vorenstaande en vult dit anderzijds op punten nader in.

Intentieovereenkomst: geen deelneming

De Hoge Raad verduidelijkt dat het sluiten van een intentieovereenkomst niet voldoende is om een aandelenpakket als bedrijfsmiddel bij de potentiële koper als deelneming aan te merken. De deelnemingsvrijstelling is derhalve niet van toepassing op een eventueel te betalen of te ontvangen schadevergoeding als bij de koper geen sprake is van een deelneming. Zoals hiervoor bij het Voorkeursrecht-arrest al is uiteengezet, neemt de Hoge Raad de koper als uitgangspunt bij de evenwichtslaar. Om die reden is de deelnemingsvrijstelling ook bij de verkoper niet van toepassing.

Opschortende voorwaarde: in beginsel geen deelneming

¹ Hierna zal echter blijken dat de Hoge Raad dit punt nader invult in het Poolse verzekeraars-arrest.

De Hoge Raad geeft ook antwoord op de vraag hoe moet worden omgegaan met overeenkomsten waarin sprake is van een opschortende voorwaarde. Indien wel een overeenkomst is afgesloten, maar de verplichting tot levering afhankelijk is van een opschortende voorwaarde, is in beginsel geen sprake van een deelneming bij de koper. Het moet daarbij volgens de Hoge Raad wel gaan om één (of meerdere) voorwaarde(n) die afhankelijk zijn van onzekere toekomstige gebeurtenissen. Deze toekomstige onzekere gebeurtenissen moeten volgens de Hoge Raad ook buiten de macht van de koper liggen.

Leveringsverplichting aan de koper onuitvoerbaar geworden: niet (meer) een deelneming

Daarnaast geeft de Hoge Raad ook een oordeel over de situatie waarin sprake is van een onvoorwaardelijke verplichting tot levering aan de koper, maar waarin deze verplichting feitelijk of rechtens onuitvoerbaar is geworden. Het 'onuitvoerbaar' zijn of worden dient het gevolg te zijn van buiten de macht van de koper gelegen omstandigheden. In een voetnoot verwijst de Hoge Raad naar het Rouwkoopsom-arrest (BNB 1985/200). In dit geval is volgens de Hoge Raad geen sprake (meer) van een deelneming bij de koper.

Uitleg Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Koperdoctrine en evenwichtsleer

De Kennisgroep merkt aanvullend het volgende op. De Kennisgroep leest het Poolse verzekeraars- en Voorkeursrecht-arrest zo dat de Hoge Raad voor schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten van een deelneming de koper als uitgangspunt neemt. Als bij de koper geen sprake is van een deelneming waaraan de schadevergoeding kan worden toegerekend, valt deze schadevergoeding bij de koper in de belaste sfeer. De door de Hoge Raad voorgestane evenwichtsleer brengt met zich mee dat dan ook bij de verkoper de schadevergoeding in de belaste sfeer valt.

Onvoorwaardelijk, feitelijk en rechtens afdwingbaar recht op levering

Duidelijk is dat Hoge Raad voor schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten van een deelneming, de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing acht in de precontractuele fase. Verder is duidelijk dat de Hoge Raad in de fase na de precontractuele fase van belang acht dat er een onvoorwaardelijk, feitelijk en rechtens afdwingbaar recht op levering van aandelen bestaat. Pas vanaf het moment dat er een onvoorwaardelijk, feitelijk en rechtens afdwingbaar recht op levering van aandelen bestaat, is er sprake van een deelneming bij de koper.

Welk moment?

De Hoge Raad geeft tevens aan dat als de verwerving van een pakket aandelen niet doorgaat en de wederpartij een schadevergoeding is verschuldigd, het van belang is of op dat moment sprake is van een deelneming bij de koper. De vraag is echter *welk moment* de Hoge Raad voor ogen heeft.

In de procedure van het Rouwkoopsom-arrest was de leveringsverplichting onuitvoerbaar geworden doordat de verkoper (de belastingplichtige) de aandelen had verkocht aan een andere koper. Op het moment dat de schadevergoeding door de initiële koper werd betaald, had de deze koper geen deelneming (meer). De verkoper had immers de deelneming al aan de ander verkocht. Dat de initiële koper geen deelneming (meer) had, was dus een gevolg van een omstandigheid die buiten de macht van deze koper lag. In het licht van de door de Hoge Raad voorgestane evenwichtsleer - zoals expliciet uitgesproken in BNB 2017/11 en BNB 2020/160 - is te begrijpen dat de deelnemingsvrijstelling in het Rouwkoopsom-arrest niet van toepassing was op de door de verkoper (belastingplichtige) ontvangen schadevergoeding.

Naar de mening van de Kennisgroep is uiterlijk het moment dat de schadevergoeding wordt voldaan van belang. De Kennisgroep sluit echter niet uit dat de toets op een eerder moment moet worden aangelegd. De Kennisgroep verzoekt dan ook casusposities waarin dit in geschil is aan de Kennisgroep voor te leggen.

Causaliteitsleer

Daarnaast is het de vraag welke rol de causaliteitsleer - die volgt uit de term 'uit hoofde van' in artikel 13, lid 1, Wet Vpb 1969 - nog een rol speelt. Wat betreft de causaliteitsleer komt de Kennisgroep tot het volgende.

Ten tijde van het wijzen van het Rouwkoopsom-arrest heeft de causaliteitsgedachte er toe geleid dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op de ontvangen schadevergoeding. Met

toepassing van de rechtsregels uit het Poolse verzekeraars-arrest is de uitkomst hetzelfde als in het Rouwkoopsom-arrest, maar dan door toepassing van de evenwichtsleer. Voor schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten van een deelneming, neemt de Hoge Raad namelijk deze evenwichtsleer als uitgangspunt.

De Kennisgroep benadrukt dat het vorenstaande naar haar oordeel niet betekent dat de causaliteitsgedachte is achterhaald in andere situaties dan schadevergoedingen bij afgebroken aan- en verkooptrajecten van een deelneming. In deze andere situaties waarbij een schadevergoeding wordt ontvangen of wordt betaald, zal steeds moeten worden getoetst of de schadevergoeding op komt uit hoofde van de deelneming of uit andere hoofden. Daarbij gaat het om de vraag of er sprake is van voldoende causaliteit. Indien een schadevergoeding wordt ontvangen, kan er een verband zijn met de deelneming, maar aan de hand van de feiten en omstandigheden zal moeten worden beoordeeld of er een sterker verband met iets anders is. In dat geval komt naar de mening van de Kennisgroep de schadevergoeding niet op uit hoofde van de deelneming.

Dat de causaliteitsvraag nog een rol speelt, kan naar de mening van de Kennisgroep ook worden opgemaakt uit het - na het verschijnen van het Poolse verzekeraar-arrest - zogenoemde 'Ongedekte optie-arrest' (BNB 2021/12). De Hoge Raad oordeelt daarin namelijk dat het door de belastingplichtige behaalde cum/ex-voordeel niet kan worden aangemerkt als een door de belanghebbende uit haar aandeelhouderschap genoten voordeel uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13 Wet Vpb 1969. Het cum/ex-voordeel vindt volgens de Hoge Raad zijn oorsprong uitsluitend in de wijze waarop de Duitse belastingwetgeving en Duitse beursregels toepassing vinden op cum/ex-transacties met betrekking tot dat aandeel.

5.1.2e is van mening dat er geen sprake is van aankoopkosten. 5.1.2e brengt de casus terug tot een situatie waarbij sprake is van een voorraad vreemde valuta in de vorm van een deposito om het valutarisico af te dekken. 5.1.2e is van mening dat het deposito een zelfstandig activum is, met zelfstandige baten (rente of koerswinsten) en lasten (koersverliezen) die niet kunnen worden aangemerkt als (positieve of negatieve) aankoopkosten. Het criterium van de aankoopkosten als "uitgaven die zonder de aankoop van de deelneming niet zouden zijn gemaakt" is naar de mening van 5.1.2e niet het enige criterium. Het moet ook gaan om uitgaven die naar hun aard zijn op te vatten als aankoopkosten. En de aard van de hiervoor genoemde kosten (rente, valutaresultaten) zijn naar hun aard geen aankoopkosten. Ook 5.1.2e volgt de visie van 5.1.2e Deze kosten hebben meer het karakter van financieringskosten.

Besluit:

1.7.4. Aankoop deelneming tegen koopsom in vreemde valuta

Als een belastingplichtige het voornemen heeft om een deelneming te kopen waarvan de koopsom in een andere valuta luidt dan de functionele valuta, kan het om bedrijfseconomische redenen gewenst zijn om de valutakoers van de te betalen koopsom te fixeren. Als dit zich voordoet dan zal de belastingplichtige in de periode voorafgaand aan de daadwerkelijke betaling van de koopsom een positie opbouwen in die andere valuta. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het aanhouden van tegoeden in de andere valuta of aan valutatermijntransacties. Omdat er op dat moment nog geen deelneming is, kan voor deze afdekkingsinstrumenten geen verzoek in de zin van [artikel 13, zevende lid, Wet Vpb](#) worden gedaan. In de vennootschappelijke jaarrekening maken de valutaresultaten behaald in de periode voorafgaand aan de daadwerkelijke aankoop en betaling van de deelneming onderdeel uit van de kostprijs van die deelneming. Over de fiscale behandeling van deze resultaten heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten.

Goedkeuring

Omdat ik op dit punt de fiscaliteit in lijn wil brengen met de bedrijfseconomische realiteit, keur ik het volgende goed. Op verzoek van de belastingplichtige vormen de valutaresultaten die een gevolg zijn van de opgebouwde positie in vreemde valuta in verband met de in de toekomst te betalen koopsom, fiscaal onderdeel van de kostprijs van de deelneming en van het voor die deelneming opgeofferde bedrag.

Voorwaarde

Aan deze goedkeuring verbind ik de voorwaarde dat het verzoek moet zijn gedaan vóórdat de belastingplichtige aanvangt met het opbouwen van deze valutapositie.

Kan een verlies op een forward, dat o.b.v. deze goedkeuring bij het opgeofferd bedrag van de deelneming kan worden geboekt, niet worden gekwalificeerd als aankoopkosten deelneming? De kosten zouden immers niet zijn gemaakt als de acquisitie niet zou hebben plaatsgevonden...betoogd zou kunnen worden dat er een direct oorzakelijk verband is.

Binnen de Kennisgroep verschillen de meningen over of een positieve 13-7-beschikking kan worden afgegeven als de waarde van de deelneming negatief is. De Kennisgroep neigt naar 'niet', maar komt uiteindelijk niet tot een definitief oordeel.

Als een positieve 13-7-beschikking niet kan worden afgegeven, neigt de Kennisgroep ernaar dat een beroep op de goedkeuring uit onderdeel 1.7.4 Beleidsbesluit mogelijk is als de belastingplichtige de verplichting of het voornemen heeft het negatieve vermogen van de deelneming aan te zuiveren.

Wat echter in beide gevallen volgens de Kennisgroep in ieder geval noodzakelijk is, is dat voldoende aannemelijk is dat belastingplichtige een dergelijke verplichting of voornemen heeft. Mede gezien de onduidelijkheid in de feiten als gevolg van de defensieve houding van de belastingplichtige en de magere informatieverstrekking, is dit in casu niet voldoende aannemelijk. Daarom is voor nu is de conclusie dat een negatieve beschikking zal worden afgegeven.

Belastingplichtige hield tot		67 Awr	aandelen van haar deelneming.	67 Awr
67 Awr				
67 Awr	Belastingplichtige eist		67 Awr	een schadevergoeding van
de deelneming		67 Awr		
67 Awr				
		67 Awr		
67 Awr		Los van de vraag of wij ons		
kunnen vinden in deze boekhoudkundige verwerking is het de vraag of de deelnemingsvrijstelling op een eventueel te ontvangen schadevergoeding van toepassing is. In onderhavige situatie zou het standpunt betrokken kunnen worden dat er een deelneming is en dat de schadevergoeding voldoende causa houdt met de deelneming en derhalve de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De vraag wordt echter opgeworpen of er niet een nauwer verband is met de onrechtmatige daad/emissie waardoor de deelnemingsvrijstelling juist niet van toepassing is. Daarnaast zou de betaling van de schadevergoeding door de deelneming wellicht in aftrek gebracht kunnen worden door de deelneming. Dan lijkt het niet logisch om de deelnemingsvrijstelling aan de ontvangstkant te verlenen. Alles overziend is de kennisgroep van mening dat er geen zekerheid gegeven kan worden dat op een eventueel te ontvangen schadevergoeding de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. § 1.2 neemt contact op met de vraagsteller.				

De casus betreft een belastingplichtige die een winstvennootschap met een vpb-schuld verkoopt, waarna de vpb-schuld oninbaar is. De belastingplichtige wordt door de ontvanger aansprakelijk gesteld. De belastingplichtige ontvangt hiervoor een schadevergoeding van de adviseur. De vraag is of de betaling uit hoofde van de aansprakelijkstelling aftrekbaar is.

5.1.2e schrijft dat de betaling niet onder artikel 10.1.e. Wet Vpb valt en haalt hierbij de conclusie van A-G Wattel aan van 2 december 2004. Daarnaast is 5.1.2e van mening dat de betaling een nauwer verband heeft met een onrechtmatige daad/wettelijke aansprakelijkheid dan met de deelneming, zodat geen sprake is van een negatief deelnemingsvoordeel. Ook is naar de mening van 5.1.2e geen sprake van een prijsaanpassing, daar prijsaanpassingen zich in het algemeen tussen de verkopende en de kopende partij afspelen, terwijl daarvan hier geen sprake is. Ook het vormen van een voorziening ten laste van de verkoopopbrengst lijkt 5.1.2e geen haalbare stelling. Mogelijk zou de stelling betrokken kunnen worden dat de betaling ex art 40 IW, niet aftrekbaar is omdat er sprake is van verkoopkosten. Tegen deze stelling kan worden ingebracht dat de betaling wordt opgeroepen door een wettelijke aansprakelijkheid, en het causale verband daarmee dus sterker is dan met de (verkoop van de) deelneming an sich. Ook het stellen van een uitdeling lijkt geen reële optie: de betaling is evenwel niet ingegeven door het motief de aandeelhouder te bevoordelen, maar door de wettelijke verplichting van artikel 40 IW.

Ook de kennisgroep ziet geen ruimte om de betaling ex artikel 40 IW niet in aftrek toe te staan. Belastingplichtigen kunnen slechts in uitzonderlijke situaties gedwongen worden om een voorziening te vormen. Daar lijkt hier geen sprake van te zijn. Ook het feit dat navordering niet meer mogelijk is helpt niet in deze casus.

de casus is besproken tijdens de vergadering van 5 februari 2015, het preadvies van 5.1.2e wordt gevolgd.

15001

Pre advies voor de casus (ingediend door Belastingdienst
behandelteam o.l.v. 5.1.2e).

1. De feiten.

(hierna: UA) en (hierna: A BV) vormen een FE voor de Vpb. De FE doet aangifte in functionele valuta.

Onmiddellijk houdt de FE een 100%-belang in (hierna: I Ltd) en middellijk houdt de FE een 100% belang in (hierna: S Ltd). Zie voor een goed begrip verder het eerder al verstrekte organogram.

NB. De vraagsteller merkt n.m.m. ten onrechte op dat het belang in I Ltd. een middellijk belang vormt (dan is dat echter geen deelneming van belanghebbende en is er zelfs geen casus).

In de aangifte VPB van UA is een liquidatieverlies verantwoord van . Het betreft een verlies als gevolg van de liquidatie van I Ltd. Dat verlies kan als volgt worden berekend.

a. Ter financiering van de activiteiten heeft A BV in een kapitaalstorting gedaan in I Ltd van . Omgerekend tegen de destijds geldende koers was dit . I Ltd heeft de gelden uit deze kapitaalstorting vervolgens (door)geleend aan S Ltd.

b. I Ltd heeft sinds haar oprichting een winst behaald van . Deze winst bestaat uit aangegroeide rente op de uitstaande vordering op S Ltd.

c. Het liquidatieverlies van , dat in wordt aangegeven komt met name voort uit de daling van de koers van ten opzichte van . Meer in detail is het beeld als volgt.

--Het opgeofferd bedrag bedroeg , omgerekend in , zoals al eerder gezegd dus .

--In de jaren dat I Ltd heeft bestaan, is een winstreserve opgebouwd van ofwel .

--De vordering van I Ltd op S Ltd ad , nominaal plus , opgebouwde rente na aftrek van eventuele kosten) is het equivalent van , zijnde de liquidatie-uitkering. Die liquidatie uitkering bestaat dus de facto ruwweg uit een uitgekeerde winstreserve van en een koersdaling van ruwweg .

In werd gestart met de liquidatie van I Ltd. In heeft de laatste liquidatie-uitkering plaatsgevonden. Vervolgens moest er nog een aantal juridische zaken afgewikkeld worden (), waardoor I Ltd uiteindelijk in officieel is uitgeschreven uit de . (vereffening voltooid).

Na liquidatie

Na de liquidatie van I Ltd had A BV derhalve een vordering op S Ltd van . A BV heeft deze vordering daarna als kapitaalstorting ingebracht in haar middellijke dochter S (stap 1). Het behandelteam neemt aan dat daar nog een stapje aan vooraf is gegaan, namelijk een kapitaalstorting in a (zie het organogram).

NB. Het aanwezig zijn van een tussenstap (kapitaalstorting in 67 Awr a) kan n.m.m. in de toekomst nog een belang hebben maar heeft in mijn optiek geen invloed op het kunnen nemen van een liquidatieverlies.

Vervolgens is de vordering door 67 Awr S als kapitaalstorting ingebracht in haar dochtervennootschap 67 Awr V; thans: 67 Awr V (stap 2). Deze storting bedroeg 67 Awr 67 Awr. 67 Awr V heeft de vordering op haar beurt weer als kapitaal gestort in de gevoegde dochtermaatschappij 67 Awr (stap 3). Ten slotte heeft 67 Awr I 67 Awr de vordering als kapitaalstorting ingebracht in haar dochtervennootschap S Ltd (stap 4). Aangezien deze laatste vennootschap ook de schuldenaar was, is deze vordering/schuldverhouding door vermenging tenietgegaan.

2. De vraag welke voorligt.

De vraag welke voorligt, is of een liquidatieverlies genomen kan worden in verband met de liquidatie van de deelneming I Ltd. Partijen hebben, naar ik begrijp, overeenstemming over het feit dat de vereffening van de deelneming niet is voltooid in 67 Awr. De aangifte 67 Awr behoeft dus correctie.

De vraag welke rijst is of er een liquidatieverlies genomen kan worden in 67 Awr. De adviseur meent van wel, de inspecteur meent van niet. Meer in het bijzonder gaat het daarbij om de vraag of met succes gesteld kan worden dat de onderneming van de geliquideerde deelneming geheel is gestaakt ofwel is voortgezet door een derde. In dat geval zou immers een liquidatieverlies genomen kunnen worden.

Van de motivering van het standpunt van de adviseur is mij nog niet erg veel bekend. Blijkens het controlerapport is de 'motivering' niet meer dan een rekenkundig overzicht. Ik zou er voor willen pleiten ook een juridische motivering te vragen en daarover zo nodig in gesprek te gaan.

3. De wettekst. Artikel 13d lid 9 VPB

1. De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (liquidatieverlies).

9. Het liquidatieverlies wordt eerst op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid in aanmerking genomen, mits:

a. geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven, anders dan op de voet van dit artikel of artikel 13e, voor:

1°. de belastingplichtige, of een met hem verbonden lichaam;

2°. het lichaam dat of de persoon die de onderneming geheel of gedeeltelijk voortzet, of een met dat lichaam verbonden lichaam;

b. de onderneming van het ontbonden lichaam:

1°. geheel is gestaakt, dan wel

2°. geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam;

c. de omvang van het liquidatieverlies is gebleken en tevens blijkt dat is voldaan aan het bepaalde in de onderdelen a, 1°, en b.

4. Ratio van de deelnemingsvrijstelling en de liquidatieverliesregeling.

De deelnemingsvrijstelling beoogt —onder voorwaarden en omstandigheden— economisch dubbele heffing te voorkomen en beoogt de verlengstukgedachte toe te passen, zie de MvT, 19 968¹.

¹ De in de wet Vpb opgenomen regeling van de deelnemingsvrijstelling stoelt op de gedachte dat in een deelnemingsverhouding zowel winsten als verliezen voor de vennootschapsbelasting slechts éénmaal in aanmerking dienen te worden genomen. Zonder de deelnemingsvrijstelling zou de situatie ontstaan dat bij de dochter belastbare winst ook nog eens bij de moeder zou worden belast. De vrijstelling beoogt heffing over de winst bij de dochter en vrijstelling bij de moeder

De liquidatieverliesregeling beoogt (alsnog) een tegemoetkoming te geven aan de aandeelhouder omdat het geïnvesteerde bedrag, al dan niet ten dele, verloren is gegaan (hetgeen zonder een uitzonderingsbepaling onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen en dus geen aftrekbaarheid op zou leveren) en bovendien de verliezen van de geliquideerde deelneming doorgaans nergens tot uitdrukking komen als gevolg van de liquidatie, zie de MVT 19 968².

--Opmerking.

De regeling bevat echter in mijn optiek diverse complicaties of imperfecties bij de uitwerking van dat gedachtegoed. Het geïnvesteerde bedrag dat voor de aandeelhouder verloren gaat, behoeft qua grootte niet overeen te komen met de omvang van de teloor gegane verliezen (zie ook de eerdere discussie bij de group relief problematiek). Ook zijn er verschillen mogelijk tussen onder meer het lokale verlies van de deelneming en het verlies van de deelneming naar Nederlandse maatstaven..

Wel zou verdedigd kunnen worden dat de omvang van het liquidatieverlies enigszins pragmatisch wordt benaderd door het opgeofferde bedrag en de liquidatie uitkering als uitgangspunt te nemen met daarop een beperkt aantal correcties³. Het daadwerkelijke fiscale verlies –naar welke maatstaven dan ook- van de deelneming lijkt vervolgens weinig betekenis te hebben om het artikel 13d verlies te bepalen; de enige voorwaarde dienaangaande is wel dat alle lokale verliesmogelijkheden teloor gaan bij liquidatie.

5. Een stukje wetsgeschiedenis ter zake van de liquidatieverliesregeling.

Het strookt met de intentie van de deelnemingsvrijstelling, namelijk rekening te houden met een economische verwevenheid van lichamen, het sluitstuk van die regeling — de regeling voor liquidatieverliezen — eerst toe te passen op het moment dat de band tussen de onderneming van het ontbonden lichaam en het concern echt is verbroken, dat wil zeggen eerst bij staking of bij vervreemding van een buitenstaander. Voorgesteld wordt ook bij gedeeltelijk voortzetten van de activiteiten van de ontbonden deelneming in een andere deelneming of in de vorm van een vaste inrichting het liquidatieverlies — in zijn geheel — nog niet in aanmerking te nemen. Bij een sanering waarbij grotere of kleinere delen van de onderneming worden afgesloten, blijft immers de mogelijkheid bestaan de geleden verliezen goed te maken met het resterende deel van de onderneming. Voorts zou een eventuele splitsing van het liquidatieverlies in een wel en in een (nog) niet in aanmerking te nemen deel uitvoeringstechnisch bezwaarlijk zijn.⁴

MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 7.

De regeling voor liquidatieverliezen gaat uit van de premisse dat de desbetreffende vennootschap wordt geliquideerd omdat de daarin uitgeoefende activiteit niet succesvol is gebleken ('failures'). Indien dit uitgangspunt wordt losgelaten, wordt het aan de vrije keuze van de belastingplichtige overgelaten of hij de bij voortzetting van de activiteiten normaliter toepasbare verliescompensatiemogelijkheden bij de dochter wil benutten, dan wel of hij 'tussentijds' een liquidatieverlies wil nemen. Voor dat laatste is, zoals gezegd, geen enkele reden, omdat niet de onderneming doch slechts de juridische huls is geliquideerd; materieel gezien is er niets veranderd. Naar mijn mening is de liquidatieverliesregeling niet bedoeld te fungeren als een regeling voor dit soort reorganisaties, waarbij materieel gezien niets verandert.

MvA, Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 30–31.

Naar mijn indruk moet dit aspect niet worden overschat. Het binnen concernverband voortzetten van een activiteit zal in de regel kunnen worden geconstateerd aan de hand van bijvoorbeeld de voortzetting van een productieproces, het overnemen van de klantenkring, doorgaan van leveranties en het blijven verrichten van diensten. Bij overdracht van bedrijfsmiddelen aan verbonden lichamen kan worden nagegaan in welk kader die vervolgens worden aangewend. Indien de overdracht binnen het concern gepaard gaat met een (wellicht tijdelijke) inkrimping van de activiteit is naar mijn oordeel

² Ten aanzien van een liquidatieverlies zou de vrijstelling haar doel evenwel voorbijgeschieten: zonder een nadere regeling zou een door de dochter geleden verlies verloren gaan omdat dit verlies noch bij de ontbonden dochter noch, op grond van de deelnemingsvrijstelling, bij de moeder in aanmerking zou kunnen komen. Daarom is in artikel 13, vijfde lid, van de Wet Vpb bepaald dat de deelnemingsvrijstelling op een dergelijk verlies geen toepassing vindt. Zo ontstaat een systeem waarbij winsten zowel als verliezen voor de vennootschapsbelasting slechts éénmaal in aanmerking worden genomen.

³ Zie daartoe met name de leden twee en drie van artikel 13d VPB.

nog steeds sprake van voortzetting van de oude onderneming, zij het dan een gedeeltelijke. Ik wil hiermede overigens niet ontkennen dat het in een aantal gevallen wel degelijk lastig kan zijn uit te maken of sprake is van een gehele of gedeeltelijke voortzetting. Maar ik merk daarbij op dat het dagelijks voorkomt, op allerlei gebied, dat een fiscaal-juridische kwalificatie moet worden gegeven aan een complex van feiten. Dit valt nu eenmaal niet te vermijden, indien men recht wil doen aan het uitgangspunt dat een liquidatieverlies slechts in aanmerking genomen kan worden bij daadwerkelijke liquidatie en niet bij de liquidatie van de juridische huls.'

MvA, Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 31.

Voor de vraag wanneer van geheel of nagenoeg geheel staken gesproken kan worden, zullen de van geval tot geval verschillende, feitelijke omstandigheden van beslissende betekenis zijn. Het begrip staken houdt hier overigens, evenals in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 in, een als blijvend te beschouwen beëindigen van het handelen als ondernemer. Het gaat om vennootschappen waarbij de handelingen die zij plachten te verrichten in het kader van de onderneming een einde hebben genomen, zodat een toestand is ingetreden waarvan niet meer kan worden gezegd dat het een organisatie van kapitaal en arbeid is, die is opgebouwd en in stand wordt gehouden met het oogmerk om winst te behalen. Hiervan uitgaande is van staking geen sprake ingeval een lichaam tijdelijk in moeilijkheden verkeert of stilligt, en vervolgens als zodanig wordt voortgezet. Anders zal men moeten oordelen indien men er na het stilleggen toe zou overgaan de voormalige fabrieks-, opslag- of kantoorruimte afzonderlijk te verhuren.

MvA, Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, p. 30 (dit betreft echter de wetsgeschiedenis ter zake van artikel 20 lid 5 oud VPB).

'Ik ben van mening dat, zoals dat steeds het geval is bij de toepassing van de door deze leden genoemde bepalingen en ook blijkt uit de door hen vermelde jurisprudentie, het begrip onderneming moet worden opgevat op een wijze die recht doet aan doel en strekking van de desbetreffende bepaling. Dat betekent dat voor de toepassing van de onderhavige leden het begrip onderneming ruim dient te worden opgevat.

Ingeval bij voorbeeld een lichaam een deelneming heeft in een Nederlandse vennootschap welke activiteit bestaat uit het beleggen in onroerend goed dat (bij voorbeeld in verband met daling van de bedrijfswaarde) een aanmerkelijke afwaardering ondergaat, is het ongewenst dat het lichaam de verliescompensatiemogelijkheden bij die vennootschap waarin zij deelneemt naar willekeur zou kunnen inruilen voor het claimen van een liquidatieverlies, ingeval van overbrenging van de beleggingspanden naar een ander deel van het concern. De hier beschreven situatie onderscheidt zich vanuit het oogpunt van het door mij aanvaardbaar geachte gebruik van de liquidatieverlies-regeling in niets van de situatie waarin de geliquideerde vennootschap een onderneming drijft in de (materiële) zin van artikel 6 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Het begrip onderneming in de genoemde leden 6 en 7 (Bew.: thans: art. 13b en art. 13c), omvat naar mijn mening hier dan ook tevens beleggingsactiviteiten.'

MvA, Kamerstukken II 1989/90, 19 968, nr. 7, p. 40.

--Opmerkingen.

1. Er is expliciet opgemerkt dat de wetgever het begrip 'ondernemen' wenst uit te leggen tegen de achtergrond van doel en strekking van de wet, in casu dus tegen de achtergrond van artikel 13d VPB.

De wetgever wenst geen liquidatieverlies in aftrek toe te laten indien er materieel niets wijzigt behoudens de juridische structuur. Ik herhaal: "Voor dat laatste is, zoals gezegd, geen enkele reden, omdat niet de onderneming doch slechts de juridische huls is geliquideerd; materieel gezien is er niets veranderd".

In de tekst van de wetsgeschiedenis komt een aantal keren het begrip 'activiteit' terug maar ook het begrip 'ondernemen' of 'onderneming'. Afhankelijk van de context is het begrip 'onderneming' in de aangehaalde wetsgeschiedenis in mijn optiek als een synoniem van het begrip activiteit te beschouwen of kan het begrip worden beschouwd als een voorbeeld van een activiteit, namelijk een materiële (IB) onderneming.

Daarnaast is expliciet opgemerkt dat het materiële begrip 'beleggen' deel uitmaakt van het begrip 'ondernemen' in de zin van 13b, 13c en 13d. Ik citeer nogmaals: Ingeval bij voorbeeld een lichaam (...) welke activiteit bestaat uit het beleggen in onroerend goed(...), is het ongewenst dat het lichaam de verliescompensatiemogelijkheden bij die vennootschap waarin zij deelneemt naar willekeur zou kunnen inruilen voor het claimen van een liquidatieverlies. De hier beschreven situatie onderscheidt zich vanuit het oogpunt van het door mij aanvaardbaar geachte gebruik van de liquidatieverlies-regeling in niets van de situatie waarin de geliquideerde vennootschap een onderneming drijft (...).

Naar ik meen bevat de ratio en de wetsgeschiedenis van artikel 13d voldoende steun voor de conclusie dat het begrip 'onderneming' een zelfstandige uitleg krijgt voor de toepassing van artikel 13d lid 9.

Wellicht ten overvloede, het gaat dus om een tekstuele uitleg welke recht doet aan de strekking van de regeling en aan de wetsgeschiedenis. Dat leidt ertoe dat het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 13d lid 9 mede het materiële begrip 'beleggen of belegging' omvat.

2. De eis dat de onderneming is gestaakt ofwel is voortgezet door een ander dan de belanghebbende of een daarmee verbonden lichaam heeft naar mijn mening diverse redenen:

Allereerst dient deze eis te voorkomen dat belanghebbende (tussentijds) verlies kan nemen hoewel er materieel weinig verandert; het gaat daarbij om situaties waarbij min of meer slechts de juridische vorm of structuur verandert waarin de activiteit plaatsvindt.

Ten tweede dient de eis te voorkomen dat belanghebbende een verlies neemt op haar (geliquideerde) deelneming terwijl de activiteit zelf wordt voortgezet en weer winst kan gaan genereren bij een andere deelneming van belanghebbende waardoor de deelnemingsvrijstelling op de waarde toename van toepassing is, bijvoorbeeld indien een zustervenootschap van de (geliquideerde) deelneming de activiteit voortzet.

Ten derde dient de eis te voorkomen dat het verlies met enige willekeur kan worden genomen in het land van de deelneming of in het land van de aandeelhouder⁴. Dit zou kunnen leiden tot een onaanvaardbare wijze van tax planning door bijvoorbeeld de verliezen te laten vallen in het land waar deze tegen het hoogste tarief afgezet kunnen worden.

6. Intermezzo, het ondernemingsbegrip in bredere context.

a. In de IB kunnen activiteiten die zich afspelen in het economische verkeer drie kwalificaties krijgen:
Winst uit een materiële onderneming.
Resultaat uit overige werkzaamheden.
Resultaat uit beleggen.

b. Voor de VPB speelt weliswaar artikel 2 lid 5 VPB⁵ een rol, maar in een (groot) aantal bepalingen in de VPB wordt het ondernemingsbegrip meer materieel benaderd.

Zo sluit de Hoge Raad, 41 711, BNB 2007/83 aan bij het ondernemingsbegrip van artikel 6 IB (oud) en wordt afgewezen dat onder het ondernemingsbegrip in de VPB, althans voor artikel 20 lid 5 VPB (oud) ook activiteiten worden begrepen die in de IB als andere inkomsten uit arbeid of resultaat uit overige werkzaamheden kwalificeren. De Hoge Raad overwoog:

⁴ Indien dit uitgangspunt wordt losgelaten, wordt het aan de vrije keuze van de belastingplichtige overgelaten of hij de bij voortzetting van de activiteiten normaliter toepasbare verliescompensatiemogelijkheden bij de dochter wil benutten, dan wel of hij 'tussentijds' een liquidatieverlies wil nemen. Voor dat laatste is, zoals gezegd, geen enkele reden, omdat niet de onderneming doch slechts de juridische huls is geliquideerd; materieel gezien is er niets veranderd. Naar mijn mening is de liquidatieverliesregeling niet bedoeld te fungeren als een regeling voor dit soort reorganisaties, waarbij materieel gezien niets verandert.
MvA, Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 30-31.

⁵ De lichamen, vermeld in het eerste lid, onderdelen a, b, c en d, worden geacht hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen.

“Zoals onder meer volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 25 oktober 2000, nr. 35 695, [BNB 2000/388](#), dient bij de beantwoording van de vraag welke maatstaf moet worden aangelegd bij de beoordeling of sprake is van een onderneming in de zin van artikel 20, lid 5, van de Wet, aansluiting te worden gezocht bij het ondernemingsbegrip van artikel 6, lid 1, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Mitsdien kan aan het enkele feit dat bepaalde activiteiten normaal vermogensbeheer te boven gaan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat sprake is van een onderneming in de zin van artikel 20, lid 5, van de Wet”.

In [BNB 2010/125](#) oordeelt de Hoge Raad wederom over het begrip ‘onderneming’ in de zin van artikel 20 lid 5 VPB oud.

-3.3. Het Hof heeft terecht als uitgangspunt genomen dat bij de beantwoording van de vraag welke maatstaf moet worden aangelegd bij de beoordeling of sprake is van een onderneming in de zin van artikel 20, lid 5, van de Wet, aansluiting dient te worden gezocht bij het ondernemingsbegrip van artikel 6, lid 1, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (vgl. HR 25 oktober 2000, nr. 35 695, L.J.N. AA7843, [BNB 2000/388](#) [BNB 2000/388](#), en HR 8 december 2006, nr. 41 711, L.J.N. AW2207, [BNB 2007/83](#) [BNB 2007/83](#)). Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat de activiteiten van de Groep tezamen en in vereniging naar hun aard moeten worden beschouwd als het drijven van een onderneming zoals bedoeld in artikel 6 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, en dat de activiteiten die belanghebbende uitoefende geheel en al plaatsvonden ter uitvoering van de beslissing van de Groep om een belangrijk activum van die onderneming te verkopen. Deze oordelen worden in cassatie niet bestreden. Het Hof heeft aan deze oordelen de conclusie verbonden dat belanghebbende een onderneming dreef, kennelijk omdat belanghebbende ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de Groep een wezenlijke functie vervulde. Dit oordeel van het Hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is voor het overige van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, zodat het in cassatie niet met vrucht kan worden bestreden.

c. In mijn optiek is de fictie van artikel 2 lid 5 VPB echter zo wie zo al niet van betekenis voor de deelnemingsvrijstelling⁶. Het is bij zowel de aandeelhouder alsook bij de deelneming onder omstandigheden blijkens de wetsgeschiedenis van belang of een onderneming wordt gedreven dan wel of er wordt belegd⁷. Dit duidt er op dat het begrip materieel dient te worden opgevat en niet zonder meer aansluit bij de invulling van artikel 2 lid 5 VPB.

⁶ Ware dit anders dan zou bovendien een niet te rechtvaardigen onderscheid ontstaan naar gelang een deelneming al dan niet naar Nederlands recht is opgericht.

⁷ Zie bijvoorbeeld MvT 32 129 (OFM 2010) met onder meer het volgende:

Sommige deelnemingen kunnen naar hun aard alleen als belegging worden gehouden, omdat het lichaam waarin wordt deelgenomen belegt. Dit is onder meer het geval bij een deelneming in een beleggingsmaatschappij met een bijzonder regime zoals een fiscale beleggingsinstelling, een vrijgestelde beleggingsinstelling of een daarmee vergelijkbare buitenlandse instelling(....).

Ook een deelneming in een lichaam dat een (actieve) onderneming drijft, kan als belegging worden gehouden, indien deze deelneming wordt aangehouden met het oog op het behalen van een beleggingsrendement(...)

Ook indien de belastingplichtige een houdstervennootschap is die een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van een groep, zal deze het belang niet als belegging houden.

Indien sprake is van een tophoudster die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep, zal deze tophoudster de aandelen niet als belegging houden(.....).

Een andere situatie die zich kan voordoen betreft een belastingplichtige die belangen houdt in één of meerdere lichamen die niet middellijk of onmiddellijk beleggen, zonder dat sprake is van een houdsterfunctie binnen een groep. Een dergelijke belastingplichtige heeft dan meer het karakter van een participatiemaatschappij. In die situatie zal moeten worden getoetst of de belastingplichtige als zodanig een onderneming drijft. Daartoe moet worden getoetst of de werkzaamheden van de belastingplichtige het normale vermogensbeheer te boven gaan. Een belangrijk criterium in dit verband is of de belastingplichtige bijvoorbeeld door zitting in het dagelijks bestuur van de vennootschap waarin het belang wordt gehouden, een beleidsvormende, financiële en bestuurlijke invloed kan uitoefenen.

d. Zoals al geschetst bij punt 5 acht ik het pleitbaar dat het ondernemingsbegrip in de zin van artikel 13d VPB een invulling krijgt welke zo goed mogelijk aansluit bij de ratio van 13d VPB.

Zoals bij punt 5 al geschetst, meen ik dat zowel het materiële ondernemingsbegrip alsook het materiële beleggingsbegrip deel uitmaken van het begrip 'ondernemen' in de zin van artikel 13d lid 9.

De vraag komt op of de bepalingen over houdsteractiviteiten nog meer of zelfs een ander licht werpen op dit begrip 'onderneming'.

Over de houdstervennootschappen is onder meer het volgende naar voren gebracht in de wetsgeschiedenis. "Ook indien de belastingplichtige een houdstervennootschap is die een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van een groep, zal deze het belang niet als belegging houden. Indien sprake is van een tophoudster die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein een wezenlijke functie vervult ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de groep, zal deze tophoudster de aandelen niet als belegging houden (.....)", aldus de MvT (OFM 2010).

In Hoge Raad 41 463, BNB 2007/149, werd onder meer overwogen dat:

-4.3.3. Op grond van het bepaalde in artikel 15, lid 1, van de Wet wordt in het daar bedoelde geval, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, de belasting van een moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan. Dit 'opgaan' in de moedermaatschappij houdt in dat de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij voortaan rechtstreeks aan de moedermaatschappij worden toegerekend, zodat de dochtermaatschappij fiscaal geen winst meer behaalt, noch verlies lijdt, en de uitkomsten van haar bedrijfsvoering voortaan fiscaal uitsluitend de moedermaatschappij aangaan. Aldus wordt ten behoeve van vennootschappen die daarom verzoeken, een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat elk belastingplichtig lichaam zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken. Er is geen grond aan die uitzondering een wijdere strekking toe te kennen dan het hiervoor omschreven gevolg voor de verzoekende vennootschappen, zodat de opvatting dat het bestaan van een fiscale eenheid tussen bepaalde vennootschappen mede gevolg kan hebben voor de wijze waarop een niet tot die fiscale eenheid behorende vennootschap in de belastingheffing wordt betrokken, niet kan worden aanvaard.

-4.3.4. Gelet hierop kan de voortzetting van de activiteiten van B, C en D door de drie hiervoor onder 4.1.2 bedoelde lichamen niet worden aangemerkt als een voortzetting van de onderneming van A Holding zoals bedoeld in artikel 13d, lid 8, aanhef en letter b, van de Wet. Het middel slaagt dus.

-4.3.5. Aangaande de vraag of belanghebbende ter zake van de liquidatie van A Holding een liquidatieverlies in aanmerking kan nemen, heeft het volgende te gelden. Niettegenstaande het onder 4.3.4 overwogene, dient zich de vraag aan of het houden van de aandelen door belanghebbende in de drie vennootschappen die de activiteiten van B, C en D hebben voortgezet, moet worden aangemerkt als de voortzetting van de voorheen door A Holding uitgeoefende houdsteractiviteiten. Het antwoord op deze vraag kan evenwel in het midden blijven nu belanghebbende zich met recht heeft beroepen op het Besluit van de Staatssecretaris van 17 februari 1997, nr. DB96/4136M, BNB 1997/128BNB 1997/128. In dat besluit merkt de Staatssecretaris namelijk op dat 'houdsteractiviteiten geen aanleiding geven tot het constateren van een voortgezette onderneming; dergelijke activiteiten hebben hun effect op het liquidatieverlies via artikel 13d, vierde lid, van de Wet en niet via artikel 13d, achtste lid jo. artikel 13e van de Wet'. Mitsdien kan belanghebbende, nu ook niet enige andere rechtsregel daaraan in de weg staat, ter zake van de liquidatie van A Holding een liquidatieverlies in aanmerking nemen.

Besluit 2010/2154:

In dit verband merk ik op dat houdsteractiviteiten geen aanleiding geven tot het constateren van een voortgezette onderneming; dergelijke activiteiten hebben hun effect op het liquidatieverlies via artikel 13d, vierde lid, van de Wet Vpb, en niet via artikel 13d, negende lid j°. artikel 13e van de Wet Vpb.

In mijn optiek laat deze laatste uittaling zich op verschillende manieren uitleggen. Een houdsteractiviteit is (i) per definitie geen onderneming, (ii) een houdsteractiviteit is wel(licht) een onderneming maar er is geen sprake van een voortzetting omdat de voortzettingseis van lid 9 wordt 'overruled' middels een lex specialis in de vorm van artikel 13d lid 4 VPB.

Deze tweede uitleg acht ik plausibeler, onder meer omdat een houdstervennootschap in ieder geval onder omstandigheden wel degelijk een materiële onderneming drijft.

7. De voorliggende casus.

De deelneming welke als bezitting slechts een concern vordering heeft, wordt geliquideerd. De deelneming liquideert en het enige bezit van de deelneming is een uitstaande vordering; die vordering vormt de liquidatie uitkering. Die vordering wordt vervolgens door belanghebbende overgebracht c.q. ingebracht in een (andere) deelneming. Na een reeks van kapitaalstortingen vindt schuldvermenging plaats van de schuldvordering bij de debiteur.

--Het criterium waaraan volgens mij getoetst dient te worden is of de onderneming is voortgezet; bij het begrip 'onderneming' in de zin van artikel 13d lid 9 VPB is van belang dat dit begrip ook (het materiële) beleggen omvat. Zoals ik al eerder opmerkte, meen ik dat de ratio van de liquidatieverliesregeling en de wetsgeschiedenis voldoende steun bieden voor de conclusie dat het begrip 'onderneming' een zelfstandige uitleg krijgt voor de toepassing van artikel 13d lid 9.

In het voorliggende geval was bij de start sprake van een activiteit die materieel --zo neem ik althans vooralsnog aan-- geen onderneming oplevert *in de zin van artikel 20 lid 5 VPB oud en artikel 6 IB oud (hierna: materiële onderneming)*, doch die constatering is mijns inziens niet relevant. De vordering is geen materiële onderneming doch vormt een belegging in ^{67 Awr}. Uit niets (b)lijkt immers dat sprake is van een inbreng van arbeid die kwalitatief of kwantitatief uitstijgt bij hetgeen bij normaal vermogensbeheer passend is. Het blote feit dat er wellicht wat meer (valuta) risico wordt gelopen, maakt dit naar mijn mening niet anders⁸. Naar ik heb toegelicht is dit onderscheid tussen materieel beleggen en ondernemen echter niet van belang voor artikel 13d lid 9.

--Indien wij het onderscheid beleggen en ondernemen toch van belang achten dan zou ik nog willen bepleiten dat de geliquideerde deelneming wel een materiële onderneming dreef omdat zij een wezenlijke functie uitoefent ten dienste van de groep. Ik vind steun voor die benadering in de volgende overweging van de Hoge Raad in BNB 2010/125:

"Het Hof heeft aan deze oordelen de conclusie verbonden dat belanghebbende een onderneming dreef, kennelijk omdat belanghebbende ten dienste van de bedrijfsuitoefening van de Groep een wezenlijke functie vervulde".

Gesteld zou dan kunnen worden dat I Ltd. geen andere activiteit ontplooiëde dan het (op instigatie van andere groepsvennootschappen) verstrekken van een lening aan een verbonden lichaam. Dusdoende vervulde I Ltd. niet zo zeer een zelfstandige functie in het maatschappelijk verkeer doch veeleer een functie binnen een groter conglomeraat van verbonden vennootschappen dat gezamenlijk wel degelijk een objectieve onderneming dreef. Het vervullen van een dergelijke functie ten dienste van de groep kan met het drijven van een onderneming gelijk worden gesteld in de zin van artikel 20 lid 5 VPB (oud) en artikel 13d lid 9.

--In mijn optiek is er voor de toepassing van artikel 13d lid 9 VPB vervolgens een toets, namelijk welke activiteit is er op het start moment (wat heeft de deelneming kort voor het ontbinden) en welke activiteit is er op het eind moment (wat resteert er binnen de groep verbonden lichamen van de activiteit van de ontbonden vennootschap). Bij de aanvang was er een activiteit die gekwantificeerd dient te worden en na de liquidatie resteert er -onder omstandigheden- nog een activiteit die in dat geval ook gekwantificeerd dient te worden. Is die activiteit vrijwel geheel gestaakt --kortweg 95% of meer- dan is verliesneming mogelijk, zie daartoe het Besluit 5.9.2.1..

⁸ Zie daartoe ook de leidraad beleggen of ondernemen van de AFM.

Zie tevens bijvoorbeeld BNB 1994/319.

Verder betoogt Stevens onder meer: 'Voor een onderneming is, behalve de duurzame organisatie, nodig dat meer arbeid wordt verricht dan voor normaal vermogensbeheer gebruikelijk is. Bij bedrijfsmatige exploitatie moet een kennelijk streven aanwezig zijn om, in een grotere omvang of kwaliteit dan bij vermogensbeheer gebruikelijk is, eigen arbeidskracht, eigen ervaring, eigen capaciteiten of relaties rendabel te maken (HR 1 februari 1995, BNB 1995/79BNB 1995/79). De omvang en aard van de werkzaamheden ter zake van de verhuur van een aantal panden was bepalend voor de afbakening tussen normaal vermogensbeheer en ondernemerschap in HR 29 mei 1996, BNB 1996/232BNB 1996/232 (idem eerder: HR 17 augustus 1994, BNB 1994/319BNB 1994/319).'

De activiteit van de deelneming voor de ontbinding en na de ontbinding wordt aanvankelijk binnen de groep verbonden lichamen echter wel in ongewijzigde vorm voortgezet. Er is kwalitatief noch kwantitatief enige wijziging. Het past in mijn optiek niet bij de ratio in casu een liquidatieverlies in aftrek toe te staan. Belanghebbende neemt aanvankelijk zelf de activiteit geheel over van de geliquideerde deelneming. De band van het activum met het concern is nog niet verbroken; van een definitieve failure is (nog) geen sprake.

--Vervolgens doet zich de rariteit voor dat belanghebbende de activiteit overdraagt aan een verbonden lichaam. Deze draagt de activiteit ook weer over tot die terecht komt bij de schuldenaar en er schuldvermenging optreedt. De vraag zou kunnen opkomen of de activiteit door het concern op dat moment wel/niet geheel is gestaakt.

Aan die vraag komen wij naar mijn mening echter niet toe. Indien de activiteit uiteindelijk gestaakt zou zijn dan is dat gebeurd door S Ltd. Die vennootschap is echter niet geliquideerd. Als ik het goed zie, kan er derhalve geen liquidatieverlies worden genomen.

Artikel 13e VPB lid 1 en lid 2 luidt immers:

1. Indien de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of gedeeltelijk is voortgezet door de belastingplichtige wordt het op de voet van artikel 13d berekende liquidatieverlies in aanmerking genomen zodra de onderneming door de belastingplichtige geheel is gestaakt, of geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een ander dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 13d, negende lid, onderdelen a en c.

2. Indien de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of gedeeltelijk is voortgezet door een verbonden lichaam waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam deelneemt, wordt het voor de verkrijging van die deelneming opgeofferde bedrag verhoogd met het ten aanzien van het ontbonden lichaam op de voet van artikel 13d berekende liquidatieverlies, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 13d, negende lid, onderdelen a en c.

--Bij deze benadering wordt dus wel rekening gehouden met de verschillende juridische stappen in het proces en wordt niet het eindplaatsje direct vergeleken met de begin situatie met het negeren van alle tussenstappen. Ik meen overigens dat het negeren van de tussenstappen in dit geval niet goed denkbaar is (de tussenstappen zijn steeds juridisch noodzakelijk om überhaupt te kunnen komen tot schuldvermenging).

8. Andere invalshoeken.

- Indien wordt verondersteld --in afwijking van vorenstaande- dat het begrip ondernemen in de zin van artikel 13d lid 9 slechts het materiële IB begrip onderneming behelst dan kan het volgende worden opgemerkt.

De deelneming heeft dan nimmer een onderneming gehad in de zin van artikel 13d lid 9 doch zij was slechts aan het beleggen. In dat geval kan worden betoogd dat zij niet voldoet aan de grammaticale eis dat de deelneming haar onderneming heeft gestaakt. Zij had immers geen onderneming, dus heeft zij deze ook niet gestaakt. In dat geval kan voor dergelijke situaties nimmer een verlies worden genomen.

Ik onderken dat dit --voor zover mij bekend- niet de bedoeling is van de wetgever. Ik hecht er toch aan de stelling naar voren te brengen omdat het scherp(er) maakt dat ofwel de ratio en wetsgeschiedenis prevaleren, alsdan kan (nog) geen liquidatieverlies worden genomen, ofwel de wettekst prevaleert (bij een strikt grammaticale uitleg kan dan in het voorliggende geval geheel geen verlies worden genomen).

- Een andere invalshoek betreft de TP. Er is vermoedelijk ruwweg 67 Awr ontvangen aan rente (de winstreserve is immers 67 Awr en dat is de rente na belasting). De hoofdsom is 67 Awr en die staat vermoedelijk ruwweg 67 Awr varen uit.

Indien de rente (onzakelijk) te laag is geweest, dan heeft dat invloed op het liquidatieverlies. Overigens is een aanwijzing van een te lage rente voor mij niet direct aanwezig.

Bij gebrek aan gegevens ga ik niet te diep in op deze 'route'. Wel breng ik naar voren dat I Ltd. vanuit haar perspectief geen valutarisico loopt maar belanghebbende wel. Belanghebbende zou –normaliter- ter compensatie van het valutarisico dus een hoger rendement willen hebben op het ingelegde eigen vermogen.

Daarnaast komt de vraag op belanghebbende in zakelijke verhoudingen zou hebben kunnen eisen dat bijvoorbeeld de ultieme moeder vennootschap het valutarisico afdicht voor haar.

NB. *Belanghebbende krijgt in mijn visie geen liquidatieverlies. Wellicht kan het concern zonder veel belastingdruk elders (67 Awr) de rentebate bij I Ltd. alsnog verhogen en de rentelast bij S Ltd.*

- Verder kan worden opgemerkt dat S Ltd. een valutaverlies zou hebben geleden indien zij de schuld had afbetaald. Door de thans gevolgde 'route' te bewandelen van schuldvermenging wordt dat verlies in de opzet van belanghebbende (i) of omgezet in een liquidatieverlies voor belanghebbende doch daarvoor is de liquidatieverliesregeling niet bedoeld (*MvA, Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 30-31.*) of (ii) wordt het verlies twee keer verantwoord, namelijk bij belanghebbende en bij S Ltd.

NB. *Voor de beeldvorming is het wellicht aardig navraag te doen naar hetgeen er in Denemarken is verantwoord.*

- Artikel 28b wet VPB vermeldt het volgende:
Indien de belastingplichtige een negatief valutaresultaat uit hoofde van een deelneming ten laste van de winst brengt, of heeft gebracht, en dit negatieve valutaresultaat daadwerkelijk in het jaar of enig voorafgaand jaar ten laste van de winst komt, of is gekomen, vindt in het jaar, in afwijking in zoverre van [artikel 13, eerste lid](#), de deelnemingsvrijstelling geen toepassing op opgekomen positieve valutaresultaten uit hoofde van deelnemingen.

In de NnaV staat echter het volgende:

Voorts vragen de leden van de fractie van het CDA hoe de tussenregeling uitwerkt in geval een valutaverlies in aftrek wordt gebracht als onderdeel van een in aanmerking te nemen liquidatieverlies. Hetzelfde wordt door deze leden gevraagd voor een door een vennootschap gehouden belang in een beleggingsinstelling of niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. De voorgestelde regeling is niet van toepassing op liquidatieverliezen waarin een valutaverlies besloten zit, dan wel een belang in een beleggingsdeelneming of niet-kwalificerende beleggingsdeelneming waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Dergelijke valutaverliezen zijn op basis van de huidige wet namelijk al aftrekbaar. Binnen doel en strekking van de tussenregeling, te weten het creëren van een evenwichtige belastingheffing ingeval valutaverliezen – waarvan het standpunt wordt ingenomen dat deze onder de deelnemingsvrijstelling vallen – toch aftrekbaar blijken te zijn, past het dan ook niet om deze van toepassing te laten zijn op een eventueel liquidatieverlies dan wel een belang in een beleggingsdeelneming of niet-kwalificerende beleggingsdeelneming.

Artikel 28b kan naar mijn mening niet een aanknopingspunt bevatten om het liquidatieverlies niet te aanvaarden. Het zou wellicht kunnen leiden tot het belasten van valutawinsten uit andere deelnemingen, maar die visie zou haaks staan op de bedoeling van de wetgever.

9.De verhouding met het Besluit 2010/2154.

'Ik merk in de eerste plaats op dat een onderneming niet gedeeltelijk is voortgezet indien de onderneming geheel is gestaakt; daarbij wordt het gestaakt zijn van een onderneming opgevat overeenkomstig artikel 20, vijfde lid, Wet Vpb (tekst tot 1 januari 2001), thans artikel 20a, negende lid, onderdeel a, Wet Vpb. Voorts behoeft er naar mijn mening in twijfelgevallen geen gedeeltelijke voortzetting te worden aangenomen:

a.
indien de voortgezette activiteiten kwalitatief bijkomstig en qua omvang gering, dat wil zeggen minder dan 5%, zijn ten opzichte van de onderneming van het ontbonden lichaam. Kwalitatief bijkomstig wil in dit verband zeggen dat het geen speerpuntactiviteit van het concern mag zijn die op het moment van liquidatie kwantitatief nog niet

veel voorstelt maar als veelbelovend is aan te merken, hetgeen ook de reden is om deze activiteiten in het kader van de liquidatie niet te beëindigen of te verkopen, maar elders binnen het concern voort te zetten.

b.

Indien de voortgezette activiteiten de functie hebben van voorbereidende of hulpactiviteiten in de onderneming van het ontbonden lichaam. Een voorbeeld hiervan is het onderbrengen van resterende service- c.q. garantieactiviteiten van het ontbonden lichaam elders binnen het concern.

c.

vanwege de enkele omstandigheid dat de omzet van de geliquideerde dochter wordt verdeeld door de markt met als gevolg dat een deel daarvan weer aan het concern toevalt.

Slechts indien van die omzet een duidelijk meer dan evenredig deel toevalt aan het resterende concern valt hieraan enige steun te ontleen voor de stelling dat sprake is van gedeeltelijke voortzetting binnen concern.'

Van der Geld schrijft (deelnemingsvrijstelling pagina 164):

"De staatssecretaris is van mening dat het in de voortzettingbepaling gehanteerde begrip onderneming ruim dient te worden opgevat en dan ook tevens beleggingsactiviteiten omvat".

Martens meent dat indien slechts een beleggingsactiviteit overblijft er geen sprake is van een voortzetting van een onderneming.

De vraag komt op of het Besluit een handvat biedt voor een eventuele stelling dat het begrip onderneming in de zin van artikel 13d lid 9 materieel opgevat dient te worden conform artikel 20 lid 5 VPB (oud) of artikel 6 IB (oud). Dienaangaande breng ik het volgende naar voren.

a. Indien de tekst van het Besluit op dit punt in zijn context wordt gelezen, heeft de Besluitgever slechts bedoeld om toelichting te geven op de situatie dat er een materiële IB onderneming is als startpositie, waarna wordt uitgelegd en goedgekeurd dat voortzetting niet wordt aangenomen bij een uiterst geringe resterende activiteit. Zo bezien zegt het Besluit echter niets over de situatie dat er van belegging (start) naar belegging (voortgezette positie) wordt gegaan.

b. Indien het Besluit (meer) aan wil sluiten bij het begrip onderneming in de zin van artikel 20 lid 5 VPB (oud) dan kan worden opgemerkt dat daarvan ook deel uitmaakt "het vervullen van een wezenlijke functie ten dienste van de groep die als geheel een onderneming drijft". Die functie is in casu het verstrekken van een groepslening, welke functie na liquidatie van de deelneming geheel is voortgezet door aanvankelijk de belanghebbende. Van staking of overdracht aan een derde is geen sprake; het Besluit kan niet vertrouwen wekken dat wel een liquidatieverlies genomen kan worden zonder dat de activiteit afneemt.

c. Daarnaast zou echter ook nog kunnen worden bepleit, hetgeen bijvoorbeeld ook Albert doet, dat de verwijzing naar art. 20, lid 5 (oud), thans art. 20a-9a, slechts betrekking heeft op hoe het begrip staking in te vullen, hoe dat begrip te toetsen. Het ziet echter niet op de vraag *wat* er gestaakt zou moet zijn, een materiële onderneming of beleggingsactiviteiten.

Indien de tekst van het Besluit dus slechts iets zou willen verduidelijken over het begrip staken en niet over het begrip ondernemen, dan zal er voor situaties waarin er van belegging (start) naar belegging (voortgezette positie) wordt gegaan geen sprake kunnen zijn van gewekt vertrouwen dat er een liquidatieverlies verantwoord kan worden..

10. Conclusie.

Het liquidatieverlies in 67 Awr kan niet in aftrek worden gebracht.

5.1.2e

13 januari 2015.

De kennisgroep is niet eensgezind, gelet op de afgesloten periode wordt echter akkoord gegaan met het preadvies van 5.1.2e

Van: 5.1.2e GO/BLD
Aan: 5.1.2e GO/BLD@Belastingdienst
Cc: 5.1.2e GO/BLD@Belastingdienst, 5.1.2e GO/BLD@Belastingdienst
Datum: 12-03-2015 09:59
Onderwerp: Vraag: Onderworpenheid en Belgische "long-term capital gain tax"

Dag 5.1.2e,

buiten verzoek

Vraag is of de in 2014 in België ingevoerde heffing op gerealiseerde meerwaarden op aandelen door grote vennootschappen voor de beoordeling van de onderworpenheidstoets bij de deelnemingsvrijstelling kan worden gerekend tot de winstbelasting aldaar.

Feiten:

Voor een meer uitgebreide feitenweergave verwijs ik naar bijgaand stuk.

Het gaat om de deelneming van BV in BVBA. Na verkoop/verhanging van de kleindochter Ltd kan de deelnemingsvrijstelling voor BVBA alleen worden afgegeven op basis van de onderworpenheidstoets.

In BVBA zitten alleen nog maar interne vorderingen/schulden.

Het resultaat van BVBA voor het boekjaar 67 Awr is als volgt:

A	Verkoopwinst	67 Awr	67 Awr
B	Interestbaten op gelieerde vorderingen	67 Awr	67 Awr
C	Interestlasten op de PPL aan BV	67 Awr	67 Awr

Om de minimum vereiste 10% effectieve belastingdruk te kunnen bepalen, is nodig te beoordelen hoe deze onderdelen onder Nederlandse normen zou worden belast.

Ad A Gebaseerd op de NL standaard zou de verkoopwinst vrijgesteld zijn onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling

Ad B De interestbaten zouden belastbaar zijn voor de Vpb in NL

Ad C De interestlasten op de PPL zouden niet aftrekbaar zijn in NL sinds de lening op basis van jurisprudentie in NL (BNB 1998/208) als eigen vermogen kwalificeert en de rente als niet-aftrekbare verstrekkingen zouden zijn aan te merken.

In maart 2014 is het grootste deel van deze PPL terugbetaald aan BV, op 67 Awr na.

Gebaseerd op de NL standaard zou de belastbare winst in NL 67 Awr bedragen.

Om te voldoen aan de effectieve belastingdruk van >10%, zou de belasting tenminste 67 Awr 67 Awr moeten zijn.

Met betrekking tot het bepalen van de Belgische belasting op het niveau van BVBA in

67 Awr, is aangegeven dat de winst op de verkoop van de UK Ltd. onderworpen was aan Belgische lange termijn verkoopwinstbelasting van 67 Awr% wat heeft geresulteerd in een verschuldigde winstbelasting aldaar van 67 Awr

Om tenminste op het niveau van een verschuldigde winstbelasting aldaar van 67 Awr te komen, zou een aanvullend bedrag aan winstbelasting van 67 Awr voldoende moeten zijn voor de toepassing van de onderworpenheidstoets.

Om dit te bereiken zal BVBA alleen een partiële notionele interestverlaging van 67 Awr claimen Dit zal resulteren in een bedrag van Belgische winstbelasting van 67 Awr (i.e.

67 Awr van de balans van 67 Awr -/- 67 Awr -/- 67 Awr) dat i.c.m. de 67 Awr resulteert in een effectieve belastingdruk van >10% naar NL maatstaven.

Op dit moment is BVBA bezig met het aansturen op een effectief tarief van 67 Awr % (wat resulteert in een minimum verschuldigde Belgische winstbelasting van 67 Awr).

Beschouwing:

Het (deels) afzien van het notionele interest regime om de voldoen aan de onderworpenheidstoets is al eerder goedgekeurd in DVS 14025.

In casu is echter ook de heffing over de meerwaarde van de aandelen nodig om te komen aan een heffing van meer dan 10%.

De heffing over de meerwaarde van aandelen is een inbreuk op de in België bestaande vrijstellingsregime op aandelen (deelnemingsvrijstelling). De heffing is niet verwerkt als een aparte belasting (zoals bijvoorbeeld vroeger de kapitaalbelasting) maar als onderdeel van het Belgische Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (Wet IB België). De heffing wordt (m.i.v. aanslagjaar 2014) ook in gewone aanslag verwerkt. Naar mijn mening kwalificeert deze heffing dan ook als een belasting naar de winst en kan ze meegenomen worden voor de beoordeling van de onderworpenheidstoets.

Is de kennisgroep het hiermee eens.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

5.1.2e

Deze casus is in lijn met eerder casus, zie b.v. dvs12030 ^{67 Awr} en dvs09058 ^{67 Awr} Het verlies gaat onderdeel uitmaken van de aankoopprijs van de deelneming.

De volgende vraag komt op in bezwaarfase. Er is nog geen aandacht besteed aan de vraag of de hedge 'an sich' zakelijk is.

Feiten

Op ^{67 Awr} heeft belanghebbende ^{67 Awr} van de aandelen in het kapitaal van D van een derde verworven. Een deel van de overnamesom van deze aandelen is verschuldigd gebleven in de vorm van een earn-out-verplichting waarop artikel 13, lid 6 Wet Vpb van toepassing is. De hoogte van het uiteindelijk verschuldigde bedrag is afhankelijk van de opbrengsten, de EBITDA, rentedragende schulden en liquide middelen van D in de periode na verkoop.

Belanghebbende hanteert de ^{67 Awr} als functionele valuta. De verplichtingen die voortvloeien uit de earn-out afspraak luiden in EURO. Om de valutarisico's met betrekking tot de earn-out te beperken heeft belanghebbende verschillende hedge contracten met een verbonden partij afgesloten (deze partij functioneert als een interne bank voor de gehele groep).

In de aangifte vennootschapsbelasting ^{67 Awr} is een bedrag van ^{67 Awr} ten laste van het resultaat gebracht. Dit resultaat is behaald met het afdekkingsinstrument. De koers van de € ten opzichte van de ^{67 Awr} is namelijk gedaald.

Vraag

Het is de vraag of eerdergenoemd resultaat tot een aftrekbaar verlies leidt. Hiervan is in ieder geval geen sprake indien de resultaten op het hedge-instrument meegenomen moeten worden bij het bepalen van de koopsom van de deelneming of indien dit resultaat los moet worden meegenomen bij de earn-out-regeling als waardeverandering van het recht.

Beschouwing

buiten verzoek

buiten verzoek

buiten verzoek

Ik verneem graag de mening van de kennisgroep deelnemingsvrijstelling.

5.1.2e

24-4-2015

Onderwerp: Betr: Fw: bezwaarschrift 67 Awr Holding B.V.

Van:

Aan:

5.1.2e

5.1.2e

Datum: 02-09-2015 12:38

Beste 5.1.2e

Op verzoek van 5.1.2e reageer ik hierbij op onderstaande casus. (Holding = crediteur, BV = debiteur)

1. Opmerkingen vooraf

1. Begrijp ik het goed, dan is de onderhavige lening, zoals de adviseur betoogt, formeel weliswaar ontstaan na de ontvoeging op 67 Awr maar moet die lening materieel als de 'rechtsopvolger' worden gezien van een tijdens de FE tussen Holding en BV aangegroeide en op het tijdstip van de ontvoeging nog bestaande, vermoedelijk niet schriftelijk vastgelegde, R/C-vordering.

2. Ik neem verder aan dat ter zake van de lening geen (adequate) zekerheden zijn overeengekomen. Ik heb alleen gelezen dat de aflossing afhankelijk is gesteld van het resultaat en jaarlijks na afloop van het boekjaar wordt vastgesteld.

3. Ik neem ook aan dat in de verkoopovereenkomst van de 67 Awr aandelen aan de BV's van de zoons is afgesproken dat de R/C wordt omgezet in een lening.

4. Tot slot, niet onbelangrijk, ik neem aan dat niet kan worden gezegd dat de lening bij het ontstaan reeds waardeloos was!!

2. Beschouwing

Ik lees in het memo dat jullie de lening (die formeel op 67 Awr is ontstaan) als onzakelijk hebben aangemerkt. Ik neem aan dat dit is gebaseerd op de toestand van BV op (uiterlijk) 67 Awr. Op dat moment was het belang van Holding in BV echter nog maar 67 Awr. Kun je nu zeggen dat de op 67 Awr fiscaal zichtbaar geworden R/C-vordering ook al onzakelijk was? Ik neem aan van wel, de toestand van BV zal in de tussenliggende periode van ruim drie maanden niet significant zijn veranderd.

NB. Volgens art. 14 BFE vindt bij ontvoeging als gevolg van vervreemding van aandelen eerst de ontvoeging plaats en daarna de vervreemding van de aandelen. We zien dus op een ondeelbaar moment dat Holding alle aandelen in en een R/C-vordering op BV bezit en direct daarna de aandelen verkoopt aan de holdings van de zonen maar de R/C-vordering behoudt.

Ik ben geneigd om aan te nemen dat als de R/C-vordering op dat ondeelbare moment al onzakelijk was, de drie maanden later daaruit voortgevloeide lening op dat moment ook onzakelijk is. Toch kun je zeggen dat de pas op 67 Awr ontstane lening separaat op (on)zakelijkheid moet worden beoordeeld. Op dat moment bezat Holding immers nog maar 67 Awr in BV, terwijl hij op het ondeelbare moment nog 100% bezat. Die latere toets lijkt zelfs in ons belang, ik licht dat toe.

Het voorgaande lijkt mij van belang om te bepalen op basis waarvan de lening als onzakelijk moet worden aangemerkt.

Uit onder meer BNB 2015/141 blijkt dat de HR een lening als onzakelijk aanmerkt als:

- (1) een derde het daarmee gepaard gaande debiteurenrisico niet zou nemen, én
- (2) de belanghebbende dat debiteurenrisico toch aanvaardt om daarmee het belang van hetzij de deelneming (lening omlaag) hetzij de aandeelhouder (lening omhoog) te dienen. Onder dat laatste moet tevens worden verstaan (zo leert BNB 2015/141) de situatie waarin het niet een lening omhoog (dus aan de aandeelhouder) betreft maar de crediteur het debt.risico aanvaardt om daarmee het belang van de aandeelhouder te dienen. Lees: de lening is verstrekt op instigatie van de aandeelhouder.

Dat laatste lijkt (mij) in casu aan de orde. Ik neem aan dat de oorzaak van de onzakelijkheid van de lening moet worden gezocht in het feit dat de aandelen van BV in handen zijn van de zoons van de digra van Holding.

Deze stap lijkt mij cruciaal in die zin dat de onzakelijkheid daarmee 'bovenlangs' loopt (hoewel hier bezien vanuit de perceptie van Holding sprake lijkt van een lening omlaag). Bij een lening omlaag zouden wij immers tegen het probleem aanlopen dat ttv. zowel de verstrekking als de afwaardering Holding geen deelneming heeft in BV. Om een verlies een onzakelijke lening omlaag in de VPB-sfeer te kunnen tegenhouden moeten wij het hebben van de deelnemingsvrijstelling, in die zin begrijp ik ook de verwijzing van de adviseur naar art. 2-5 VPB...

Zie mbt tot een omlaag in de VPB-sfeer HR BNB 2013/149:

'Daardoor vallen de gevolgen van dit risico in de kapitaalsfeer tussen belanghebbende en D SA en J, in die zin dat, aangezien het risico zijn oorzaak vond in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen, bij de winstberekening van de betrokken vennootschappen de voor- en nadelen die daaruit voortvloeien buiten beschouwing blijven, bij de belanghebbende door de van toepassing zijnde deelnemingsvrijstelling'.

Let wel: hier aanvaardde de moeder het debt.risico om het belang van haar deelneming(en subdeelneming) te dienen.

3. Art. 13 lid 16

Met jou ben ik verder geneigd om vooralsnog aan te nemen dat het belang (naar de letter) niet onder art. 13 lid 16 valt, al vraag ik mij af (ik zal dit ook nog aan de kg voorleggen) of die bepaling naar doel en strekking daar niet toch op ziet. De afwaardering vindt plaats in de aangifte 2012, de ontvoeging vond plaats op . In een eerdere casus hebben we beslist dat onder de periode van 3 jaar in lid 16 moet worden verstaan een periode van 36 maanden. Mocht lid 16 (toch) van toepassing zijn, dan is de deelnemingsvrijstelling tot van toepassing. Vraag is dan op welk moment de WEV van de lening is gedaald onder de nominale waarde van de lening. In de brief van de adviseur lees ik iets over een faillissement. Vanaf welk moment is het bij BV misgegaan? Eventueel zou compartimentering nog aan de orde kunnen zijn....

4. Tot slot

Interessant is overigens de vraag wat er nu gebeurt bij liquidatie van BV, maar dat is voor later....

Ik hoop dat jullie hiermee verder kunnen. Heb je nog vragen, bel of mail gerust.

met vriendelijke groet,

5.1.2e

Moeder D vormt een fiscale eenheid met
De fe komt tot stand met ingang van oprichting van te weten

De fe verbreekt per . Er wordt van de aandelen verkocht aan de vennootschappen van de twee zonen van de dga. Beide vennootschappen verkrijger D
 behoudt een belang.

Ik heb een overeenkomst van geldlening met dagtekening voor een bedrag van €

De schuldeiser is D en de schuldenaar is Partijen verklaren in deze overeenkomst dat de schuldenaar een rekening courant schuld heeft aan schuldeiser welke wordt omgezet in de overeenkomst van geldlening. Vooralsnog nemen wij het standpunt in dat deze lening onzakelijk is.

Over de fiscale eenheid jaren zijn geen vennootschappelijke balansen ingediend.
Over wel en in dat jaar is de vord/schuld van ook al zichtbaar.

Omdat we het standpunt innemen dat de lening onzakelijk is brengt dat met zich mee dat geen aftrek is toegestaan. In NDFR rapport; de onzakelijke lening anno 2014-deel II neemt Bobeldijk in paragraaf 12.3 onder punt iii het standpunt in; "ik citeer"; dat de afwaardering omlaag op een onzakelijke lening weliswaar in aftrek komt op het intracomptabele fiscaal resultaat maar vervolgens als vrijgesteld resultaat uit deelneming buiten de belaste winst wordt gehouden.

Op het moment dat de vordering ontstond bezat de D 67 Awr van de aandelen in 67 Awr 67 Awr. Echter op het moment van afwaarderen (67 Awr) bezit zij slechts 7 Awr en op grond daarvan is de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing. Artikel 13 wet vpb lid 16 biedt volgens mij ook geen soelaas.

Als bijlage voeg ik de motivering van het bezwaar bij. De adviseur benoemt niet rechtstreeks het bovenstaande maar het heeft wel raakvlakken.

Vraag; hoe om te gaan met het al dan niet toepassen van de deelnemingsvrijstelling.

Zowel 1.2e als 5.1.2e heeft gereageerd, beiden vinden het een sterk feitelijke casus, de geschetste feiten lijken voldoende mogelijkheden te bieden om de stelling in te nemen dat er sprake is van voortzetting. Op de vraag of er ruimte is voor een compromis indien wordt geconcludeerd dat er sprake is van gedeeltelijke voortzetting is het antwoord nee. Een beetje liquidatieverlies is niet mogelijk.

Memo

Casus DVS 15025
Liquidatieverlies, is sprake van
(gedeeltelijke) voortzetting?

Aan Kennisgroep deelnemingsvrijstelling
Van 5.1.2e
Datum 3 november 2015
Kenmerk 15025
Kopieën aan

Inleiding

buiten verzoek

Beschrijving van de casus

Het gaat in deze casus om de toepassing van artikel 13d, lid 9, onderdeel b, Wet Vpb '69 in samenhang met artikel 13e, lid 1, in het bijzonder de vraag of in casus sprake is van een staking van de overgenomen onderneming.

Belastingplichtige heeft tot 67 Awr een deelneming gehad in een in Duitsland gevestigde GmbH 67 Awr 67 Awr is besloten de activiteiten van deze GmbH te staken, in die zin dat de activiteiten zijn voortgezet door belastingplichtige, waarna de GmbH in 67 Awr is geliquideerd. Naar ik begrepen heb, is het liquidatieverlies reeds vastgesteld en is niet (meer) geding.

De mogelijke vervolgvraag bij een negatieve beantwoording van de eerste vraag is, of bij wijze van compromis een gedeelte van het liquidatieverlies kan worden gegeven.

Zie voor een uitgebreide beschrijving van de casus het memo van de vragensteller. Samengevat zie ik de casus als volgt: Op het moment van staking van de Duitse (100%-) deelneming { 67 Awr } betroffen haar activiteiten 67 Awr (ongeliëerde) 67 Awr alsmede 67 Awr aan (ongeliëerde) 67 Awr. In de verkoopprijzen zit een royalty-opslag besloten die 1 op 1 wordt doorbetaald aan de (ongeliëerde) octrooihouder.

Na de liquidatie van 67 Awr gaat onze belastingplichtige door met de activiteiten die voorheen door 67 Awr werden uitgeoefend. Het liquidatieverlies is inmiddels vastgesteld, maar wordt op grond van artikel 13d, lid 9, onderdeel b, Wet Vpb '69 nog niet in aanmerking genomen.

In 67 Awr gaat belastingplichtige de 67 Awr activiteit aan de 67 Awr afnemers extern onderbrengen.

Het personeel dat zich bezighield met deze activiteit gaat ook in dienst bij deze externe partij. In de [67 Awr] overeenkomst zijn aanvullende bepalingen opgenomen over de samenwerking tussen belastingplichtige en de [67 Awr] (zie casusbeschrijving).

Belastingplichtige stelt nu dat door het extern brengen van de [67 Awr] functie, zij de voormalige onderneming van [67 Awr] geheel heeft gestaakt. Zij haalt hierbij aan de er in het concern twee marges zijn, de [67 Awr] marge, (die [67 Awr] wordt behaald) en de [67 Awr] marge, die nu dus geheel is geoutsourcet.

Preadvies

De eerste (rechts-)vraag betreft de toepassing van artikel 13d, lid 9, in het bijzonder letter b, het 'voorzettingsverbod'. De casus is in hoge mate een feitelijke en betreft in mindere mate een rechtsvraag. Gelet op de functionele analyse die de vragensteller heeft aangedragen, lijkt het mij dat de onderneming, die voorheen door de geliquideerde vennootschap werd gedreven, (nog) niet geheel is gestaakt. Door belastingplichtige wordt steeds een meer dan bijkomstige (in- en verkoop-) functie voortgezet. Ook is nog geen definitief afscheid genomen van de [67 Awr] functie, gelet op de complementaire werkzaamheden die belastingplichtige hierbij nog steeds verricht.

buiten verzoek

De tweede vraag betreft of de kenniscgroep wellicht ruimte ziet voor een compromis. Kennelijk wordt bedoeld op een pro rata toepassing van onderdeel b van artikel 13d, lid 9 Wet Vpb '69. Gelet op de duidelijkheid van de wettekst in deze, beantwoord ik ook deze vraag ontkennend.

Beschouwing

67 Awr



Zoekresultaten > Argentijnse equity tax aftrekbaar?

Argentijnse equity tax aftrekbaar?

Vraag:

In Argentinië wordt belasting geheven bij de lokale Argentijnse deelneming van 0,5% over het equity (geen belasting naar winst of inkomen, geen bronbelasting). De deelneming heeft het recht om de kosten door te berekenen aan de buitenlandse aandeelhouder maar is dat niet verplicht. Indien de kosten worden doorbelast zijn het kosten die verband houden met een deelneming. Zijn de kosten aftrekbaar bij de Nederlandse houder van de deelneming?

Antwoord:

Ja, de kosten zijn aftrekbaar waarbij wordt verondersteld dat kostenallocatie aan Nederland volgens de CGVP normen akkoord is. De kosten kwalificeren dan als kosten i.v.m. een buitenlandse deelneming, het zijn echter geen aankoopkosten, sinds de Bosal procedure zijn deze kosten niet meer in aftrek beperkt.

Publicatiedatum:

6-04-2016

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13 Deelneming

Rubriek:

Aankoopkosten lid 1

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



De kennisgroep is onderschrijft het preadvies van 5.1.2e De deelnemingsvrijstelling kan in casu niet worden geweigerd voor het belang gehouden in de Ierse Ltd die gebruik gemaakt van het "Non resident Irish regime".

Belastingdienst
Grote Ondernemingen Zuid
Kantoor Maastricht

VERTROUWELIJK

5.1.2e

memo

Toepassing artikel 13 lid 9 en 10 onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969

5.1.2e

Datum
27 april 2016

Feiten

De X groep is een 67 Awr X 67 Awr is onderdeel van de X groep, 67 Awr

Auteurs

5.1.2e

5.1.2e

67 Awr

Aan

Kennisgroep
deelnemingsvrijstelling

X 67 Awr heeft een 67 Awr deelneming in Y 67 Awr Y 67 Awr is eveneens opgericht naar Iers recht. 67 Awr 67 Awr

Bijlagen

67 Awr

67 Awr

67 Awr

67 Awr

VERTROUWELIJK

Pagina 1 van 6

67 Awr

2013 2012 2011 2010 2009
67 Awr

67 Awr

Oude structuur:

67 Awr

Nieuwe structuur:

67 Awr

buiten verzoek

Beschouwing

Vraag

Graag vernemen wij van de Kennisgroep het antwoord op de volgende vraag:

Wordt het belang in Y^{67 Awr} door X^{67 Awr} als belegging gehouden in de zin van artikel 13 lid 9 en 10 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: "Wet Vpb")?

Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op het belang van X^{67 Awr} in Y^{67 Awr}. Er is dan sprake van een niet-

kwalificerende beleggingsdeelneming. Immers, aan de reële heffingstoets is niet voldaan. Voorts kan aan de bezittingentoets in casu ook niet worden voldaan, indien de conclusie is dat sprake is van een beleggingsdeelneming (het toetsingskader verloopt in casu immers grofweg langs dezelfde lijn).

Theoretisch kader

Bepalend voor de vraag of een deelneming een beleggingsdeelneming is, is het oogmerk waarmee de moeder een deelneming aanhoudt. Indien een deelneming wordt aangehouden met het oog op het verkrijgen van het rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht, betreft het een beleggingsdeelneming. Een deelneming wordt niet als belegging gehouden in (met name) de volgende situaties:

- Indien de (materiële) onderneming van de deelneming in het verlengde ligt van de onderneming van de moeder.

- Indien de moeder een tophoudster is die op grond van haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein een wezenlijke functie vervult voor de bedrijfsuitoefening van de groep (actieve tophoudster).

- Indien de moeder een tussenhoudster is en de moeder:

- 1 door een schakelfunctie een relatie legt tussen de bedrijfsmatige activiteiten van haar (in)directe moeder en die van haar (in)directe dochter; of

- 2 een schakelfunctie vervult terwijl de (in)directe dochter bedrijfsmatige activiteiten ontplooit en haar (in)directe moeder een actieve tophoudster is (schakelende tussenhoudster).

Een deelneming kan worden aangehouden met een gemengd oogmerk. Bij de beoordeling of sprake is van een beleggingsdeelneming spelen de omvang van de activiteiten, de omvang van de bezittingen, de omvang van de bruto-opbrengsten en de omvang van de winsten die aan het houden van de beleggingen respectievelijk de ondernemingsactiviteiten van de deelneming kunnen worden toegerekend, een rol.

In art. 13 lid 10 Wet Vpb wordt met betrekking tot een tweetal deelnemingen verklaard dat zij steeds als beleggingsdeelneming worden aangehouden. De voor deze casus relevante fictie betreft deelnemingen waarvan de functie grotendeels bestaat uit het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen aan belastingplichtige of verbonden lichamen van belastingplichtige. Om te beoordelen of hiervan sprake is, zijn de aard van de omzet, de activiteiten en de activa en de passiva van de deelneming relevant.

Uitwerking casus

Ratio deelnemingsvrijstelling

Het regime van de (niet-kwalificerende) beleggingsdeelneming is erop gericht de deelnemingsvrijstelling niet toe te passen op laagbelaste inkomsten uit mobiel kapitaal. De deelnemingsvrijstelling mag met andere woorden niet leiden tot constructies via laagbelastende jurisdicties. Op basis van de ratio van de deelnemingsvrijstelling kan betoogd worden dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou moeten zijn op Y^{67 Awr}. Immers, ^{67 Awr} van Y^{67 Awr} wordt in het geheel niet belast.

Oogmerktoets

X^{67 Awr} vervult een schakelfunctie tussen de actieve tophoudster X^{67 Awr} (hoofdkantoor) en Y^{67 Awr}. Y^{67 Awr} verricht bedrijfsmatige activiteiten, namelijk de exploitatie van ^{67 Awr}, ^{67 Awr} werknemers, een omzet van ^{67 Awr} en een nettowinst van ^{67 Awr}. Dat het overgrote deel van de winst van Y^{67 Awr} naar lers fiscaal recht aan ^{67 Awr} wordt gealloceerd, is voor de oogmerktoets niet van belang. O.q.v. art. 13 lid 9 Wet Vpb kan dus geconcludeerd worden dat het belang in Y^{67 Awr} door X^{67 Awr} niet als belegging wordt gehouden.

Beleggingsfictie

Vervolgens komt de vraag aan de orde of de deelneming in Y^{67 Awr} b.g.v. art. 13 lid 10 Wet Vpb geacht wordt als belegging te worden gehouden, omdat de functie van Y^{67 Awr} grotendeels bestaat uit het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen aan X^{67 Awr} of verbonden lichamen van X^{67 Awr}.

Y^{67 Awr} stelt geen bedrijfsmiddelen ter beschikking aan X^{67 Awr}. Stelt Y^{67 Awr} dan bedrijfsmiddelen ter beschikking aan een verbonden lichaam van X^{67 Awr}? Y^{67 Awr} gebruikt ^{67 Awr} in de nieuwe structuur (dus na liquidatie van de ^{67 Awr} dochtermaatschappijen) vrijwel volledig voor haar eigen activiteiten. Y^{67 Awr} (de deelneming) is zelf wel een verbonden lichaam van X^{67 Awr} (belastingplichtige). Kan Y^{67 Awr} dan ^{67 Awr} ter beschikking stellen aan zichzelf? M.a.w.: Kan het ^{67 Awr} 'hoofdhuis' van Y^{67 Awr} ^{67 Awr} ter beschikking stellen aan de Ierse 'vaste inrichtingen' van Y^{67 Awr}?

Civieljuridisch kan dit niet. Er is immers slechts één rechtspersoon. Die rechtspersoon kan niet iets aan zichzelf ter beschikking stellen. Dan is sprake van 'eigen gebruik'.

Het begrip 'ter beschikking stellen' is tijdens de parlementaire behandeling van art. 13 niet gedefinieerd. Een dergelijke definitie ontbreekt ook op andere plaatsen in een belastingwet waarin dit begrip wordt gehanteerd. Aangenomen mag worden dat een ruime definitie heeft te gelden: Er is sprake van ter beschikking stelling in alle gevallen dat een ander in de gelegenheid wordt gesteld om van het gebodene gebruik te maken, ongeacht de naam of vorm.

67 Awr

Uitgangspunt bij de winstallocatie in het PE-Report is de AOA. Deze benadering houdt in dat aan een vaste inrichting de winst toegerekend dient te worden die door de vaste inrichting zou zijn behaald indien zij een afzonderlijke ongelieerde onderneming zou zijn geweest (functionally separate entity approach).

De AOA kent twee stappen. In de eerste stap worden de activa en risico's alsmede het vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functie-analyse. Tenslotte schetst het PE-Report bij de eerste stap onder welke omstandigheden er dealings tussen hoofdhuis en vaste inrichting aangenomen moeten worden. Deze dealings hebben invloed op de winstallocatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting. ^{67 Awr}

67 Awr

67 Awr

^{67 Awr} Maar kan deze redenering ook worden toegepast in het toetsingskader van art. 13 Wet Vpb? Hiervoor zijn in de parlementaire geschiedenis bij art. 13 Wet Vpb geen aanknopingspunten te vinden. De zelfstandigheidsfictie van een vaste inrichting is beperkt tot de bepaling van de winst die is toe te rekenen aan een vaste inrichting.

Geconcludeerd kan dus worden dat de functie van Y^{67 Awr} niet grotendeels bestaat uit het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen aan X^{67 Awr} of verbonden lichamen van X^{67 Awr}.

Het belang van X^{67 Awr} in Y^{67 Awr} wordt dus niet (geacht) als belegging (te worden) gehouden.

Transfer Pricing

Hoewel de [67 Awr] wordt aangewend binnen de 'eigen onderneming' van Y [67 Awr] wordt deze [67 Awr] (functioneel) niet beheerd door Y [67 Awr] noch in Ierland, noch [67 Awr]. Betoogd zou kunnen worden dat [67 Awr] functioneel helemaal niet aan Y [67 Awr] behoort. Dit betekent dan echter ook dat de winst die samenhangt met (het ter beschikking stellen van) [67 Awr] niet aan Y [67 Awr] gealloceerd dient te worden. Het teveel aan Y [67 Awr] toegerekende winst is dan de facto als kapitaalstorting van X [67 Awr] in Y [67 Awr] aan te merken.

Deze TP benadering beïnvloedt de oogmerktoets dus niet, omdat het elimineren van de [67 Awr] nooit leidt tot een betere 'asset mix' (als de [67 Awr] als slechte bezitting zou zijn aan te merken). Indien de deelnemingsvrijstelling al niet van toepassing zou zijn op het belang in Y [67 Awr] kan het resultaat dat toerekenbaar is aan de [67 Awr] bij X [67 Awr] toch niet in de grondslag worden betrokken, omdat het dividend van Y [67 Awr] vanuit een TP perspectief is aan te merken als een terugbetaling van gestort kapitaal (de aan de [67 Awr] toe te rekenen winst is immers aan te merken als een kapitaalstorting).

Conclusie

Het probleem t.a.v. de deelnemingsvrijstelling is in casu een gevolg van de acceptatie van de structuur door Ierland (het regime van de 'Non Resident Irish'). Ierland heft slechts winstbelasting over de routinematige beloning die aan contract manufacturing wordt toegerekend en accepteert de toerekening van [67 Awr] en de restwinst aan [67 Awr]. Dit is uiteraard niet in overeenstemming met het PE report (significant people functions enz.). Maar dat gegeven lijkt voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet relevant.

Wij zijn dan ook van mening dat de deelnemingsvrijstelling niet kan worden geweigerd t.a.v. het belang in Y [67 Awr].

buiten verzoek

buiten verzoek

Graag de mening van de Kennisgroep!

5.1.2e
5.1.2c

Van: 5.1.2e MKB/BLD
Aan: 5.1.2e 5.1.2e /GO/BLD@Belastingdienst
CC: 5.1.2e /MKB/BLD@Belastingdienst, 5.1.2e 5.1.2e
5.1.2e MKB/BLD@Belastingdienst

Datum: 30-05-2016 16:12

Onderwerp: Vraag aan kg DVS

Ik heb een vraag over een onzakelijke lening. Zie bijgaande casus.

Het betreft de fiscale gevolgen van een kwijtschelding van een onzakelijke lening bij de (niet-gelieerde) schuldenaar.

In de casus, die bij kantoor 67 Awr speelt, heeft in 67 Awr een kwijtschelding ten bedrage van 67 Awr plaatsgevonden door de schuldeiser in de periode dat de schuldeiser aandeelhouder was. Deze kwijtschelding heeft op 67 Awr plaatsgevonden ten tijde van de overdracht van de aandelen in de schuldenaar aan derden. Deze kwijtschelding is als informeel kapitaal verwerkt bij de schuldenaar. Bij de schuldeiser heeft geen afwaardering plaatsgevonden.

buiten verzoek

Wij hebben in behandeling de aangifte Vpb 67 Awr van de schuldenaar. De (nieuwe) consultant boekt de kwijtschelding in 67 Awr ten bedrage van 67 Awr als informeel kapitaal. buiten verzoek

buiten verzoek

Er ligt ook geen jurisprudentie over de afwaardering van de vordering bij de schuldeiser in het geval er ten tijde van de kwijtschelding geen gelieerdheid meer aanwezig is. De schuldeiser heeft een actiefpost (financieel activum) met een boekwaarde van 67 Awr. Het activum moet van de balans na kwijtschelding en de opbrengst is nihil. Ik ga er van uit dat de HR een afwaardering van 67 Awr toestaat. Gelet op het evenwicht in behandeling zou je moeten concluderen dat bij de schuldenaar een bate wordt geconstateerd.

Volgens mij is er over dit thema nog geen jurisprudentie. Wellicht ben jij op de hoogte of er in het land een procedure loopt?

buiten verzoek

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Antwoord aan vragensteller (mail 13-6-2016:

Beste 5.1.2e

Naar aanleiding van ons telefoongesprek van zojuist bericht ik je als volgt inzake de casus

67 Awr

Of sprake is van een onzakelijke lening moet worden beoordeeld naar het tijdstip van aangaan van de lening (BNB 2013/148). Voor de kwalificatie van een lening als onzakelijke lening moet (in ieder geval op dat tijdstip) aan een tweetal voorwaarden zijn voldaan (o.a. BNB 2012/37):

- Een onzakelijk debiteurenrisico
- Gelieerdheid tussen debiteur en crediteur (zie echter hierna)

In casu is gedurende de looptijd van de lening niet meer voldaan aan de voorwaarde van gelieerdheid middels de vennootschappelijke betrekkingen, omdat de aandelen in de gelieerde debiteur worden overgedragen aan derden. Het debiteurenrisico verandert niet. De vraag die dan opkomt is, of een onzakelijke lening als gevolg van de beëindiging van de gelieerdheid als het ware 'van kleur verschiet' en een zakelijke lening wordt (dus een soort sfeerovergang).

Omdat het onzakelijk debiteurenrisico is ontstaan in de gelieerde periode en niet wijzigt, is de KG van mening dat ook na de overdracht van de aandelen nog steeds sprake is van een onzakelijke lening. Het kwijtscheldingsverlies is dan niet aftrekbaar bij de crediteur (de aftrek is dus in casu ten onrechte verleend). Omdat de crediteur de aandelen in de debiteur niet meer houdt, kan van een verlies bij liquidatie ook geen sprake meer zijn (BNB 2014/98).

Naar de mening van de KG moet de vermogensvermeerdering bij de debiteur niet als kwijtscheldingswinst worden aangemerkt, omdat sprake is van een onzakelijke lening. Van een kwijtscheldingswinst zou eventueel toch sprake kunnen zijn, indien de commerciële belangen van 67 Awr een belangrijke rol hebben gespeeld bij de leningverstrekking en de kwijtschelding (aandeelhoudersmotief). Dit vergt echter nader onderzoek. Het belang hiervan lijkt voor de vpb overigens beperkt, omdat bij de debiteur waarschijnlijk niks meer te halen is (dreigend faillissement).

Als je nog vragen hebt, bel of mail gerust.



Antwoord op vraag Dvs 16031

5.1.2e

5.1.2e

07-11-2016 16:42

Cc: kg deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Hierbij het antwoord op de vragen, zoals gesteld in het memo van 27 oktober 2016

1. Kunnen structureel grondslagverhogende elementen buiten beschouwing worden gelaten?

Nee, dat kan niet. In het arrest van 9 september 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2036) wordt nog getwijfeld of valutaresultaten buiten de herrekening kunnen blijven, als het gaat om een volledige herrekening van de winst van de beleggingsdeelneming naar Nederlandse maatstaven, maar dat werd onderbouwd vanuit de gedachte dat valutaresultaten positief en negatief kunnen uitvallen, zodat deze resultaten ertoe zouden kunnen leiden dat het ene jaar sprake zou zijn van laagbelastheid, en het jaar daarop weer niet. Maar zelfs dat is verworpen:

"De tekst van de Wet wijst echter in een andere richting: valutaresultaten behoren naar Nederlandse maatstaven zonder meer tot de totaalwinst. De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 13, lid 10, van de Wet biedt voorts onvoldoende grond voor een andere uitleg. Dat brengt de Hoge Raad ertoe te oordelen dat bij de berekening van de toetswinst rekening moet worden gehouden met valutaverschillen."

2. Kan bij de berekening van de toetswinst naar Nederlandse maatstaven de rentelasten, verschuldigd aan de Luxemburgse moeder buiten aanmerking blijven in het geval op de deelneming en haar moeder een regime van toepassing is, vergelijkbaar met de Nederlandse fiscale eenheid?

Nee, dat kan niet. De deelneming is, zo leiden wij af uit het memo van 27 oktober, in Luxemburg betrokken in een "integration fiscale", waarbij haar winst wel zelfstandig wordt berekend maar betaald door de moeder / schuldeiser. Weliswaar zou je dan kunnen zeggen dat de beleggingsdeelneming geen winstbelasting betaalt, dus niet onderworpen is, maar dat staat haaks aan wat hierover is opgenomen in het verzamelbesluit deelnemingsvrijstelling:

"Groupreliefregeling (Verenigd Koninkrijk) vanaf 2010

Aan de onderworpenheidstoets (vanaf 1 januari 2010 opgenomen in artikel 13, elfde lid, onderdeel a, Wet Vpb) is tijdens de parlementaire behandeling van Overige fiscale maatregelen 2010 een andere invulling gegeven. Zo is ten aanzien van consolidatiesystemen opgemerkt dat verschillen in fiscale consolidatie - en andere mogelijkheden voor winst- of verliesoverdracht die afwijken van de Nederlandse fiscale eenheid - niet in de weg staan aan voldoende onderworpenheid, tenzij als gevolg van de consolidatie of winst- of verliesoverdracht (grouprelief) niet of onvoldoende belasting zou worden geheven, dat wordt veroorzaakt door een stelselafwijking."

Uit het hiervoor opgenomen citaat kan worden afgeleid dat uitsluitend dan het in Luxemburg geldende regime aan voldoende onderworpenheid in de weg staat, wanneer vast zou komen te staan dat bij de moeder de winst van de beleggingsdochter "teniet wordt gedaan", wordt "gecompenseerd", met negatieve inkomensbestanddelen die strijdig zouden zijn met de Nederlandse fiscale regels. Dat zou temeer gelden, wanneer die negatieve inkomensbestanddelen verband zouden houden met de in deze casus te bestrijden structuur.

3. Hoe ligt de bewijslastverdeling als het gaat om de vraag of de beleggingsdeelneming voldoende is onderworpen?

Belanghebbende claimt de deelnemingsvrijstelling en dient dus aan te tonen dat sprake is van voldoende onderworpenheid. Op het moment dat zij heeft aangetoond dat de verschuldigde belasting in aanmerking is genomen bij de Luxemburgse moeder (en uit het memo leiden wij af dat zij dat inderdaad heeft aangetoond) dan is het aan de inspecteur om argumenten aan te voeren dat er een aftrekpost in aanmerking is genomen die feitelijk de onderworpenheid ontoereikend maakt. Hiervan zou sprake kunnen zijn ingeval de rentelast op de 67 Awr niet aftrekbaar zou zijn, bijvoorbeeld op grond van 10a. Ook zou dit het geval kunnen zijn als er elders in het concern alsnog een rentelast in aanmerking kan worden genomen die bij de deelneming zelf buiten aanmerking blijft en die verband houdt met de 67 Awr. Hoewel de kg dnv niet gespecialiseerd is in formeel rechtelijke kwesties, en daar hebben we het over bij de bewijslastverdeling, lijkt ons dit een

onbegaanbare weg, behalve wanneer wij een begin van bewijs kunnen leveren van het vermoeden dat iets dergelijks aan de orde is.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

5.1.2e



Zoekresultaten > Aankoopkosten deelneming en schadevergoeding. Dvs16025.

Aankoopkosten deelneming en schadevergoeding. Dvs16025.

Vraag:

Kan een schadevergoeding in verband met verkeerd advies in mindering worden gebracht op kostprijs deelneming?

Antwoord:

Ja

De kosten drukken in casu niet en de schadevergoeding kan in mindering komen op de kostprijs van de deelneming. De vraag of de schadevergoeding een voordeel uit deelneming zou kunnen zijn kan zodoende in het midden blijven en behoeft geen beantwoording.

Casusbeschrijving:

^{67 Awr}A (^{67 Awr}) houdt een deelneming van ^{67 Awr}% in ^{67 Awr}B (^{67 Awr}). ^{67 Awr}% van de aandelen ^{67 Awr}B zijn in handen van aandeelhouder C, die tevens ^{67 Awr}aandeelhouder is van ^{67 Awr}A. Op advies van belastingadviseur D ruilt C zijn ^{67 Awr}% pakket aandelen in ^{67 Awr}B met ^{67 Awr}A in ruil voor uit te geven aandelen ^{67 Awr}A, dus een aandelenfusie. Voor de overdrachtsbelasting bestaat er geen faciliteit voor aandelenfusies van onroerend zaak lichamen. Aan ^{67 Awr}A is dus een naheffingsaanslag overdrachtsbelasting opgelegd vanwege de verkrijging van ^{67 Awr}% van de aandelen ^{67 Awr}B (fictieve onroerende zaken), aanslag is ongeveer ^{67 Awr}. De overdrachtsbelasting is aan te merken als aankoopkosten en behoort bij ^{67 Awr}A tot de kostprijs van de (uitgebreide) deelneming ^{67 Awr}B. ^{67 Awr}A heeft belastingadviseur D aansprakelijk gesteld voor het onjuiste advies. Deze heeft de claim doorgezet naar zijn verzekeraar. De claim wordt erkend en ^{67 Awr}A krijgt een schadevergoeding voor de te betalen overdrachtsbelasting. De overdrachtsbelastingsschuld wordt dus feitelijk voldaan uit de schadeuitkering. De vraag is of de schadeuitkering in mindering kan komen op de te activeren aankoopkosten van de deelneming of dat deze tot de winst behoort.

Beschouwing

Relevant voor de beantwoording van deze vraag is BNB 1994/343 (Hof Amsterdam). Samenvatting: Belanghebbende, een NV, verwerft de aandelen in een Engelse vennootschap, UK. In het jaar na de overname blijkt dat UK veel te lage reserveringen heeft toegepast met betrekking tot zekere verplichtingen. De bedrijfswaarde van de aandelen UK ten tijde van de koop is negatief. Belanghebbende heeft de drie bij de overname betrokken externe adviseurs aangesproken voor de schade die als gevolg van de onjuiste adviezen is geleden. Hof: de geclaimde schadevergoeding houdt een zodanig nauw verband met de kostprijs van de aandelen UK dat zij geacht moet worden te strekken tot vermindering van die kostprijs.

Gelet op de nauwe samenhang tussen de verschuldigde overdrachtsbelasting en de schadevergoeding is in casu toegestaan dat de schadevergoeding in mindering wordt gebracht op de kostprijs van de

deelneming. De overdrachtsbelasting ‘drukt’ immers niet op de koper van de deelneming.

Publicatiedatum:

7-12-2016

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13 Deelneming

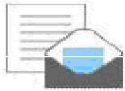
Rubriek:

Aankoopkosten lid 1

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



67 Awr **deelnemingsvrijstelling**
5.1.2e



aan: 5.1.2e

09-02-2017 11:09

Hallo 5.1.2e

Zoals afgesproken het antwoord van de kennisgroep op de vraag of de deelnemingsvrijstelling bij M^{67 Awr} van toepassing is op het 'phantom-equity'. Voor de feiten en achtergronden verwijs ik naar de eerdere correspondentie.

De kennisgroep is van mening dat de deelnemingsvrijstelling bij M^{67 Awr} **NIET** van toepassing is op het 'phantom-equity'. De argumentatie is als volgt:

- M^{67 Awr} is niet de vennootschap welke de deelneming houdt, en dus zijn de voordelen niet aan een deelneming te relateren. Ze houden juridisch helemaal geen aandelen en dus kan de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vinden;

- De Falcons-leer is niet van toepassing aangezien er slechts cash wordt verkregen en geen aandelen;

- De Falcons-leer is niet van toepassing aangezien de 'optie' (als hier al sprake van zou zijn) geen recht geeft op een belang van 5% of meer. Na 'uitoefening' heeft de Investeerder nog steeds geen belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn. En dus is bij M^{67 Awr} de deelnemingsvrijstelling ook niet van toepassing.
(deze laatste betreft een mogelijk argument, afhankelijk van de ontwikkelingen op dit gebied.)

Mocht je nog verdere vragen hebben, neem dan gerust contact op.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e

Bij deze kort samengevat:

24-11-2016 16:46:13

Van: 5.1.2e GO/BLD
Aan: 5.1.2e GO/BLD@Belastingdienst
Datum: 24-11-2016 16:46
Onderwerp: Betr: Fw: Betr: Fw: 67 Awr deelnemingsvrijstelling

Hallo 5.1.2e

buiten verzoek

buiten verzoek

buiten verzoek

buiten verzoek

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Heffing Vennootschapsbelasting, APA/ATR

5.1.2e

5.1.2e



Belastingdienst

5.1.2e

, Zie onderstaand. Zou ji... 24-11-2016 15:31:14

Bijgevoegd een nieuwe... 24-11-2016 12:54:42

FEITEN

- i. M^{67 Awr} is onderdeel van de M^{67 Awr} groep, een aanbieder van

67 Awr

67 Awr

- ii.

67 Awr

- iii.

67 Awr

67 Awr

- iv. M^{67 Awr} heeft het voornemen om een zogeheten 'phantom equity'-belang te verstrekken aan een derde (buitenlandse) partij (Investeerder) met betrekking tot M^{67 Awr} belang in T^{67 Awr} (de Phantom Equity). De achtergrond voor het verstrekken van de Phantom Equity is dat M^{67 Awr} met Investeerder is overeengekomen dat Investeerder een (additioneel) economisch belang in T^{67 Awr} zal verkrijgen, zonder direct aandelen in T^{67 Awr} te verkrijgen waardoor de joint ventureverhoudingen met M^{67 Awr} S

zouden worden beïnvloed. Investerder verkrijgt tevens een direct belang van in T

67 Awr

. De Phantom Equity ziet op een additioneel belang van

67 Awr

v. Op hoofdlijnen zijn de betalingen onder de Phantom Equity als volgt:

a)

67 Awr

b)

67 Awr

c)

67 Awr

d)

67 Awr

vi. De Phantom Equity zal altijd 'cash settled' zijn;

67 Awr

67 Awr

vii.

67 Awr

Adviseur is de volgende mening toegedaan.

buiten verzoek

67 Awr

67 Awr

Vraag

Naar aanleiding hiervan wil ik de volgende vraag voorleggen.

Kan een overeenkomst die enkel cash settled is, en dus onder geen enkele omstandigheid zou kunnen leiden tot levering van aandelen, leiden tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling?



[Zoekresultaten](#) > Voeging dochter met aflopende deelneming; artikel 13, lid 16 Wet Vpb. Dvs 15010

Voeging dochter met aflopende deelneming; artikel 13, lid 16 Wet Vpb. Dvs 15010

Vraag:

Heeft het voegen in een fiscale eenheid van de dochtervennootschap invloed op de status van het minder dan 5% belang dat de gevoegde dochtervennootschap houdt?

Antwoord:

De status van de minder dan 5% deelneming verandert niet door het aangaan van een fiscale eenheid.

Casusbeschrijving/ beschouwing

Een vennootschap heeft gedurende meer dan een jaar een deelneming gehad in de zin van artikel 13, lid 2, Wet Vpb. Op enig moment daalt het belang in de deelneming tot onder de 5%. Op grond van artikel 13, lid 16 Wet Vpb heeft belanghebbende nog gedurende een periode van drie jaar recht op toepassing van de deelnemingsvrijstelling op resultaten die opkomen uit dat (afgenomen) belang. Voordat de driejaarperiode is verstreken wordt een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting aangegaan tussen de hiervoor bedoelde vennootschap en de moedermaatschappij.

Het van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling bij de dochtervennootschap op grond van artikel 13, lid 16 Wet Vpb is een objectgebonden omstandigheid. De fiscale eenheid treedt daarom in de plaats van de dochtervennootschap die wordt gevoegd. Het van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling ex artikel 13, lid 16 Wet Vpb geldt na voeging dus voor de fiscale eenheid.

(Dit antwoord is kortgesloten met de kennisgroep Fusies & Fiscale Eenheden.)

Publicatiedatum:

21-04-2017

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13 Deelneming

Rubriek:

Aflopende deelneming, lid 16

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



Zoekresultaten > Begrip waardedaling artikel 13d, lid 4 Wet Vpb

Begrip waardedaling artikel 13d, lid 4 Wet Vpb

Vraag:

Beïnvloeden kapitaalstortingen door de tussenhoudster (TH) in haar deelneming (KD) of dividenden uit KD de waardedaling als bedoeld in artikel 13d, lid 4 Wet Vpb

Antwoord:

Kapitaalstortingen worden wel meegenomen bij het bepalen van de waardedaling. Dividenduitkeringen worden niet meegenomen.

Casusbeschrijving/ Beschouwing

Een liquidatieverlies is aftrekbaar maar een deelnemingsverlies niet dus de waardedaling van KD moet worden geëlimineerd. Alleen eigen (operationele) verliezen van TH zijn als liquidatieverlies bij belastingplichtige (M) aftrekbaar. Een kapitaalstorting door TH doet de waarde van KD toenemen. Als vervolgens KD in waarde daalt, betekent dat een deelnemingsverlies voor TH.

Voorbeeld:

M stort 150 in TH in jaar t.

TH stort 100 in KD in jaar t.

In jaar t+2 stort TH aanvullend kapitaal van 30 in KD.

In jaar t+4 is KD niets meer waard.

TH wordt geliquideerd. De liquidatie uitkering bedraagt 10.

Het liquidatieverlies bij M bedraagt $150 - 10 = 140$. Daaruit moet de waardedaling van KD worden geëlimineerd die 130 is. Er resteert een verlies van 10 hetgeen het eigen, operationele verlies van TH is.

Dividenden komen uit de deelneming KD zelf. Dat heeft niets met een verlies op KD te maken voor de TH. Dividenden verminderen niet de waardedaling.

Voorbeeld:

M stort 150 in TH in jaar t.

TH stort 100 in KD in jaar t.

In jaar t+2 keert KD 40 dividend uit.

In jaar t+4 is KD niets meer waard.

TH wordt geliquideerd. De liquidatie uitkering bedraagt 0.

Het liquidatieverlies bedraagt $150 - 0 = 150$ waarop vervolgens de waardedaling van KD in mindering moet worden gebracht. Deze waardedaling bedraagt 100 zodat 50 liquidatieverlies resteert, het eigen verlies van TH.

In totaal heeft TH weliswaar 90 verlies geleden maar daarvan is 40 gefinancierd door KD. M heeft slechts 50 gefinancierd. Er is geen reden om aan M 90 verlies toe te rekenen.

Publicatiedatum:

21-04-2017

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13d Liquidatieverlies

Rubriek:

Lid 4 Tussenhoudster

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



Zoekresultaten > Beschikking artikel 13d, lid 11 Wet Vpb, mutatie per jaar; dvs 17002

Beschikking artikel 13d, lid 11 Wet Vpb, mutatie per jaar; dvs 17002

Vraag:

Staat op de beschikking waarom belastingplichtige op grond van artikel 13d, lid 11 Wet Vpb kan verzoeken, het totale opgeofferde bedrag of de mutatie in het jaar waarop de aangifte betrekking heeft?

Antwoord:

De beschikking vermeldt alleen het in een jaar opgeofferde bedrag. Het gaat om de mutatie van het opgeofferde bedrag in het jaar waarop de aangifte betrekking heeft.

Beschouwing

Artikel 13d lid 11 Wet Vpb (tekst 2017):

“Het in een jaar ter zake van een deelneming opgeofferde bedrag wordt op een bij de aangifte gedaan verzoek door de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking vastgesteld. Indien het opgeofferde bedrag tot een onjuist bedrag is vastgesteld, kan de inspecteur de beschikking bij voor bezwaar vatbare beschikking herzien. De bevoegdheid tot herziening vervalt door verloop van vijf jaren na de vaststelling van de beschikking”.

De tekst is duidelijk: er kan alleen voor het in een jaar opgeofferde bedrag een beschikking worden afgegeven.

Parlementaire geschiedenis

Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de mutatie per jaar is bedoeld. Aanvankelijk leek men in de parlementaire behandeling nog van het totaal opgeofferd bedrag uit te gaan (MvT Kamerstukken II 1986/87, 19968, nr 3 p. 7 en p. 14) maar naar aanleiding van een amendement van Van Amelsfoort (parlementaire stukken, 19968, nr. 16) werd de tekst gewijzigd:

Toelichting op het amendement

Die amendement beoogt een versterking van de rechtszekerheid van het bedrijfsleven, doordat het bedrijven de mogelijkheid verschaft, bij liquidatie aan de hand van de verkregen beschikkingen het opgeofferde bedrag te doen blijken.

Behandeling amendement

“Een ander probleem vloeit voort uit het tijdsverloop tussen deelneming en liquidatie. De dag waarop een deelneming wordt geliquideerd, ligt in het algemeen ver van de dag waarop zij verkregen is. Dit kan moeilijkheden opleveren bij de vaststelling van het opgeofferde bedrag. Het komt onze fractie daarom gewenst voor dat de mogelijkheid wordt geschapen om het opgeofferde bedrag op verzoek van de

belastingplichtige bij beschikking te doen vaststellen bij de aanslagregeling over het jaar waarin de onderneming een deelneming verkrijgt of uitbreidt. Dat vergemakkelijkt de bewijslast en versterkt derhalve de rechtszekerheid”

De vraag is in de jurisprudentie aan de orde geweest bij Hof Amsterdam:

Hof Amsterdam 21 April 1999, VN 1999/36.14 besliste aanvankelijk dat een beschikking het totale opgeofferde bedrag kan bevatten.

Op 3 november 1999, VN 2000/2.20 komt hetzelfde Hof echter op zijn eerdere uitspraak terug en beslist dat alleen de in jaar van aangifte opgeofferde bedragen van belang zijn.

5.2.1. Met de regeling van het negende lid van artikel 13d van de Wet werd beoogd '(...) een versterking van de rechtszekerheid van het bedrijfsleven, doordat (...) (zij) de mogelijkheid verschaft, bij liquidatie aan de hand van de verkregen beschikkingen het opgeofferde bedrag te doen blijken' (Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 19 968, nr. 16). Hoezeer het ook mogelijk was geweest dit doel op andere wijze te bereiken, de wetgever heeft in artikel 13d, negende lid, van de Wet - naar de letterlijke tekst genomen - voorzien in een stelsel waarin de belastingplichtige het uiteindelijk opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d, tweede lid, van de Wet kan laten blijken (mede) aan de hand van beschikkingen waarbij de inspecteur heeft vastgesteld welk bedrag de belastingplichtige in enig jaar voor de deelneming heeft opgeofferd. De in onderdeel 3 hiervoor onder a vermelde vraag dient derhalve, in beginsel, ontkennend te worden beantwoord.

5.2.2. Anders dan in zijn uitspraak van 21 april 1999, nr. 98/786, Vakstudie Nieuws 1999/36.14, blz. 3273, ziet het Hof, gelet op de standpunten dienaangaande van partijen in de onderhavige procedure, thans geen aanleiding om af te wijken van de letterlijke tekst van de wettelijke regeling.

Samenvatting

Naar de letter van de wet is het alleen mogelijk om in de beschikking op verzoek die bedragen op te nemen die zijn opgeofferd in het jaar, waarvoor bij de aangifte wordt verzocht om een beschikking. Dit wordt bevestigd in de parlementaire behandeling en in de jurisprudentie

Vanuit het oogpunt van het vergemakkelijken van de bewijslast heeft het per jaar vaststellen bovendien de voorkeur omdat je dan zo dicht mogelijk op het tijdstip van de transacties zit.

Negatief opgeofferd bedrag

Het opgeofferde bedrag kan ook negatief zijn (zie helpdeskvraag inzake artikel 13d, lid 8 Wet Vpb). Indien bijvoorbeeld in een jaar sprake is van een terugbetaling van kapitaal en dat is de enige mutatie, vermeldt de beschikking een negatief bedrag.

23 juni 2017

Publicatiedatum:

23-06-2017

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13d Liquidatieverlies

Rubriek:

Lid 10 Beschikking opgeofferd

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



Conclusie van kennisgroep is dat geen beroep op art 13 lid 16 kan worden gedaan.

Belastingen / Grote ondernemingen

APA/ATR team

Laan op Zuid 45
3072 DB Rotterdam
Postbus 50961
3007 BC Rotterdam
www.belastingdienst.nl

Contactpersoon

5.1.2e Bastiaens

T **5.1.2e**
M **5.1.2e**@belastingdienst.nl

Datum

30-08-2018

Kopie aan

Kennisgroep
deelnemingsvrijstelling

Bijlagen

Geen

memo

Aflopende deelneming

Een Nederlandse **67 Awr** houdt alle aandelen in een vennootschap naar het recht van **67 Awr** en tot op heden aldaar gevestigd. De **67 Awr** vennootschap houdt op haar beurt op dit moment **67 Awr** % van de aandelen in een **67 Awr** vennootschap **67 Awr**. De **67 Awr** tussenhouder houdt al sinds **67 Awr** **67 Awr** meer dan 5% van de aandelen in de **67 Awr** vennootschap. **67 Awr**

67 Awr

Men is voornemens om de feitelijke leiding van de **67 Awr** tussenhouder te verplaatsen naar Nederland, **67 Awr**

67 Awr Het is denkbaar dat het aandelenbelang van de verplaatste tussenhouder binnen een periode van twaalf maanden na verhuizing naar Nederland onder de 5% grens zal dalen.

Vraag

Kan de verplaatste **67 Awr** vennootschap de regels van de aflopende deelneming als bedoeld in art. 13, lid 16 van de Wet op de vennootschapsbelasting toepassen op haar belang in de **67 Awr** vennootschap?

Inhoudelijke beoordeling

Voor het vervolg van het antwoord kunnen we er vanuit gaan dat aan de overige materiële voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling is voldaan.

Op grond van art. 13, lid 16 is verplicht de deelnemingsvrijstelling nog van toepassing voor een periode van drie jaren op een belang van kleiner dan 5% indien de belastingplichtige voorafgaand aan dat moment het belang meer dan een jaar houdt en in die periode onafgebroken in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling.

In dit geval kan gesteld worden dat belastingplichtige het belang wél langer houdt dan een jaar (namelijk in **67 Awr**), maar is in deze periode niet in aanmerking gekomen voor de deelnemingsvrijstelling. De vennootschap was namelijk niet in Nederland gevestigd en kon derhalve geen beroep doen op de

deelnemingsvrijstelling. Ook in de parlementaire geschiedenis lijkt de houdstertermijn van één jaar ook een harde grens te zijn.¹

Conclusie

De houdster vennootschap kan na de verhuizing geen gebruik maken van art. 13, lid 16 zolang zij het belang in de vennootschap geen twaalf maanden in bezit heeft.

Vraag kennisgroep

- 1) Deelt de kennisgroep de voorstaande analyse ten aanzien van de aflopende deelneming?

¹ Zie bijvoorbeeld Tweede NvW, Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 12, p. 14 - 15.

Casus verkoopkosten deelneming

1. Inleiding

Namens het behandelteam van 67 Awr hebbend de collega's 5.1.2e en 5.1.2e van het team 67 Awr 67 Awr, verkennende vragen gesteld over de aftrekbaarheid van de kosten die samenhangen met de verkoop van de deelneming 67 Awr. In deze notitie zal ik als vertegenwoordiger van de kennisgroep Deelnemingsvrijstelling, ingaan op deze verkennende vragen.

Hierbij zij aangetekend dat de casusbeschrijving nog globaal is en dat belanghebbende nog bevraagd moet worden over achterliggende feiten. Deze notitie is dus ook enigszins algemeen van aard.

2. Algemene uitgangspunten.

Bij het schrijven van deze notitie is het fiscale fenomeen 'verkoopkosten deelneming' nog niet geheel uitgekristalliseerd. Op dit moment ligt een relevante casus voor de Hoge Raad (nr. 17/02111) en is het dus nog onzeker in hoeverre de Hoge Raad de uitspraak van Hof Arnhem Leeuwarden van 31 januari 2017 (ECLI: NL:GHARL:2017:636) gaat volgen. De AG (Wattel) heeft in deze uitspraak geconcludeerd tot verwijzing (V-N 2017/60.14, ECLI:NL:PHR:2017:1135). Voor de beoordeling van de casus zijn daarom dus de uitspraak van Hof Arnhem Leeuwarden (nrs. 16/00228 en 16/00262,) en de conclusie van de AG zeker richtinggevend waarbij de notitie van de kennisgroep Deelnemingsvrijstelling van 30 september 2016 nog steeds als staand beleid heeft te gelden.

Uit de genoemde uitspraak van Hof Arnhem Leeuwarden kunnen de volgende beslisfactoren worden herleid.

- a) het begrip verkoopkosten dient ruim te worden opgevat;
- b) bij verkoopkosten bestaat er, in tegenstelling tot bij de aankoopkosten, geen onzekerheid ten aanzien van de deelnemingsverhouding met de te verkopen deelneming;
- c) de door de wetgever genoemde analogie met de aankoopkosten gaat niet verder dan dat voor beide soorten kosten rekening moet worden gehouden met zowel interne kosten als externe kosten.
- d) ook interne verkoopkosten dienen dus als verkoopkosten te worden bestempeld;
- e) om kosten te kunnen aanmerken als verkoopkosten is voldoende dat er een rechtstreeks en oorzakelijk verband bestaat tussen de kosten en de beoogde verkoop van die deelneming;
- f) van belang is het moment dat definitief is besloten om tot verkoop aan een geschikte koper over te gaan;
- g) de enkele omstandigheid dat er gedurende het verkoopproces nog onzekerheid bestaat over de vraag of de verkoop slaagt of wie de uiteindelijke koper is, is niet relevant;
- h) de deelneming moet uiteindelijk wel worden verkocht;

Het Hof lijkt het niet van belang te vinden in welke mate de geobjectiverde kans bestaat dat de verkoop doorgaat. Hij vindt enkel van belang dat de verkoop daadwerkelijk door is gegaan. Het Hof lijkt terug te redeneren vanaf de verkoop tot aan het moment dat definitief tot de verkoop besloten werd. Dit is dus enkel een subjectief moment vanaf wanneer de aan de verkoop toerekenbare kosten als niet aftrekbaar worden bestempeld.

In de (tot op heden nog niet ge-WOB-de) notitie van de kennisgroep deelnemingsvrijstelling van 30 september 2016 worden bovenstaande punten ook in meer of mindere mate genoemd¹. Daarbij is één punt wél van belang, namelijk de mate van zekerheid dat de inspanningen (lees kosten) tot de beoogde verkoop zullen leiden. In tegenstelling tot het Hof, geeft de kennisgroep in zijn notitie wel een criterium, te weten de redelijk verwachting:

3.b (...)

Om te kunnen spreken van niet aftrekbare kosten moet er voldoende causaliteit met de deelneming zijn en moeten deze kosten worden gemaakt op een moment dat er een redelijke verwachting is dat de aan- of verkoop doorgang vindt.

Dit standpunt van de kennisgroep is gebaseerd op het filmscriptarrest, HR 23 juni 1999, (BNB 1999/320, ECLI:NL:HR:1999:AA2800). Als er (geobjectiveerd) sprake is van een redelijke verwachting (in de zin van 'more likely than not') dat de deelneming verkocht gaat worden, behoren de aan de verkoop toerekenbare kosten tot de verkoopkosten van die deelneming.

Wattel buigt zich in zijn conclusie bij de Hofuitspraak o.a. ook over dit 'kantelmoment' (ECLI:NL:PHR:2017:1135). Wattel komt tot een aantal criteria bij het vraagstuk van de niet aftrekbare verkoopkosten:

- het al-dan-niet-gelukt-criterium, dit sluit aan bij het door Hof Arnhem-Leeuwarden geformuleerd criterium (zie ad g); de overweging van Wattel daarbij is dat het moet gaan om kosten die zijn gemaakt om een vrijgesteld deelnemingsresultaat te behalen. Is er geen sprake van een dergelijk resultaat, dan kunnen de kosten nooit als niet-aftrekbaar worden bestempeld;
- uit H.R. 11 januari 2013 (BNB 2013/70, ECLI:NL:HR:2013:BY0612) concludeert Wattel dat in elk geval de verkoopkosten die na het sluiten van de intentie-overeenkomst zijn gemaakt, van aftrek zijn uitgesloten (behoudens als de verkoop uiteindelijk niet doorgaat)²;
- voor de kosten die vóór dit moment zijn gemaakt formuleert Wattel twee aanvullende cumulatieve criteria:
 - o het voornemen-criterium: zodra en zolang er een (subjectief) voornemen tot verkoop bestaat, zijn alle kosten die in verband met dat voornemen worden gemaakt van aftrek uitgesloten. De AG sluit hiermee aan bij het oordeel van het Hof;
 - o het Boorput-criterium (ontleend aan BNB 1995/180) dan wel het Filmscript-criterium (ontleend aan BNB 1999/320): beslissend is of ten tijde van het maken van de kosten een redelijke mate van zekerheid c.q. de verwachting bestaat dat het tot een vrijgesteld resultaat zal komen waaraan de kosten toegerekend kunnen worden.

Wattel is van mening dat het Hof niet heeft onderzocht vanaf welk moment objectief verwacht kon worden dat het tot een vrijgesteld resultaat uit vervreemding van de deelneming zou komen zodat de uitspraak cassabel is. In het daarop volgende verwijzingsadvies lijkt de AG het laatste (objectieve) criterium zelfs nog iets te verscherpen door te willen laten onderzoeken of bij het maken van de kosten (in 2008) objectief verwacht kon worden dat de belastingplichtige er in zou slagen haar deelneming *binnen afzienbare tijd* te vervreemden.

1. Daarbij zij overigens aangetekend dat de uitleg van het begrip analogie (zie onderdeel c bij de beslisfactoren van Hof Arnhem-Leeuwarden) door de kennisgroep als te beperkt wordt beschouwd. De kennisgroep is van mening dat het begrip analogie wel een ruimere betekenis heeft (zie daarvoor b.v. onderdeel 3b, pag. 15, van de genoemde notitie).

2. De verwijzing naar BNB 2013/70 wordt door de kennisgroep niet als sterk ervaren. In BNB 2013/70 was tussen partijen niet in geschil of deze kosten als verkoopkosten dienden te worden bestempeld, maar slechts of deze kosten als verkoopkosten konden worden beschouwd omdat ze werden gemaakt tijdens de periode dat de verkochte vennootschap nog onderdeel was van de fiscale eenheid met de verkopende vennootschap.

De verwachting is overigens dat de Hoge Raad over niet al te lange tijd uitspraak zal doen in bovenvermelde zaak.

Als we al deze zaken opstapelen blijkt het volgende.

1. De verkoop moet daadwerkelijk gelukt zijn. Hierover lijkt wel eenduidigheid te bestaan. Weliswaar lijkt de AG als aanvullende voorwaarde te stellen dat bij het maken van de kosten de objectieve verwachting bestaat de deelneming *binnen afzienbare tijd* verkocht gaat worden, maar wij zien deze beperking niet. Wij menen dat, indien gebleken is dat de deelneming is verkocht, bij wijze van spreken hindsight kan worden bekeken of en in hoeverre er kosten kunnen worden gealloceerd aan die verkoop.
2. De kennisgroep stelt bij kosten die verband houden met de verkoop van de deelneming (gealloceerd kunnen worden aan het verkoopresultaat), dat er sprake moet zijn van een redelijke verwachting dat de verkoop doorgang vindt (op het moment dat die kosten worden gemaakt). AG Wattel spreekt van 'een redelijke mate van zekerheid c.q. verwachting' dat het tot een vrijgesteld resultaat leidt. Het Hof heeft zich niet uitgelaten over deze objectieve-verwachtingseis. Alhoewel er grammaticaal verschil bestaat tussen het standpunt van de kennisgroep en dat van de AG, voelt dat niet als een groot, fundamenteel verschil. In ieder geval is duidelijk dat de AG in het Boorput-arrest (BNB 1995/180) niet de strekking leest die veel schrijvers daaruit afleiden namelijk, dat pas als het *niet langer onzeker* is dat de verkoop doorgaat, er sprake is van niet aftrekbare verkoopkosten. Vast staat is dat de kennisgroep deze lezing niet deelt en het lijkt er ook op dat ook Wattel in zijn conclusie het boorput-arrest aanzienlijk genuanceerder uitlegt.
3. Ten aanzien van de (toerekenbare) kosten die gemaakt zijn ná het sluiten van de intentie-overeenkomst lijkt geen diep verschil in inzicht te bestaan, maar is er ook geen volledige overeenstemming. Wattel meent dat er voor deze kosten ruimschoots wordt voldaan aan het subjectieve én het objectieve criterium en kunnen deze kosten alleen nog tot aftrek leiden als de verkoop definitief niet doorgaat. De AG legt voor deze kosten, althans in de voorliggende casus, geen extra (subjectieve en objectieve) criteria aan. Hof Arnhem-Leeuwarden buigt zich helemaal niet over dit vraagstuk, omdat hij alleen de (subjectieve) verkoopintentie relevant acht. De kennisgroep is overigens van mening dat er ook ná het sluiten van de intentie-overeenkomst sprake moet zijn een redelijke verwachting dat de verkoop doorgaat. Ten overvloede, deze verwachte verkoop ziet dus niet slechts op de uiteindelijke transactie, maar enkel op de mogelijkheid dat er verkocht gaat worden, dus ook met inachtneming van de kansen bij andere potentiële kopers.

3. De casus zoals door het behandelteam beschreven:

Als we deze casus afzetten tegen voorgaande beschouwing lijken in ieder geval twee belangrijke hordes genomen te kunnen worden, de verkoop is definitief doorgegaan en het subjectieve verkoopbesluit ligt al geruime tijd terug (vermoedelijk al ruim vóór 67 Awr). De kernvraag is, en ik begrijp ook dat het in de casus daarom draait, of en in welke mate er de verwachting (of de redelijke mate van zekerheid) bestaat en heeft bestaan dat er een verkoop tot stand zou komen (of, zoals Wattel stelt, er een vrijgesteld deelnemingsresultaat zou worden behaald). Ook in de lijn van de notitie van de kennisgroep is de vraag relevant of ten aanzien van de verkoopkosten, op het moment dat zij worden gemaakt, de redelijke verwachting bestaat dat er een verkoop tot stand zal komen.

Het is daarbij van belang om in te zien dat het daarbij niet de vraag is of deze specifieke verkoop door zou gaan, maar de kans dat er een verkoop tot stand zou komen. Dit is dus met inbegrip van de kans dat er aan een andere koper verkocht zou worden. Het kan dus zeker interessant zijn of er ook andere partijen in de markt waren die geïnteresseerd waren in de overname. Als 67 Awr besloten heeft tot een (strategische) afstoting van 67 Awr zal daarvoor zeer waarschijnlijk een vooronderzoek zijn gedaan naar potentiële kopers en een prospecties of iets dergelijks zijn opgesteld. Mogelijk is er een short list gemaakt van potentieel geïnteresseerden en zijn er diverse partijen gevraagd om een bieding te doen. Het valt dus niet uit te sluiten dat er naast 67 Awr andere potentiële kopers in de 'wachtkamer' zaten in afwachting van het (mis)lukken van de transactie. Deze terugval-optie zal zeker van invloed zijn op de objectieve kans dat er een deelnemingsresultaat behaald zal gaan worden.

Voorgaande betekent overigens ook dat er in de periode voorafgaande aan de intentie-overeenkomst kosten zullen zijn gemaakt die mogelijk toerekenbaar zijn aan de verkoop én waarvan kan worden gesteld dat deze zijn gemaakt op het moment dat er een redelijke verwachting bestond dat de deelneming verkocht zou gaan worden (aan wie en tegen welke prijs is daarbij niet relevant). 5.1.2d

5.1.2d

Als we het verkoopproces leggen naast de conclusie van de AG, dan lijkt het er op dat in ieder geval alle toerekenbare kosten na het sluiten van de intentie-overeenkomst (ik ga er van uit dat dat op 67 Awr is) tot de niet aftrekbare kosten behoren. Immers de AG legt voor deze kosten niet (meer) de extra subjectieve en objectieve toets aan. 5.1.2d

5.1.2d

Het behandelteam geeft aan dat belastingplichtige stelt dat:

Dat de verkoop onzeker was gedurende een bepaalde periode zal zeker waar zijn, de vraag is alleen of een verkoop dusdanig onzeker was dat de kans dat er in het geheel geen verkoop tot stand zou komen, dus ook niet met een andere gereede partij, groter was dan 50%. Gelet op het feit dat er uiteindelijk een geslaagde verkoop tot stand is gekomen én het gaat om aftrekbare bedragen, lijkt de bewijslast van deze kans, bij belastingplichtige te liggen.

In de intentie-overeenkomst zal waarschijnlijk als voorwaarde zijn opgenomen dat de bevoegde autoriteiten (67 Awr) hun goedkeuring moeten verlenen aan de transactie. De vraag is dan relevant of de overeenkomst partijen, na een niet-akkoord-verklaring van de autoriteiten, verplicht zijn om hun intenties verder te exploreren teneinde alsnog een 'goede' overeenkomst te bereiken. Het zal uiteindelijk uit de stukken moeten blijken of de partijen direct na de afwijzende beschikking van 67 Awr weer om de tafel zijn gaan zitten om een 'verbeterde' transactie tot stand te brengen of dat er wellicht een langere periode zonder enige inspanning is geweest. Wellicht is daarna het verkoopproces geheel vanaf nul weer opgepakt. De vraag is in dat geval wel interessant wat de belanghebbende in de tussenliggende periode aan haar strategische voornemen heeft gedaan om de deelneming af te stoten.

4. in het kort nog de vragen van het behandelteam

- 1: Is meer bekend bij jou over de stand van de jurisprudentie tav van het moment waarop de aftrekbeperking tav verkoopkosten ingaat?

Wij zijn in gespannen afwachting op het arrest van de Hoge Raad en hopen dat her duidelijkheid wordt verschaft over dit 'omslagpunt'.

- 2: Heb jij nog andere relevante info voor ons?

Helaas is op dit moment de enige info de notitie van de kennisgroep (zeer belangrijk), de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden (ook belangrijk) en de conclusie van AG Wattel (zeker van belang, maar wel te voorzien van de nodige kanttekeningen). Vooralsnog zal de kennisgroep uitgaan van de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden, waarbij we uiteraard zeer benieuwd zijn of en in welke mate de Hoge Raad de uitspraak in stand laat.

- 3: Hoe kijk jij aan tegen de zienswijze van 67 Awr?

Het antwoord op de vraag over de aftrekbaarheid van de verkoopkosten is zeer feitelijk (open deur, ik weet het). Ik denk dat het belangrijk is om te onderzoeken in welke mate de partijen die uiteindelijk tot de transactie gekomen zijn, 67 Awr, verder zijn gegaan. Er zit nog best wat tijd tussen de twee contracten. Hebben ze al die tijd met elkaar verder gesproken over een aanpassing van de oorspronkelijke overeenkomst of zijn ze helemaal weer opnieuw begonnen? Het maakt denk ik, nog wel uit of er allerlei technische aanpassingen in de oorspronkelijke overeenkomst moesten plaatsvinden, of dat partijen na het 67 Awr, weer geheel vrij waren. In dat laatste geval is het wel interessant om te onderzoeken welk 'terugvalscenario' 67 Awr had. Waren er nog alternatieven beschikbaar binnen de strategische opdracht om 67 Awr af te stoten en zo ja, zijn die onderzocht? Betroffen die alternatieve scenario's ook de verkoop van de deelneming en zo ja, waren er andere geïnteresseerden in de deelneming?

Ook is het van belang om te kijken welk kosten er vóór en ná de afwijzing door 67 Awr zijn gemaakt. Als blijkt dat er veel kosten zijn opnieuw gemaakt (b.v. een volledig nieuw due-diligence-onderzoek),

dan valt er veel voor te zeggen om de kosten, voor zover ze zijn gemaakt vóór het 67 Awr, als verloren te beschouwen. Omgekeerd, als deze kosten niet nogmaals worden gemaakt, dan kan dat een aanwijzing zijn dat de kans dat er uiteindelijk een verkoop tot stand zou komen, al die tijd ook redelijkerwijs te verwachten was. Anderzijds, ook in het geval dat er zou komen vast te staan dat er in die (afkoel-)periode een fors afgenomen verkoopkans was, dan zou een pleitbare stelling nog kunnen zijn dat deze gedane 'investeringen' in ieder geval voor een deel, hun waarde hebben behouden en dat deze in stand gebleven 'waarde' uiteindelijk tóch als niet aftrekbare verkoopkosten zouden moeten worden bestempeld. Hoe één en ander bepaald moet worden is natuurlijk geen exacte wetenschap, maar discussies over verkoopkosten lopen wel vaker via een min of meer intuïtief pad. Dat laatste is uiteraard meer het domein van het behandelteam.

Ik begrijp dat jullie belanghebbende nog aan het bevragen zijn. Wellicht en hopelijk komt er binnenkort meer duidelijkheid uit de koker van de Hoge Raad. In de tussenliggende periode kan het zeker geen kwaad voorgaande zaken ander uit te vragen.

24 oktober 2018,

5.1.2e



De vraag komt op of indien een earn out vordering wordt overgedragen aan een ander bij die ander nog steeds sprake is van een earn out ex art 13 lid 6. De wettekst is duidelijk, het moet gaan om de "vervreemder". Bij de ander is vervolgens de schattingsjurisprudentie weer van toepassing.

memo

Kwalificatie aandelenbelang kleiner dan 5% als earn out

Casus

Belastingdienst
Grote Ondernemingen Zuid
Kantoor Maastricht

Contactpersoon

5.1.2e

tel: 06 5.1.2e

5.1.2e @belastingdienst.nl

Datum

26 oktober 2018

Auteur

~~5.1.2e~~ 5.1.2e

67 Awr

67 Awr

Vragen

1. Zijn de B aandelen aan te merken als een deelneming in de periode van verkoop van de aandelen D BV tot inkoop van de aandelen X BV?
2. Kunnen de verkregen B aandelen als earn-out in de zin van art. 13 lid 6 Wet Vpb worden aangemerkt?
3. Kunnen de verkregen B aandelen als een gesplitst belang worden aangemerkt?

Beschouwing

buiten verzoek



Beantwoording vraag kennisgroep deelnemingsvrijstelling

Nummer vraag:

DVS 18027

Datum:

31 oktober 2018

Verkorte omschrijving vraag:

Leidt de fee die de exportvennootschap aan de IC-DISC company betaalt, tot toepassing van artikel 13 lid 17?

Antwoord:

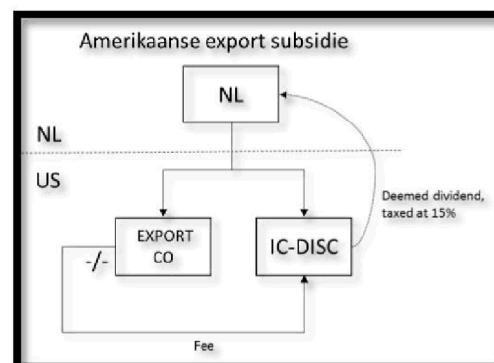
Artikel 13 lid 17 is in ieder geval op basis van doel en strekking van de regeling niet van toepassing.

Onderbouwing

Beschrijving Amerikaanse IC-DISC structuur

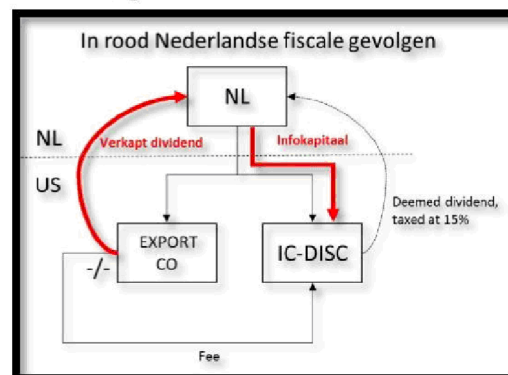
De IC-DISC wordt in de VS gebruikt om de export te stimuleren. Als geopteerd wordt voor het IC-DISC regime zijn de fees, die betaald worden door de exportvennootschap (EXPORT CO), aan de IC-DISC company aftrekbaar bij de exportvennootschap. De hoogte van de commissie-fees wordt forfaitair bepaald. De fees zijn voor de IC-DISC company vrijgesteld van vpb.

Vaak is de enige activiteit van de IC-DISC company het aanhouden van een bankrekening of een groepsvordering op de exportvennootschap. Het voordeel van deze structuur is dat de fee aftrekbaar is bij de EXPORT CO, de bate van de fee bij de IC DISC niet wordt belast en de IC DISC dividend betaalt aan de eigenaar welk dividend bij de eigenaar wordt belast. Zie hiernaast een schematische weergave.



Nederlandse fiscale gevolgen van een IC-DISC structuur en rechtsvraag

Vanuit Nederlands perspectief verarmt de exportvennootschap dochter en verrijkt de IC DISC dochter. Tegenover de fees die betaald worden aan IC-DISC staat immers geen tegenprestatie. Er is fiscaal sprake van een bevoordeling van IC DISC via de gezamenlijke Nederlandse aandeelhouder (NL). Dit betekent dat de verarming van EXPORT CO voor Nederlandse doeleinden wordt aangemerkt als een verkapt dividend en tegelijkertijd voor eenzelfde bedrag wordt een infokap gestort in IC-DISC. Aan de rechterzijde van deze pagina wordt dit schematisch getoond.



De IC-DISC vennootschap wordt aangemerkt als een ter belegging gehouden vennootschap en wordt op waarde in het economisch verkeer gewaardeerd, volgens artikel 13a. Via de infokap storting wordt het gestort kapitaal opgehoogd en zal per saldo (uiteindelijk) alleen het rendement op het ingebrachte kapitaal in de heffing in NL betrokken worden. In punt 1.9.1 van het Besluit deelnemingsvrijstelling¹ is hierover het volgende opgenomen:

"In de Verenigde Staten van Amerika kan een vennootschap onder bepaalde voorwaarden opteren om als Interest Charge-Domestic International Sales Corporation (hierna: IC-DISC) te worden aangemerkt. Als een belastingplichtige

¹ BLKB2016/803M, 20 januari 2017

een belang in een IC-DISC heeft, worden de aandelen in deze IC-DISC - doorgaans - ter belegging gehouden. Veelal zal er ook geen sprake zijn van een kwalificerende beleggingsdeelneming, omdat de IC-DISC niet aan een belasting naar de winst is onderworpen die resulteert in een naar Nederlandse maatstaven reële heffing en de bezittingen van de IC-DISC - doorgaans - voor 50% of meer uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan. De deelnemingsvrijstelling is in deze situaties dus niet van toepassing op het belang in de IC-DISC. Daarentegen is artikel 13a Wet Vpb van toepassing als de belastingplichtige een belang van 25% of meer in de IC-DISC heeft en de bezittingen van de IC-DISC voor meer dan 90% uit laagbelaste vrije beleggingen bestaan.”

Vraag

Resteert de vraag of op de voor Nederlandse fiscale doeleinden gesignaleerde verkapte dividenduitkering artikel 13 lid 17 van toepassing is.

Wettekst artikel 13 lid 17 Wet VPB en toelichting

De wettekst van artikel 13 lid 17 luidt als volgt:

17. De deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover deze voordelen bestaan uit:

a. vergoedingen van of betalingen door het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden voor zover deze rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting;

b. hetgeen wordt ontvangen ter vervanging van gederfde of te derven vergoedingen of betalingen als bedoeld in onderdeel a.

Indien een vergoeding of betaling als bedoeld in de eerste volzin, onderdeel a, op de kostprijs van een deelneming wordt afgeboekt, wordt een bedrag ter grootte van die vergoeding, onderscheidenlijk betaling, tot de winst van de belastingplichtige gerekend.

- MvT, TK, 34 306, nr. 3, p. 2, 3 en 7:

‘Met de eerste wijziging van de MDR wordt beoogd situaties tegen te gaan waarin de vergoeding voor een geldverstrekking in de ene lidstaat aftrekbaar is en in de andere lidstaat niet wordt belast zoals bij een mismatch bij hybride leningen. (...). Deze maatregel is niet beperkt tot hybride leningen, maar ziet op alle deelnemingsverhoudingen waarbij sprake is van een aftrek inzake een geldverstrekking waar geen belastingheffing tegenover staat; dus bijvoorbeeld ook op een cumulatief preferent dividend dat aftrekbaar is bij de betaler daarvan. Om aan deze bepaling uit de MDR uitvoering te geven wordt voorgesteld de deelnemingsvrijstelling en -verrekening niet meer van toepassing te laten zijn op ontvangen vergoedingen en betalingen uit hoofde van een deelneming voor zover deze vergoedingen of betalingen bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of indirect aftrekbaar zijn voor de winstbelasting. (...). Bij de vormgeving van de maatregel is gekozen voor een mondiale reikwijdte, dus ongeacht de jurisdictie waarin het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, is gevestigd. Dit past ook binnen het uniform-wereldwijd geldende karakter van de deelnemingsvrijstelling, zonder onderscheid tussen deelnemingen in de EU of de Europese Economische Ruimte (EER) en daarbuiten. (...). De bepaling ziet op vergoedingen of betalingen die bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden rechtens dan wel in feite direct of

indirect in aftrek kunnen komen. Het gaat er daarbij om of de vergoeding of betaling naar haar aard in het andere land in aftrek kan komen bij de bepaling van de totaalwinst van dat lichaam.

- NnavV, TK, 34 306, nr. 6, p. 3, 4 en 18:

'De leden van de fractie van de SP vragen of door het wetsvoorstel ook mismatches als gevolg van verschillen in transfer pricing worden bestreden. De leden van de fractie van het CDA vragen in het verlengde hiervan of het kabinet uiteen kan zetten hoe het leerstuk van de onzakelijke lening zich verhoudt tot de beperking van de deelnemingsvrijstelling bij hybride leningen. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen of het de bedoeling is dat bij een verschillende toepassing van het arm's length beginsel dan wel door toepassing van het leerstuk van de onzakelijke lening in bepaalde gevallen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt uitgesloten. Ook de NOB gaat hier in haar commentaar op in. Het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet Vpb 1969) ziet niet op mismatches die het gevolg zijn van een verschillende verrekenprijsbenadering. Het voorgestelde artikel ziet op mismatches die het gevolg zijn van het karakter van het instrument. Hierdoor beoordeelt de ene staat de ter zake van de op de hybride verstrekking betrekking hebbende vergoeding of betaling naar hun aard anders dan de andere staat. De voorgestelde bepaling is van toepassing op vergoedingen of betalingen die naar hun aard aftrekbaar zijn. Richtlijn 2014/86/EU noch de implementatie daarvan is bedoeld om een principiële wijziging aan te brengen in de behandeling van hetgeen meer aan vergoedingen wordt ontvangen als gevolg van een afwijking in de verrekenprijsbenadering.

(...)

De leden van de fractie van het CDA vragen het kabinet om te bevestigen dat de voorgestelde maatregel voor mismatches niet geldt voor bewuste voordelen en faciliteiten van het fiscale stelsel van het andere land. Voorts vragen deze leden of de voorgestelde bepaling zo uitwerkt dat de Braziliaanse allowance for corporate equity in Nederland wordt belast. Het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is van toepassing op vergoedingen of betalingen die naar hun aard in het land van de dochtermaatschappij in aftrek kunnen worden gebracht, zoals het geval is bij de betalingen waarop het Braziliaanse allowance for corporate equity regime van toepassing is. Deze betalingen kunnen in Brazilië rechtstreeks in aftrek worden gebracht op de winst. Of de aftrek in een ander land «bewust» is toegekend, is niet relevant.

(...).

Het RB vraagt of de voorgestelde wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling alleen betrekking hebben op de hybride lening of ook op andere situaties. De voorgestelde wijzigingen hebben ook betrekking op andere situaties waarin een vergoeding of betaling ter zake van een deelneming wordt ontvangen van, en aftrekbaar is bij, het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, zoals bij een cumulatief preferent dividend dat naar zijn aard in aftrek kan worden gebracht bij de betaler daarvan.

- Brief Stas, TK, 34 302, nr. 18, p. 25-26:

'De heer Omtzigt vraagt waarom Nederland kennelijk een faciliteit terugneemt, zoals bij de Braziliaanse allowance for corporate equity, als een ander land een bedrijf een faciliteit biedt, bijvoorbeeld omdat het bedrijf grotendeels met eigen

vermogen gefinancierd is. De heer Omtzigt merkt hierbij op dat het voorkomen van non-heffing bij hybride leningen hier niets mee te maken heeft. In geval van de Braziliaanse allowance for corporate equity gaat het om dividenduitkeringen die rechtstreeks in aftrek kunnen worden gebracht op de winstgrondslag. De voorgestelde bepaling van artikel 13, zeventiende lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) ziet op vergoedingen en betalingen die in aftrek kunnen worden gebracht op de winstgrondslag. Het maakt niet uit of de onderliggende geldverstrekking in het andere land als lening of als kapitaalverstrekking wordt aangemerkt. Van belang is of de betaling voor die geldverstrekking in dat land naar haar aard aftrekbaar is. In het geval van een betaling die aftrekbaar is op grond van de Braziliaanse allowance for corporate equity wordt door het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 non-heffing voorkomen. Dat sprake is van een faciliteit in een ander land doet hier niets aan af. Dit is in lijn met de antimismatchregel uit de MDR welke regel ziet op aftrekbare voordelen, ongeacht het karakter van de geldverstrekking. De voorgestelde bepaling ziet niet op dividenden die worden uitgekeerd door een Belgische vennootschap die recht heeft op de zogeheten notionele interestaftrek omdat er anders dan bij de Braziliaanse allowance for corporate equity geen direct verband is tussen de notionele interestaftrek en de dividendbetaling.'

Analyse van het vraagstuk of de fictieve Nederlandse dividenduitkering onder de bepaling van artikel 13 lid 17 valt

Er zijn uiteenlopende meningen of de fictieve dividenduitkering onder de bepaling van artikel 13 lid 17 valt. Voor zowel het standpunt dat de uitkering eronder valt als de stelling dat de uitkering er niet onder valt zijn diverse argumenten te noemen. Onderstaand staan de belangrijkste argumenten voor beide stellingen.

Fictief verkapt US dividend valt onder artikel 13 lid 17 en de bate is belast

- Door de onzakelijke fee van EXPORT CO aan de IC DISC ontstaat in Nederland een fictieve dividenduitkering gevolgd door een kapitaalstorting in IC-DISC. De samenloop van de aftrekbare fee in de US met de voor Nederlandse doeleinden fictieve dividenduitkering triggert artikel 13 lid 17.
- Er is geen sprake van een verschil in TP benadering, immers beide landen hanteren in een dergelijk geval soortgelijke TP regels en voor de US is dit een export faciliteit (subsidie) om export te bevorderen.

Fictief verkapt US dividend valt niet onder artikel 13 lid 17 en de bate is vrijgesteld

- Doel en strekking van artikel 13 lid 17 is het voorkomen van een mismatch, zoals een aftrekbare vergoeding voor een geldverstrekking in het ene land zonder heffing in het andere land. De US IC-DISC structuur is een subsidie in de US, gericht op het stimuleren van export winsten van US ingezetenen. Het betreft een puur US aangelegenheid. In de structuur wordt geen gebruik gemaakt van een hybride instrument. Slechts door het correctiemechanisme vanuit een Nederlands perspectief (in het midden latend of dit al dan niet een tp-correctie is) ontstaat een dividend als gevolg van een aftrekbare vergoeding. Er is geen sprake van een mismatch als gevolg van het niet op elkaar aansluiten van fiscale jurisdicties.
- Er vindt een betaling van een fee plaats waar geen prestatie tegenover staat. Er is derhalve sprake van een bevoordeling door de ene

zustermaatschappij van de andere zustermaatschappij. Deze bevoordeling vindt zijn oorsprong in de aandeelhouderssfeer. De gemeenschappelijke aandeelhouder is de Nederlandse vennootschap. Deze transactie moet worden ontdaan van aandeelhoudersinvloeden. Dit kan worden bereikt door een dividenduitkering te constateren aan de Nederlandse moeder door EXPORT CO, gevolgd door een kapitaalstorting aan IC DISC. De (verkapte) dividenduitkering is dus een uit het Nederlandse belastingstelsel voortvloeiende technische correctie om de transactie te ontdoen van onzakelijke elementen. Het blijft in het midden of dit is aan te merken als een TP-correctie.

- De verkapte dividenduitkering is het uitgangspunt voor 13-17 dat apart bekeken moet worden. Tegenover het verkapte dividend staat geen betaling die aftrekbaar is. De fee is in de V/S weliswaar aftrekbaar, maar dat is in de hoedanigheid van fee en niet in de hoedanigheid van dividend.
- De als gevolg van het Nederlandse correctiemechanisme geconstateerde dividenduitkering, is in de VS niet zichtbaar. Er is naar VS maatstaven dus ook geen sprake van een dividendbelasting die naar zijn aard aftrekbaar is.
- Een vergelijking zou getrokken kunnen worden tussen de notionele renteaftrek (op eigen vermogen) en de dividendbetaling waarvan de staatssecretaris in de parlementaire behandeling heeft gezegd dat onvoldoende verband is.

Conclusie

De letterlijke tekst van de wet biedt geen eenduidig antwoord of de fictieve dividenduitkering onder de bepaling van artikel 13 lid 17 valt. Voor zowel standpunt dat de fictieve uitkering er wel onder valt als het standpunt dat de fictieve uitkering er niet onder valt, zijn argumenten. Doel en strekking van de regeling geeft uiteindelijk de doorslag. Doel en strekking van artikel 13 lid 17 is het voorkomen van een mismatch, zoals een aftrekbare vergoeding voor een geldverstrekking in het ene land zonder heffing in het andere land. In het onderhavige geval is er geen sprake van een mismatch door het gebruik van een hybride instrument. Door het Nederlandse correctiemechanisme ontstaat een dividenduitkering welke onder de letterlijke tekst van de bepaling van artikel 13 lid 17 kan vallen. Redelijke wetstoepassing brengt mee dat dit fictieve dividend onder de deelnemingsvrijstelling valt en niet beperkt wordt door artikel 13 lid 17.

Om duidelijkheid te bieden aan soortgelijke gevallen, zal dit in het eerstvolgende beleidsbesluit worden aangevuld bij hetgeen reeds over IC-DISC structuren wordt vermeld.

BIJLAGE

buiten verzoek

1. Casus

buiten verzoek

Het draait kort gezegd om onzakelijke leningen van de Holding van pa (PaHold) aan:

- de Holding van zoon (ZoHold) ad 67 Awr en
- een werkmij van ZoHold (ZoWerk) ad 67 Awr.

De leningen zijn verstrekt in de jaren 67 Awr

Op 67 Awr worden de aandelen ZoHold voor 67 Awr verkocht aan PaHold. In de akte is geregeld dat ZoHold de (onzakelijke) schuld van ZoWerk overneemt en PaHold de (onzakelijke) leningen als agio in ZoHold stort.

Daarna leent PaHold nog 67 Awr aan ZoHold.

Het faillissement van ZoWerk wordt uitgesproken op 67 Awr en wordt beëindigd begin 67 Awr. De liquidatie van ZoHold vindt plaats op 67 Awr.

2. Vraag

Maakt PaHold in 67 Awr aanspraak op een liquidatieverlies ad 67 Awr (= het geclaimde OB)?

3. Antwoord

Analoog aan het antwoord op de casus Leen Woeker en dvs15029 luidt het antwoord op de onderhavige casus ontkennend omdat:

- a) sprake is van onzakelijkheid 'bovenlangs' (PaHold verstrekt de lening op instigatie van pa dan wel vanwege persoonlijke betrekkingen tussen pa en zoon). Deze kan niet (achteraf) worden getransformeerd in onzakelijkheid 'onderlangs' (van PaHold naar ZoHold);
- b) het in BNB 2014/98 neergelegde criterium 'vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen' moet materieel worden getoetst (zie daarover ook onderdeel 3.2 en 4.12 van het verzamelbesluit AB van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018-15751). Op het moment waarop PaHold de deelneming in ZoHold verkrijgt is de lening materieel reeds prijsgegeven.

Het voorgaande betekent dat PaHold het verlies op de lening niet kan aftrekken, ook niet bij liquidatie van ZoHold.

4. Beschouwing

4.1 Primair: onzakelijkheid bovenlangs

Uit HR BNB 2016/38 blijkt dat de Hoge Raad inmiddels de volgende drie soorten onzakelijke lening onderkent.

Een lening is onzakelijk als de crediteur het daarmee gepaard gaande debiteurenrisico (dat een derde niet zou aanvaarden) aanvaardt:

- (i) met de bedoeling het belang van een gelieerde partij te dienen in de hoedanigheid van
 - hetzij (a) aandeelhouder (lening omlaag), zoals in BNB 2012/37
 - hetzij (b) dochtervennootschap (lening omhoog), zoals in BNB 2008/191;
- (ii) op grond van persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen (zoals in HR BNB 2015/12, inzake een waardeloze regresvordering op echtgenoot na mogelijk onzakelijke hoofdelijke aansprakelijkstelling);
- (iii) met de bedoeling het belang van de aandeelhouder te dienen, al is de lening niet verstrekt aan de aandeelhouder of aan een met hem gelieerde partij (zoals in HR BNB 2015/141).

Belanghebbende betoogt dat het hier gaat om categorie (i-a), lening omlaag. Vervolgens betoogt zij dat HR BNB 2014/98 betekent dat bij faillissement van ZoHold het verlies op de ozl wordt bijgeteld bij het OB van PaHold in ZoHold.

In HR BNB 2014/98 (ozl omlaag) oordeelde de HR:

'3.3.4.3 (...) Dat heeft niet tot gevolg dat op het moment waarop de vordering wordt afgewaardeerd reeds sprake is van een (informele) kapitaalstorting. De debiteur heeft immers nog steeds een verplichting tot rentebetaling en tot aflossing van het nominale bedrag van de lening. Pas als definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen – zoals bij kwijtschelding van de (oninbare) vordering of bij liquidatie van de vennootschap - zal dat verlies gelijkgesteld moeten worden met een informele kapitaalstorting.'

Volgens de kennisgroep gaat het in casu echter om categorie (iii): al heeft PaHold de lening niet verstrekt aan haar aandeelhouder of aan een met hem gelieerde partij, zij heeft het onderhavige debiteurenrisico (dat een derde niet zou nemen) aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder (pa) te dienen.

Algemeen wordt aangenomen dat BNB 2014/98 met betrekking tot een ozl omhoog met zich brengt dat bij prijsgeven etc. het verlies moet worden gelijkgesteld met een uitdeling.

Ook is het denkbaar dat de casus valt onder categorie (ii): PaHold heeft het debiteurenrisico aanvaard vanwege persoonlijke betrekkingen tussen pa en zoon. De gevolgen zijn in dat geval niet anders.

Conclusie

In casu heeft PaHold niet, na de aanschaf van de aandelen ZoHold, aan ZoHold een voordeel toegekend (lees: infokap in ZoHold gestort), maar heeft PaHold bij de verstrekking van de lening onzakelijk gehandeld met als doel het belang van haar aandeelhouder te dienen c.q. vanwege de vader-zoonrelatie.

Voor PaHold brengt HR BNB 2014/98 mee dat het verlies op de lening (uiteindelijk, zie ook punt 5) als een uitdeling aan pa wordt aangemerkt. Een infokapstorting door PaHold in ZoHold is daarom niet aan de orde.

4.2 Subsidiair: BNB 2014/98 werkt reeds bij materieel prijsgeven

Onduidelijk is of HR BNB 2014/98 betekent dat een infokapstorting (ozl omlaag) c.q. uitdeling (ozl omhoog) pas bij *formeel* prijsgeven c.q. liquidatie aan de orde zijn, of dat daarvan ook sprake is als *materieel* vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting zal voldoen, dus bij 'materieel prijsgeven'.

In (onderdeel 3.2 en) 4.12 van het verzamelbesluit AB van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stcrt. 2018-15751 is de materiële zienswijze als uitgangspunt gekozen:

'Tijdstip informeel kapitaal

Het tijdstip van de storting van informeel kapitaal wordt bepaald door het moment waarop definitief vaststaat dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichtingen zal voldoen (HR 28 februari 2014, nr. 12/03526 ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 3.3.4.3.). Dat is het moment van (materiële) kwijtschelding van de (oninbare) vordering of van liquidatie van de vennootschap.'

Gesteld uiteraard dat de feiten dat verder ondersteunen (de korte casusomschrijving vermeldt daar niets over) is de subsidiaire stelling in casu dat de lening van PaHold aan ZoHold materieel is prijsgegeven (uiterlijk) op het moment waarop PaHold de aandelen ZoHold van zoon heeft verworven.

Om die reden kan van een latere infokapstorting van PaHold in ZoHold geen sprake zijn.

4.3 Literatuur

In de literatuur is aan het voorgaande aandacht besteed door Heithuis en Bavinck.

Zo schrijft Heithuis in zijn noot onder BNB 2017/216 (onderdeel 4):

'Wat had de belanghebbende dan wel kunnen/moeten doen, om het verlies op de geldlening als aanmerkelijkbelangverlies ten laste van haar inkomen te kunnen brengen? Ervoor zorgen dat zijzelf tijdig, dat wil zeggen vóórdat de geldlening tenietgaat, aanmerkelijkbelanghouder wordt in de vennootschap/debiteur.'

Bavinck schrijft in reactie daarop in WFR 2018/9 (onderdelen 5 en 6):

'5. (...)

Dat alles vindt dus plaats op het moment waarop vaststaat of het zo goed als zeker is dat de lening niet zal worden afgelost. Een geval als behandeld in het recente arrest van 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2549, BNB 2017/216 (onzakelijke lening verstrekt door de partner van de dga) zou ik dienovereenkomstig willen behandelen. Op het moment waarop vaststaat of zo goed als zeker is dat de lening niet zal worden afgelost, zal sprake zijn van een vermogensoverheveling[9] aan de partner/dga die voor het nominale bedrag van de lening een infokap verricht. Voor dat bedrag wordt de verkrijgingsprijs van zijn aanmerkelijk belang verhoogd. Een gevolg van de hiervoor uitgewerkte visie is dat de onttrekking/infokap meestal eerder zal plaatsvinden dan bij een kwijtschelding van de vordering of een faillissement van de debiteur. Dat heeft tot gevolg dat in het hiervoor vermelde geval van BNB 2017/216 vermoedelijk de door Heithuis in zijn noot onder BNB 2017/216 (punt 4) en de annotator in de in V-N gesuggereerde andere aanpak (vóór het faillissement van de vennootschap door de partner laten verwerven van een aanmerkelijk belang) geen zin heeft omdat reeds eerder (door de dga) de infokap heeft plaatsgevonden. Op de suggestie van Heithuis en de annotator in V-N kom ik hieronder in onderdeel 6 terug.

(...)

6. (...) Wat zijn de gevolgen van bovenstaande visie op de hiervoor vermelde suggesties van Heithuis en de annotator van V-N? Zij suggereren dat in een geval als dat van BNB 2017/216 de partner een aanmerkelijk belang verlies kan verkrijgen door emissie van aandelen aan haar vlak voor het faillissement van de BV. Toen de partner de onzakelijke lening verstrekke, was zij nog geen aandeelhouder. De onder opschortende voorwaarde verrichte kapitaalstorting moet daarom op dat moment aan de dga worden toegerekend. Kan dat, nadat de partner aandeelhouder van de BV is geworden, muteren in een voorwaardelijke kapitaalstorting door de partner? De partner aanvaardde het debiteurenrisico niet in haar hoedanigheid van (toekomstig) aandeelhouder, maar als partner van de dga (zie ook het slot van de overweging 2.5.5 van het arrest BNB 2017/216). Mij lijkt niet dat dit debiteurenrisico nadat de partner aandeelhouder van de BV is geworden met terugwerkende kracht aan haarzelf moet worden toegerekend. Dat zou helemaal vreemd zijn wanneer de partner aandeelhouder zou zijn geworden vlak voor het faillissement van de BV teneinde dit muteren van de verkrijgingsprijs te bewerkstelligen.'

De kennisgroep schaaft zich in deze achter de visie van Bavinck.

5. Hoe ziet het plaatje er verder uit: uitdeling, schenking, infokap.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of (en, zo ja, op welk moment) in situaties als de onderhavige schenkbelasting is verschuldigd. Lopende gevallen worden gecoördineerd door de kennisgroep Successiewet (in samenspraak met de kennisgroepen ROW en AB).

Over (het moment van) de uitdeling aan pa alsmede de vraag of en zo ja, wanneer sprake is van een infokapstorting van zoon in ZoHold strekt overleg met de kennisgroepen ROW en AB tot aanbeveling.

Zie over informeel kapitaal ook de navolgende passage in onderdeel 4.12 van het verzamelbesluit AB van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, Stort. 2018-15751:

'Behalve in aandeelhoudersrelaties kan de onzakelijke aanvaarding van het aan een lening verbonden debiteurenrisico ook gestoeld zijn op persoonlijke betrekkingen tussen natuurlijke personen (HR 24

september 2014, nr. 13/02262, ECLI:NL:HR:2014:2781 en 18 december 2015, nr. 15/00942, ECLI:NL:HR:2015:3599). Heeft, in geval van een onzakelijke lening, de crediteur geen aandelen in de vennootschap/debiteur, maar een met hem verbonden persoon wel, dan kan alleen sprake zijn van een storting van informeel kapitaal door die verbonden persoon indien en voor zover het door de niet-aandeelhouder/crediteur aanvaarde debiteurenrisico of de kwijtschelding als een schenking in de zin van artikel 1, zevende lid, van de Successiewet 1956 aan die aandeelhouder/verbonden persoon wordt aangemerkt. Alleen in dat geval zal de verkrijgingsprijs van die aandeelhouder(s) naar rato van hun respectievelijke belangen kunnen worden verhoogd.'



Zoekresultaten > Negatief opgeofferd bedrag; artikel 13d, lid 8 Wet Vpb. Dvs 17002

Negatief opgeofferd bedrag; artikel 13d, lid 8 Wet Vpb. Dvs 17002

Vraag:

Kan het opgeofferde bedrag op grond van artikel 15aj lid 6 juncto artikel 13d lid 8 Wet Vpb negatief zijn?

Indien dat het geval is, moet er dan bij liquidatie een belaste liquidatiewinst genomen worden?

Antwoord:

Het opgeofferd bedrag kan negatief zijn.

Er is geen belaste liquidatiewinst.

Beschouwing

Artikel 13d, lid 8 Wet Vpb bepaalt dat, ingeval het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden als dochtermaatschappij met de belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, het opgeofferde bedrag voor de deelneming na ontvoeging wordt gesteld op het eigen vermogen (nadat dit is verminderd met de toelaatbare reserves) van die dochtermaatschappij.

Indien het eigen vermogen van de dochtermaatschappij negatief is, moet het opgeofferde bedrag negatief worden vastgesteld.

Het negatieve eigen vermogen zal vaak zijn veroorzaakt door verliezen van de ontvoegde maatschappij die reeds via de fiscale eenheid in aftrek zijn gekomen. Indien bij de ontvoeging het opgeofferde bedrag niet negatief zou kunnen worden vastgesteld, maar stel niet lager dan nul, zou door een aanzuivering van het vermogen door de aandeelhouder het opgeofferde bedrag weer worden verhoogd. Bij liquidatie zou dan alsnog een liquidatieverlies worden genomen. Dit verlies heeft echter dezelfde ontstaansgeschiedenis als het reeds genomen verlies tijdens de fiscale eenheid en zou dus twee maal in aanmerking worden genomen.

De vraag is inmiddels bevestigend beantwoord in de jurisprudentie (zie rechtbank Zeeland West Brabant, ECLI:NL:2018:3098 en Hof Den Bosch ECLI:NL:GHSHE:2019:2454) waarop instemmend is gereageerd in de literatuur (zie NTFR/B, 2020/9).

Een negatief opgeofferd bedrag kan tot een negatief bedrag leiden bij de berekening van het liquidatieverlies, hetgeen een liquidatiewinst zou betekenen. In dat geval vindt er geen bijtelling plaats bij het fiscale resultaat. De deelnemingsvrijstelling is van toepassing op die liquidatiewinst. Bedacht dient daarbij te worden dat artikel 13d Wet Vpb een inbreuk is op de hoofdregel dat deelnemingsverliezen niet aftrekbaar zijn. Artikel 13d Wet Vpb heeft als doel om verliezen van een deelneming die definitief verloren zijn gegaan als gevolg van de liquidatie van de deelneming, alsnog in aftrek te laten komen. Bij een liquidatiewinst is er geen aanleiding om op de hoofdregel in te breken.

(Dit antwoord is kortgesloten met de kennisgroep Fusies & Fiscale Eenheden.)

1 april 2020

Publicatiedatum:

08-04-2020

Geldigheidsperiode:

Kennisgroep:

Deelnemingsvrijstelling

Categorie:

13d Liquidatieverlies

Rubriek:

Lid 6 Opgeofferd bedrag

Subrubriek:

Niet van toepassing

Gerelateerde wet- en regelgeving



Belastingdienst

5.1.2e MKB 5.1.2e
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e [@belastingdienst.nl](mailto:5.1.2e@belastingdienst.nl)

Datum

26 mei 2020

Ons kenmerk

20-023-0009

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag. 5.1.2e
< 5.1.2e heeft de vraag binnen de Kennisgroep behandeld.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e
5.1.2e Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

20-023-0009: Reikwijdte positieve voordelen: ook waardestijging deelneming? (13d-3)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
26 mei 2020

Behandelaar: 5.1.2e

Vraag

Ingevolge artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 behoren tot de liquidatie-uitkering ten minste 'de positieve voordelen uit hoofde van de deelneming die met toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn genoten in' (voor zover in casu van belang) het jaar van staking en de vijf daaraan voorafgaande jaren.

Behoort tot deze 'positieve voordelen' ook een definitief ongerealiseerde, louter boekhoudkundige waardestijging van de deelneming in de fiscale balans van de belastingplichtige?

Antwoord

Nee. Volgens de Kennisgroep komt een strikte grammaticale uitleg van het derde lid in strijd met doel en strekking van dat lid. De Kennisgroep vindt hiervoor steun in de parlementaire behandeling. Hierin wordt namelijk bij 'positieve voordelen' herhaaldelijk alleen gesproken over dividenden en niet over (ongerealiseerde) waardestijgingen.

Casus

Feiten

M^{67 Awr} verkrijgt bij oprichting 67 Awr % van de aandelen in D^{67 Awr}. Later koopt M^{67 Awr} % bij. Als gevolg van een emissie van aandelen D^{67 Awr} (in 67 Awr) verwatert het belang tot 67 Awr %. In 67 Awr wordt D^{67 Awr} failliet verklaard. In 67 Awr wordt het faillissement afgerond en vindt (naar de Kennisgroep aanneemt) ontbinding en vereffening plaats.

In de aangiften over 67 Awr resp. 67 Awr claimt M^{67 Awr} voor 67 Awr resp. 67 Awr aan (vrijgestelde) deelnemingsvoordelen uit D^{67 Awr}.

In de casusomschrijving zijn de in 67 Awr genoten voordelen als volgt toegelicht:

67 Awr

In een mail van 14 april jl. heeft de vraagsteller de feiten desgevraagd als volgt verduidelijkt:

67 Awr

67 Awr

67 Awr

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 mei 2020

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 luidt (voor zover in casu van belang) als volgt:

'Tot het totaal van de liquidatie-uitkeringen worden ten minste gerekend de positieve voordelen uit hoofde van de deelneming welke met toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn genoten in:

a. het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande jaren en in de daaropvolgende jaren;

b (...).'

Uit de feiten volgt dat M^{67 Awr} en D^{67 Awr} geen dividend van D^{67 Awr} heeft ontvangen. De in beide aangiften vermelde voordelen zijn waardeinstijgingen van D^{67 Awr} die zich bij M^{67 Awr} outer manifesteren door het feit dat zij de deelneming in D^{67 Awr} fiscaal niet op historische kostprijs waardeert, maar (kennelijk) de commerciële boekwaarde volgt.

De 'genoten' voordelen zijn dus niet daadwerkelijk in geld genoten. Ook niet in een later jaar. In de jaren na^{67 Awr} zijn die 'voordelen' vermoedelijk verdampt (en geboekt als negatieve deelnemingsvoordelen).

In de wetsgeschiedenis is over artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 het volgende opgemerkt (onderstrepingen KG DVS):

'In het derde lid is het voorstel neergelegd voor een dividendcorrectie. Zoals reeds in het algemene deel van deze memorie is toegelicht wordt voorgesteld de huidige regeling aan te vullen met een bepaling waardoor in ieder geval voordelen uit hoofde van de deelneming genoten in het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, in de drie jaren daarvoor en in de jaren daarna, tot de liquidatie-uitkering worden gerekend. Zo het besluit tot ontbinding eerder is genomen dan in het derde jaar voorafgaande aan de gehele of nagenoeg gehele staking dan behoren de positieve voordelen die in deze eerdere periode aan de belastingplichtige toevloeden uiteraard ook tot de liquidatie-uitkering. Voor wat betreft het stakingscriterium is aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 20, vijfde lid, van de Wet Vpb.'

Kamerstukken II 1986/1987, 19 968, nr. 3, blz. 11.

'Het bedrag van de liquidatie-uitkering wordt gevormd door de (waarde van de) uitkering bij de liquidatie van de dochter voor zover die de moeder toekomt, daaronder begrepen de eventuele dividenduitkeringen na het (al dan niet stilzwijgende) besluit tot ontbinding van de dochter. Een probleem schuilt nu in dit laatste: het is voor de inspecteur veelal niet duidelijk wanneer dat besluit is genomen. Dat besluit zal immers - materieel of stilzwijgend - veelal reeds zijn genomen vóór het formeel blijkt uit, bij voorbeeld, een verslag van de aandeelhoudersvergadering. De inspecteur verkeert derhalve in een moeilijke

bewijsrechtelijke positie. Een nadere voorziening op dit punt wordt door mij dan ook voorgesteld om de praktische hanteerbaarheid van de regeling van de liquidatieverliezen te bevorderen. Hierbij is er door mij van uitgegaan dat enige tijd vóór de daadwerkelijke staking van de onderneming in de dochter, het besluit tot liquidatie daarvan zal zijn genomen. Ik stel dan ook voor te bepalen dat tot de liquidatie-uitkering in elk geval worden gerekend de positieve voordelen welke door de moeder zijn genoten in het derde jaar voorafgaand aan het jaar waarin de deelneming haar onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt en de positieve voordelen genoten in de daaropvolgende jaren. Uiteraard is de periode van drie jaar een arbitrale keuze maar ik meen dat met deze termijn op redelijke wijze rekening wordt gehouden met de eerder beschreven feitelijke situatie.'

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 mei 2020

Kamerstukken II 1986/1987, 19 968, nr. 3, blz. 6.

'Onderdeel D.3

In dit onderdeel is, na nadere overweging, een verscherping aangebracht in het voorstel om een dividendcorrectie toe te passen bij de berekening van het aftrekbare liquidatieverlies. De termijn waarover wordt gecorrigeerd, wordt daarbij verlengd van de drie aan het jaar waarin de onderneming geheel of nagenoeg geheel wordt gestaakt voorafgaande jaren tot de vijf daaraan voorafgaande jaren. Daarnaast wordt een om uitvoeringstechnische redenen bewust wat ruw geformuleerde regeling voorgesteld, die een correctie inhoudt voor dividenden ontvangen in het zesde tot en met tiende aan het jaar waarin de onderneming geheel of nagenoeg geheel wordt gestaakt voorafgaande jaar, indien en voor zover dividend wordt uitgekeerd in een jaar waarin volgens de commerciële boekhouding sprake is van een verlies. Indien derhalve bij voorbeeld in het achtste jaar voorafgaande aan dat waarin de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel wordt gestaakt, dividend is uitgekeerd terwijl er in dat jaar commercieel verlies is geleden, dan wordt dat dividend uit het achtste jaar tot de liquidatieuitkering gerekend. In die bijzondere situatie, waarin men in feite terwijl het al minder goed gaat met de onderneming, nog aanwezige winstreserves gaat uitkeren en daarmee het toekomstige liquidatieverlies gaat vergroten, acht ik zo'n verdergaande correctie redelijk.'

Kamerstukken II 1989/1990, 19 968, nr. 13, blz. 13.

In de drie passages wordt steeds de nadruk gelegd op dividenden. Uit de derde passage, laatste volzin, blijkt dat de wetgever bij deze bepaling (in elk geval) het oog heeft gehad op gevallen waarin de deelneming in het zicht van liquidatie (zonder heffing) lichter wordt gemaakt waarmee en passant naar een hoger (aftrekbaar) liquidatieverlies 'wordt toegewerkt'. Ook in de literatuur wordt in zijn algemeenheid aan lid 3 gerefereerd als de regeling inzake de 'dividendcorrectie'.

Hierna volgen een aantal voorbeelden van 'positieve voordelen'.

1. Contant dividend

Uit de hiervoor aangehaalde passages volgt dat de wetgever bij de term 'positieve voordelen' in art. 13d lid 3 Vpb in elk geval heeft gedacht aan voordelen in de vorm van (contant) dividend.

2. Verkapt dividend

Het valt aan te nemen dat ook verkapt dividend onder de regeling valt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin M twee deelnemingen heeft: D1 en D2. D1 vervreemdt een pand tegen een te lage waarde aan D2. Die transactie levert een (verkapt) dividend aan M en kapitaalstorting in D2. Als vervolgens D1 wordt geliquideerd valt het verkapte dividend onder het bereik van artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969.

3. Ongerealiseerde waardestijging

De vraag is hoe het – zoals in casu – zit met een louter boekhoudkundige, definitief ongerealiseerde waardestijging van de deelneming. Er zijn daarbij een aantal relevante interpretatiemethoden:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 mei 2020

- Grammaticale interpretatie

Naar de letter van artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 valt enerzijds te betogen dat een louter boekhoudkundige, definitief ongerealiseerde waardestijging daar ook onder vallen. Het zijn namelijk positieve voordelen uit hoofde van de deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Anderzijds valt – met enige goede wil – te betogen dat dergelijke voordelen niet onder de tekst van lid 3 vallen, omdat deze voordelen niet – ook niet in een later jaar – daadwerkelijk zijn 'genoten'. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld verkapt dividend, waarbij – met enige goede wil – valt te betogen dat het – zij het fictief – wel degelijk is 'genoten'.

- Wetshistorische interpretatie

Wetshistorisch lijkt niets ervoor te pleiten dat een louter boekhoudkundige, definitief ongerealiseerde waardestijging van de deelneming onder het bereik van lid 3 valt. In de (weinige) passages in de wetgeschiedenis die de Kennisgroep heeft gevonden wordt namelijk vrijwel uitsluitend gerefereerd aan dividenduitkeringen.

- Teleologische interpretatie

De regeling dient naar haar strekking een dubbel doel: (i) het voorkomen van oneigenlijk gebruik (anticiperen op een toename van het liquidatieverlies door de deelneming – belastingvrij – van haar winstreserves te ontdoen) en in dat verband (ii) een verbetering van de bewijspositie van de inspecteur.

Aldus gezamenlijk bezien, valt een louter boekhoudkundige, definitief ongerealiseerde waardestijging van de deelneming niet onder artikel 13d, lid 3 Wet Vpb 1969. Waar een grammaticale interpretatie geen eenduidig beeld geeft, wijzen een wetshistorische en een teleologische interpretatie naar de mening van de Kennisgroep eenduidig uit dat een dergelijke waardestijging (dat wil zeggen: een waardestijging die noch in het desbetreffende jaar, noch in een later jaar (bijvoorbeeld bij een gedeeltelijke verkoop van de deelneming) wordt gerealiseerd waardestijging) naar doel en strekking niet onder het bereik van artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 valt. Het oneigenlijk gebruik dat lid 3 beoogt tegen te gaan, doet zich bij een dergelijke waardestijging namelijk niet voor. Integendeel: de waardestijging blijft in de deelneming én gaat aldaar vervolgens verloren.¹

Conclusie

Mits ^{67 Awr} de bij haar in ^{67 Awr} en ^{67 Awr} opgetreden waardestijgingen van de deelneming nimmer daadwerkelijk heeft gerealiseerd, vallen deze niet onder het bereik van artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969.

Bronnen

Jurisprudentie

Er bestaat (bij mijn weten) geen jurisprudentie over het onderhavige aspect van artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969.

Literatuur

In zijn algemeenheid wordt in de literatuur aan artikel 13d, lid 3, Wet Vpb 1969 gerefereerd als de regeling inzake de 'dividendcorrectie'.

¹ Tevens laat zich denken dat een aanvankelijke, louter boekhoudkundige waardestijging van een deelneming niet verdampt, maar wordt gerealiseerd als onderdeel van de liquidatieuitkering. Ook dan ligt het in de rede de waardestijging buiten artikel 13d, lid 3, wet Vpb 1969 te houden.

Voor zover de Kennisgroep heeft kunnen achterhalen wordt de onderhavige kwestie alleen door Bouwman benoemd. Bouwman schrijft in Wegwijs in de VPB, zestiende druk 2019, § 6.7.4.3:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 mei 2020

'De hiervoor bedoelde positieve voordelen worden overigens alleen tot de liquidatie-uitkering gerekend als zij met toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn genoten. Zijn zij genoten met toepassing van de deelnemingsverrekening of anderszins belast, dan dragen zij niet bij aan de liquidatie-uitkering en kan een eventueel liquidatieverlies dus navenant hoger uitvallen. Onder positieve voordelen, als bedoeld in art. 13d, lid 3, Wet VPB 1969, vallen behalve dividenden en uitkeringen uit hoofde van de vereffening vermoedelijk ook de waardeinstijgingen van de ontbonden deelneming voor zover deze door een onder de deelnemingsvrijstelling vallende herwaardering tot uitdrukking zijn gebracht. Dit lijkt overigens niet redelijk indien de achter de waardeinstijgingen schuilgaande vermogensvermeerdering bij de dochter niet door deze is uitgekeerd aan de moeder. Omstreden is of de waarde van aanspraken die kunnen worden ontleend aan de overdracht binnen een concern van nog niet verrekende verliezen van een ontbonden deelneming – zodat deze elders in het concern kunnen worden verrekend – behoren tot de positieve voordelen. Zo'n overdracht is in het buitenland soms mogelijk. In zijn arrest van 3 november 1993, BNB 1994/11c (J.W. Zwemmer) kwam de Hoge Raad niet toe aan een uitspraak over dit punt (vergelijk omtrent de waardering van dergelijke aanspraken (grotweg te berekenen op het bedrag van de in de toekomst te besparen belasting): Hof Amsterdam 16 april 1992, BNB 1992/190). 944² Niet tot de positieve voordelen in de zin van art. 13d, lid 3, Wet VPB 1969 behoort (uitgekeerd) meegekocht dividend. Dit dividend vermindert het opgeofferde bedrag en leidt bij de moedermaatschappij per saldo niet tot het constateren van positieve voordelen. Onduidelijk is of positieve voordelen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen, behoren tot de liquidatie-uitkering. In het algemeen lijkt dit niet redelijk. Voor zover een liquidatieverlies tegenover een (eerder) belast dividend staat, compenseren zij elkaar en wordt de fiscus niet benadeeld. Een deelnemingsvoordeel dat op grond van art. 13c Wet VPB 1969 (oud) niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, behoort, mijns inziens, wel tot de positieve voordelen bedoeld in art. 13d Wet VPB 1969. Zo niet, dan kan art. 13c Wet VPB 1969 (oud) krachteloos worden gemaakt.'*

² Noot 944 luidt: Sinds de invoering van art. 13d, lid 11, onderdeel a, Wet VPB 1969 is de waardering van het recht op overname van verliescompensatie doorgaans een academische kwestie. De bepaling verhindert namelijk aftrek van liquidatieverlies bij het bestaan van een dergelijk recht.



Belastingdienst

5.1.2e MKB Groningen
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T 5.1.2e
M

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

9 juli 2020

Ons kenmerk

20-023-0005

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag. 5.1.2e

5.1.2e heeft de vraag binnen de Kennisgroep behandeld.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0005 Opgeofferd bedrag, verbondenheid en ver- en terugkoop deelneming (13d-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
9 juli 2020

Behandelaar: 5.1.2e

Vraag

Vraag van indieners van de casus:

'Betreft ophoging van het opgeofferde bedrag na verkoop en latere terugkoop deelneming. Toepassing, doel en strekking van art. 13d lid 6 Wet Vpb 1969. Op welk moment wordt de verbondenheid getoetst? Is er sprake van een samenstel van rechtshandelingen dat gericht is op uitstel van belastingheffing?'

Antwoord

Het opgeofferd bedrag wordt niet verhoogd. De economische eigendom van de aandelen W 67 Awr is reeds naar T 67 Awr overgegaan, voordat 67 Awr H 67 Awr haar aandelen in 67 Awr 67 Awr verkocht aan K 67 Awr. Op dat moment was derhalve nog sprake van verbondenheid tussen T 67 Awr en 67 Awr. Artikel 13d, lid 6 Wet Vpb is dan van toepassing, inhoudende dat het opgeofferd bedrag voor de aandelen W 67 Awr zoals dat gold voor 67 Awr 67 Awr wordt doorgeschoven naar T 67 Awr.

buiten verzoek

Casus

Feiten

Belanghebbende verzoekt na herstructurering door middel van verkoop en latere terugkoop van deelnemingen om een beschikking opgeofferd bedrag (artikel 13d, lid 12 Wet Vpb) namens T 67 Awr

Structuur voorafgaand aan herstructurering:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

67 Awr
 67 Awr. Bij stap 2 koopt T 67 Awr (belanghebbende) de aandelen W 67 Awr terug van 67 Awr 67 Awr. Op dat moment zijn T 67 Awr en 67 Awr 67 Awr in principe geen verbonden lichamen meer in de zin van artikel 10a, lid 4 Wet Vpb.

Het opgeofferd bedrag voor de aandelen W 67 Awr zou dan bestaan uit de prijs die T 67 Awr betaalt voor het 67 Awr% belang in deze 67 Awr W 67 Awr. Dit lijkt niet in lijn met de werkelijkheid te zijn, omdat belanghebbende voorafgaand aan de herstructurering al (indirect) 67 Awr% van deze aandelen had. Op deze manier zou het opgeofferd bedrag kunnen worden verhoogd.

Als voor een andere volgorde van stappen was gekozen, had het opgeofferd bedrag niet kunnen worden verhoogd. Indien eerst de aandelen van W 67 Awr 67 Awr aan T 67 Awr zouden zijn verkocht, zou dat namelijk een aankoop van een verbonden lichaam zijn geweest. Op grond van artikel 13d, lid 6 Wet Vpb zou dan het opgeofferd bedrag "niet hoger worden gesteld dan het bedrag hetwelk dat lichaam voor die deelneming heeft opgeofferd." 67 Awr

67 Awr

Door de vraagsteller is dan ook de vraag gesteld op welk moment de verbondenheid (zoals bedoeld in artikel 13d, lid 6 Vpb) moet worden getoetst. Daarnaast stellen zij de vraag of sprake zou kunnen zijn van *fraus legis*.

Moment toetsen verbondenheid?

In zowel de tekst van artikel 13d, lid 6 Wet Vpb, als de geraadpleegde literatuur zien wij geen aanknopingspunten waaruit zou blijken dat de verbondenheid op een ander moment zou moeten (of kunnen) worden getoetst dan het moment van daadwerkelijke aankoop van de aandelen. In principe dus op het moment dat T 67 Awr 67 Awr de aandelen W 67 Awr koopt. Op basis van de juridische eigendom zou op dat moment geen sprake zijn van verbondenheid en zou als opgeofferd bedrag de hogere op dat moment betaalde prijs gelden.

Economisch eigendom?

De vraag is echter of T 67 Awr niet reeds vóór het uitvoeren van stap 2 de economische eigendom van de aandelen W 67 Awr heeft verworven.

In BNB 1986/118 besliste de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op 'economisch aandeelhouderschap'. Op grond van dit arrest wordt ook als aandeelhouder (in de zin van de deelnemingsvrijstelling) beschouwd: *"degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de eigenaar toekomt."*

En in BNB 2002/30 kwam de situatie aan de orde dat een deelneming werd verkocht en later werd teruggekocht. In dit arrest werd ook van belang geacht of tussentijds de economisch eigendom bij de oorspronkelijke verkoper (en latere 'terugkoper') was gebleven. Als dat het geval zou zijn, zou sprake zijn van 'voortgezet bezit'.

Uit bovenstaande arresten blijkt dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is in geval van (voortgezette) economisch eigendom.

Vervolgens is de vraag wanneer T ^{67 Awr} de economische eigendom van de aandelen W ^{67 Awr} heeft verkregen.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
9 juli 2020

Ook voor de fiscale eenheid is het begrip economische eigendom van belang. In dat kader heeft de staatssecretaris¹ aangegeven dat naar zijn mening pas sprake kan zijn van de overgang van de economische eigendom, indien de prijs van de aandelen ondubbelzinnig vaststaat, zodat noch de koper noch de verkoper nadien op deze prijs invloed kan uitoefenen. Indien nog wordt onderhandeld over de prijs en vervolgens overeen wordt gekomen tot een overdracht per een in het verleden liggende datum, wordt deze terugwerkende kracht fiscaalrechtelijk dus niet gevolgd.

Toepassing op de onderhavige casus:

^{67 Awr}
^{67 Awr} Uit de ons ter beschikking gestelde stukken kunnen wij niet vaststellen of op dat moment (^{67 Awr} ^{67 Awr}) ook reeds de verkoopprijs van de aandelen W ^{67 Awr} tussen partijen vaststond. Aangenomen kan worden dat voorafgaand aan stap 1 die zekerheid in elk geval wél bestond. Anders zou ^{67 Awr} ^{67 Awr} namelijk niet bereid zijn geweest haar aandelen in ^{67 Awr} ^{67 Awr} te verkopen.

De aandelen W ^{67 Awr} komen reeds vanaf ^{67 Awr} voor rekening en risico van T ^{67 Awr}
^{67 Awr}

Op het moment dat de economische eigendom is overgegaan naar T ^{67 Awr} is derhalve nog sprake van verbondenheid tussen T ^{67 Awr} en ^{67 Awr} ^{67 Awr}

Voor de bepaling van het opgeofferd bedrag van de aandelen W ^{67 Awr} is in dat geval artikel 13d, lid 6 Wet Vpb van toepassing. Hetgeen inhoudt dat het opgeofferd bedrag voor de aandelen W ^{67 Awr}, zoals dat gold voor ^{67 Awr} ^{67 Awr} ^{67 Awr} wordt doorgeschoven naar T ^{67 Awr}. Er vindt geen verhoging van het opgeofferd bedrag plaats.

Fraus legis lijkt niet aan de orde en niet verder onderzocht.

Bronnen

Wet- en regelgeving
Artikel 13d, lid 6 Vpb

Jurisprudentie
BNB 1986/118, ECLI:NL:PHR:1985:BH4845 (arrest inzake economische eigendom)
BNB 2002/30, ECLI:NL:HR:2001:AD4699 (arrest inzake verkoop en terugkoop van een deelneming)

Beleid
-

¹ In een publicatie van 28 juli 1989, nr. DB88/4852 (V-N 1989/2825) over het (oude) fiscale regime, die ook onder het herziene regime van belang is gebleven blijktens de MvT (*Kamerstukken II*, 26854, nr. 3, p. 31

Literatuur

Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.13.B.b

Vakstudie Vennootschapsbelasting, Commentaar, Aantekening 4 bij artikel 13d, lid 6 Wet Vpb

Vakstudie Vennootschapsbelasting, Commentaar, Aantekening 2.2.4 bij artikel 15 Vpb

Fiscale Monografieën, nr. 149 De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening, blz 69

Kennisgroep

Deelnemingsvrijstelling

Datum

9 juli 2020



Belastingdienst

5.1.2e MKB Middelburg
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T 5.1.2e
M

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
27 augustus 2020

Ons kenmerk
20-023-0016

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag. 5.1.2e
heeft de vraag binnen de Kennisgroep behandeld.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0016 Afwaardering vendor loan (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Behandelaar: 5.1.2e

Datum
8 juli 2020

Vraag

Is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op de afwaardering van de lening die verband houdt met de verkoop van een deelneming?

Antwoord

Voordat wordt toegekomen aan de beantwoording van deze vraag, zal eerst de stelling 'onzakelijke lening' moeten worden verkend. Deze casus lijkt in eerste aanleg ook zeer geschikt om het ozi-leerstuk op toe te passen. Er is dan echter nog wel feitelijk onderzoek nodig naar de vraag of de lening, onder dezelfde voorwaarden en tegen een vaste rente, door een derde zou zijn verstrekt. Van de vraagsteller heeft de Kennisgroep begrepen dat deze vraag zeker nog voorligt.

5.1.2d

De vraag naar de toepassing van de earn-out (artikel 13, lid 6 Wet Vpb 1969) kan dan mogelijk subsidiair worden ingenomen. Daarom onder de 'werkhypothese' dat er géén sprake is van een onzakelijke lening, is de Kennisgroep van mening dat er veel aanwijzingen zijn dat er sprake is van een zogenoemde materiële/goederenrechtelijke earn out. Nader feitenonderzoek, met name naar de oorsprong van de aflossing en de rentebetalingen, zal dit standpunt nog wel moeten ondersteunen.

In de marge spelen nog de vraagstukken over de aanvangswaarde van de lening en de aanvaardbaarheid van de afwaardering.

Casus

67 Awr

67 Awr

Ontbrekende gegevens

De casus is uiterst summier qua informatieverschaffing. Wellicht is er voldoende info voor de behandeling van de voorliggende rechtsvraag, maar voor de volledigheid van de casus mist de Kennisgroep nog wel enige data, zoals:

- datum leningsovereenkomst;
- de waardebeoordeling van de overnamesom, met name het discounted cashflowverzicht van de deelneming;
- bepaling van de rentevoet op basis van at arms lenght-bepaling (credit-rating etc.);
- omvang en tempi van de overeengekomen aflossingen;
- waardering van de lening bij aanvang (disagio-berekening);
- wijze van aflossing en rentebetalingen in 67 Awr;
- resultaten van 67 Awr W 67 Awr; niet alleen de winsten, maar ook de gerealiseerde kasstromen en dividenduitkeringen;
- achterliggende reden(en) van deze transactie;
- achterliggende oorzaken van de afname van het resultaat van W 67 Awr (m.a.w. in hoeverre was de malaise al te voorzien bij de transactie);
- beschouwing over (achterliggende) redenen van afwaardering (gkg).

Beschouwing

Inleiding

Om te beginnen: deze casus lijkt te passen bij de earn-outverkenningen, zoals de Kennisgroep deze is begonnen na HR 29 juni 2018 (BNB 2018/151, [ECLI:NL:HR:2018:1019](#)). Ook in de cursus deelnemingsvrijstelling heeft de Kennisgroep bij de behandeling van voornoemd arrest, cursisten opgeroepen soortgelijke casussen te melden, ook als er een vendor loan ontstaat met bijzondere goederenrechtelijk omstandigheden. Van dat laatste lijkt hier op het eerste gezicht sprake te zijn.

Primair: Onzakelijke lening

Langs de bekende paden wandelend, komt echter toch eerst de vraag aan de orde of deze lening wel als zakelijk kan worden bestempeld. Desgevraagd heeft de vragensteller aangegeven dat deze vraag nog niet is beantwoord en zeker nog aan de orde zal komen. De vraag aan de Kennisgroep is dan ook vooral bedoeld om in een eventuele bezwaar- of beroepsprocedure, een onderbouwing van het subsidiaire standpunt te kunnen geven.

5.1.2d

Er is zonder twijfel sprake van gelieerdheid tussen de debiteur en de crediteur. De draagkracht van de debiteur is ten tijde van het aangaan van de lening dermate fragiel dat de vraag kan worden opgeworpen of deze lening, onder de

overeengekomen voorwaarden, met een derde überhaupt tot stand zou zijn gekomen.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
8 juli 2020

De debiteur zadelt zichzelf op met 100% vreemd vermogen en heeft van te voren bezien theoretisch weinig uitzicht op een positief resultaat, omdat de waarde van de aangekochte deelneming exact het bedrag van de verplichtingen zou moeten weerspiegelen. Bij een kleine tegenvaller bij de deelneming, zou X 67 Awr direct onder water komen te staan. Een dergelijk risico zou een kopende vennootschap in ongelieerde omstandigheden nooit aangaan.

De crediteur ziet een deelneming met daarin alle upward kansen en downward risico's vervangen worden door een lening met alleen een kleine upward kans (67 Awr rendement) en een groot downward risico (een afwaardering van de hoofdsom). Het lijkt rationeel om te stellen dat vanuit de crediteur bezien een dergelijke vermogensachteruitgang niet zou zijn geaccepteerd in een ongelieerde situatie. Zij zou zo'n lening alleen willen verstrekken als de vergoeding daarvoor afhankelijk zou zijn gemaakt van de resultaten van de debiteur (de facto de resultaten van de verkochte deelneming).

Kortom, nader onderzoek naar de mogelijke onzakelijkheid van de lening is noodzakelijk.

Overige verdedigingslijnies

Ook de andere bekende 'verdedigingslijnies' zouden nog in stelling kunnen worden gebracht. Daarvoor zal wel nader onderzoek nodig zijn:

- a. Zo is het de vraag of, gelet op de kwetsbaarheid van de debiteur, de waarde van de koopsom (lees: de vordering) inderdaad wel 67 Awr is. Immers, indien de aanvangswaarde van de lening op basis van een juiste rating van de debiteur zou worden bepaald, valt niet uit te sluiten dat, als gevolg van een fors disagio, een lager bedrag ontstaat. Een lagere aanvangswaarde van de lening leidt bij een latere afwaardering tot een lagere last.
- b. Ook de goedkoopmansgebruik-vraag over de afwaardering verdient mogelijk nog aandacht. In 67 Awr wordt reeds een afwaardering genomen van 67 Awr, terwijl er dat jaar én de rente wordt betaald én er ook wordt afgelost. Ook de afwaardering in 67 Awr kan kritisch worden bezien omdat in dat jaar de rente gewoon wordt betaald en daarnaast niet duidelijk is of er na de liquidatie van W 67 Awr nog middelen over zijn om de lening (gedeeltelijk) te voldoen.

Earn-out

Als de ozi-stelling toch niet haalbaar blijkt, wordt pas toegekomen aan de vraag of er sprake is van een earn-out die op grond van BNB 2018/151 onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 valt onder te brengen. Hiervoor moet antwoord worden gegeven op de vraag of ¹⁾:

'(...) een onverbrekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de aandelen en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds, ligt besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst (...);'

De Kennisgroep heeft reeds eerder vergelijkbare casus behandeld. Hierbij hebben is de vraag vanuit twee juridische invalshoeken benaderd: de verbintenisrechtelijke onzekerheid en de goederenrechtelijke onzekerheid. De eerste toets kijkt meer naar hetgeen in de overeenkomst tussen partijen overeengekomen is en de tweede toets is meer materieel van aard. Dan wordt getoetst of de debiteur daadwerkelijk kan voldoen aan de overeen gekomen aflossings- en renteverplichtingen.

De verbintenisrechtelijke toets lijkt zo op het eerste gezicht in deze casus geen aanknopingspunten te bieden voor een earn-out-stelling. Uit de casus valt niet te

¹⁾ Hoge raad 28 juni 2018 (BNB 2018/151; ECLI:NL:GHARL:2017:4781), r.o. 2.4.3.

herleiden of het aantal en/of de omvang van de achtereenvolgende aflossingen vast of variabel zijn. Kan de crediteur bijvoorbeeld zelf kiezen wanneer en welke bedragen zij aflost? De relevantie van deze vraag lijkt echter binnen dit earn-out vraagstuk relatief beperkt. Te meer omdat hetgeen door X ^{67 Awr} niet wordt afgelost, wordt schuldig gebleven tegen een zakelijke rente². Objectief gezien bevat de lening, als onverbreekelijke tegenprestatie van de koopsom daarom ons inziens geen onzekerheden over de omvang en/of het aantal van de tegenprestaties. Dit standpunt ligt ook in de lijn met de uitspraak van Rechtbank Gelderland van 9 september 2014, nr. 12/5922 ([ECLI:NL:RBGEL:2014:5692](#)).

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
8 juli 2020

De goederenrechtelijk benadering daarentegen, lijkt wél aanknopingspunten te bieden voor het stellen van een materiële earn-out. Als de kopende vennootschap wordt getoetst aan het solvabiliteitscriterium, lijkt dit op het eerste gezicht doel te treffen. X ^{67 Awr} is namelijk gefund met minimaal eigen vermogen en er lijken geen andere zekerheden te zijn dan het houden van en de verpanding van de aandelen in W ^{67 Awr}. Daarmee lijkt voor X ^{67 Awr} de vendor loan materieel in de plaats te zijn gekomen van de deelneming in W ^{67 Awr}. Immers, de rente en aflossing van de lening kunnen enkel en alleen worden gefinancierd uit de winsten (of juist: de kasstromen) die worden gegenereerd door W ^{67 Awr}. Daarmee blijft X ^{67 Awr} ook na de verkoop het volledige risico dragen van W ^{67 Awr}. Gaat het goed met W ^{67 Awr}, dan ontvangt X ^{67 Awr} (maximaal) haar rente en aflossing. Gaat het echter niet goed met W ^{67 Awr}, dan draagt X ^{67 Awr} daarvoor het volledige risico. Er is geen enkele (andere) kasstroom waarop zij haar vordering kan verhalen. En op dat moment is het onderpand ook minder waard.

Er dient nog wel te worden onderzocht op welke wijze de aflossingen in ^{67 Awr} en de rentebetalingen in ^{67 Awr} en ^{67 Awr} zijn geschied. Mocht bijvoorbeeld niet kunnen worden vastgesteld dat deze betalingen uit de opbrengsten van W ^{67 Awr} zijn gefinancierd, dan zal nog feitelijk onderzoek moeten worden verricht naar in hoeverre deze (additionele) financiering ten tijde van de verkoop vaststond. Met andere woorden: was er bij het aangaan van de lening wellicht toch een grotere buffer dan nu wordt aangenomen?

Mocht komen vast te staan dat de betalingen enkel uit de opbrengsten van W ^{67 Awr} ^{67 Awr} zijn gefinancierd, dan lijkt de lening materieel te voldoen aan de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel dat X ^{67 Awr}:

'bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie een vordering heeft verkregen, waarbij tussen deze vordering enerzijds en de verkoop van de deelneming en de daarbij bedongen koopsom anderzijds, een onverbreekelijke samenhang bestaat, waardoor de vordering kan worden gezien als tegenprestatie in de zin van artikel 13, lid 6 Wet Vpb.'

Hierbij kan, weliswaar met enige voorzichtigheid, ook worden verwezen naar de uitspraken van Hof Den Bosch van 21 juni 2019 ([ECLI:NL:GHSHE:2019:2254](#)) en Rechtbank Noord Holland van 26 november 2018 ([ECLI:NL:RBNHO:2018:10152](#)).

Tot slot

In het preadvies is nog expliciet de leningsvoorwaarde opgenomen dat:

67 Awr

Mogelijk wordt daarmee bedoeld dat alleen al door deze voorwaarde kan worden vastgesteld dat er sprake van de hiervoor genoemde 'onverbreekelijke samenhang'. De Kennisgroep vindt dat te kort door de bocht. De 'onverbreekelijke samenhang' zal moeten worden gezocht in het complete samenstel van feiten rondom de verkoop

². We gaan er hierbij van uit van de hypothese dat de lening zakelijk is en dat een eventuele rente-aanpassing reeds op basis van artikel 8b Vpb heeft plaatsgehad.

van de aandelen, de koopsom en de daaruit voortvloeiende vordering. De aangehaalde leningsvoorwaarde zou ook kunnen zijn opgenomen in een volstrekt zakelijke (niet-art.-13-lid-6) leningsovereenkomst tussen een koper en verkoper van een deelneming.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
8 juli 2020

Bronnen

Wet- en regelgeving

- Artikel 13, lid 6 Wet Vpb

Jurisprudentie

- H.R. 8 februari 2013, nr. 12/03657 (BNB 2013/93 [ECLI:NL:HR:2013:BZ0731](#), onze casus Dvs 09066)
- HR 29 juni 2018 (BNB 2018/151, [ECLI:NL:HR:2018:1019](#), onze casus [Dvs16035](#));
- Hof Den Bosch, 21 juni 2019 ([Dvs18006](#), [ECLI:NL:GHSHE:2019:2254](#));
- conclusie van de AG, 19 december 2019 ([ECLI:NL:PHR:2019:1367](#));
- Rechtbank Noord Holland, 26 november 2018 nr. AWB-16/2261, ([ECLI:NL:RBNHO:2018:10152](#)).
- Rechtbank Gelderland van 9 september 2014, nr. 12/5922 ([ECLI:NL:RBGEL:2014:5692](#))



Belastingdienst

5.1.2e MKB Eindhoven
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T 5.1.2e
M

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
25 september 2020

Ons kenmerk
20-023-0014

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag. Binnen de
Kennisgroep heeft 5.1.2e de vraag behandeld.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0014 'Eerst op het tijdstip' en uiterlijke moment aftrek liquidatieverlies (13d-11)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
25 september 2020

Behandelaar: 5.1.2e

Vraag

Kan een liquidatieverlies in een jaar worden genomen na het jaar waarin de vereffening is voltooid?

Antwoord

Nee. Een liquidatieverlies kan slechts in één jaar in aanmerking worden genomen, namelijk het jaar waarin de vereffening is voltooid.

Casus

De casus laat zich in essentie eenvoudig samenvatten. Een belastingplichtige hield de aandelen in een buitenlandse deelneming, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. De betreffende deelneming is in ^{67 Awr}geliquideerd. In dat jaar was de vereffening voltooid en had de belastingplichtige een liquidatieverlies mogen nemen. Echter, tot ^{67 Awr}bleef de liquidatie onopgemerkt. In dat jaar wenst de belastingplichtige het verlies alsnog in aanmerking te nemen met een beroep op de foutenleer.

Beschouwing

De regeling met betrekking tot het nemen van een verlies uit hoofde van de liquidatie van een deelneming is geregeld in artikel 13d Wet Vpb 1969. Voor deze vraag is volgens de Kennisgroep van belang dat het jaar waarin het liquidatieverlies in aanmerking moet worden genomen in de wet is geregeld. Het huidige artikel 13d, lid 11, Wet Vpb 1969 knoopt namelijk aan bij het "*tijdstip waarop de vereffening is voltooid*".

De Kennisgroep is van mening dat hiermee zowel het eerste als het laatste moment is bepaald waarop een liquidatieverlies in aanmerking kan worden genomen.

Een (naderend) liquidatieverlies zou op basis van de voorzichtigheid - als een van de elementen van goed koopmansgebruik - mogelijk ook al in een eerder jaar in aanmerking kunnen worden genomen, maar dat heeft de wetgever niet gewild. In het jaar waarin de vereffening is voltooid, staat zowel de liquidatie als de liquidatie-uitkering vast en dat is het jaar waarin het verlies in aanmerking moet worden genomen.

Het woord "*eerst*" in artikel 13d, lid 11, onderdeel b, Wet Vpb 1969 heeft niet de betekenis van "dat jaar of enig ander later jaar". Dit kan ook worden afgeleid uit het feit dat de tekst dwingend voorschrijft dat op het moment van vereffening het verlies moet worden genomen: "wordt in aanmerking genomen". Zou dit niet het geval zijn, dan zou dit tot onlogische consequenties leiden. Allereerst is er in enig later jaar namelijk geen deelneming meer en dus ook geen enkel aanknopingspunt om een verlies aan op te hangen. Ten tweede zou deze interpretatie de mogelijkheid openen om het verlies in aanmerking te nemen in enig jaar dat het belastingplichtige zou uitkomen. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.



20-023-0019 Afwaardering vendor loan (13-6)

Behandelaars: en
14 oktober 2020

Vraag

1. Is de vendor loan te kwalificeren als een earn-outregeling op grond van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969?
2. Wat is voor het bepalen van de opbrengst van de deelneming de waarde van deze vendor loan?

Antwoord

1. De vendor loan valt in casu niet onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Er is in casu namelijk geen sprake van een verbintenisrechtelijke onzekerheid.
2. De vendor loan moet worden gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer op het moment dat de deelneming wordt overgedragen. Dat deel behoort tot de (vrijgestelde) opbrengst van de deelneming. Wel gaat de rente pas in na Dat geeft aanleiding de nominale waarde te verminderen met de gemiste rente tot de contante waarde. De contante waarde is de opbrengst van de deelneming. De aangroei naar de nominale waarde is dan een belaste opbrengst. Verdere rentebetalingen en waardemutaties van de vordering vallen onder het normale winstregime.
3. Verder wordt in de beschouwing nog kort ingegaan op een eventuele stelling van de adviseur dat er sprake is van een zogenoemde 'goederenrechtelijke onzekerheid', alsmede op de behandeling en waardering van de uitgestelde betalingen.

Casus

67 Awr

Beschouwing

Ingevolge de wettekst van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is een beoordeling per element van de koopsom vereist. In de bewoordingen '*indien een deelneming (...) is vervreemd of verkregen tegen een prijs welke **geheel of ten dele** bestaat uit een recht op een of meer termijnen (...) behoren bij de vervreemder de waardeveranderingen van **dat recht** (...) tot de voordelen uit hoofde van de deelneming*', ligt besloten dat of sprake is van een earn-out, per onderdeel van de koopsom moet worden beoordeeld.

1. Is de vendor loan te kwalificeren als een earn-out regeling?

Voor de toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 dienen de volgende drie (cumulatieve) kernelementen te zijn overeengekomen:

- a. Er is sprake van een prijs.

- b. Deze prijs bestaat uit een recht op één of meer termijnen.
- c. Het aantal dan wel de omvang van die termijn(en) staat in het jaar van vervreemding of verkrijging nog niet vast.

a. Prijs

Behoort de vendor loan tot de prijs? Het is aannemelijk dat er een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de koopovereenkomst en de leningsovereenkomst. De vordering vormt dan ook een deel van de tegenprestatie bij de verkoop en is de prijs als bedoeld in artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969.

BNB 2018/151:

"Uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, van de Wet en de hiervoor in 2.4.1 bedoelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt."

De prijs is al hetgeen als tegenprestatie wordt verkregen.

"In het oordeel van het Hof dat een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds, ligt besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst."

De vordering vormt een tegenprestatie indien er een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoopovereenkomst en de schuldigerkenning of leningsovereenkomst.

In zijn uitspraak van 7 juni 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:4781) heeft het Hof de onverbreekelijke samenhang vastgesteld aan de hand van de volgende omstandigheden:

- a. De omstandigheid dat de verkoop van de aandelen en de financiering van de koopsom gelijktijdig tussen kopers en verkopers zijn overeengekomen;
- b. dat de voorwaarden van de schuldigerkenning zodanig zijn opgesteld dat overname van die certificaten door de twee personeelsleden mogelijk was;
- c. dat in de overeenkomst waarin de verkoop van de aandelen is vastgelegd tevens de omzetting van de koopsom in een vordering wegens schuldigerkenning is opgenomen, en;
- d. dat de voorwaarden van die schuldigerkenning eveneens in de koopovereenkomst zijn opgenomen.

Uit de [67 Awr] is op te maken dat in de verkoopovereenkomst van [67 Awr] is opgenomen dat een bedrag van [67 Awr] schuldig zal worden gebleven en zal worden gefinancierd met een vendor loan.

In de overeenkomst waarin de verkoop van de aandelen is vastgelegd is gelijktijdig de financiering van de koopsom opgenomen. In de koopovereenkomst is immers opgenomen dat een bedrag van [67 Awr] schuldig wordt gebleven en wordt verwezen naar de vendor loan. Uit de bewoordingen van de koopovereenkomst en leningsovereenkomst volgt dan ook dat de vordering uit de koopovereenkomst voortvloeit.

b./c. Termijnen en onzekerheid omvang

In de vendorloanovereenkomst is het aantal en de omvang van de termijnen vastgelegd, namelijk

Daarnaast staat ook de omvang van de totale prijs vast, te weten

De additionele betalingen van staan ook vast.

Gelet op het voorgaande bestaan de vendor loan en de uitgestelde betalingen uit vaste contractuele aflossingen en is er geen verbintenisrechtelijke onzekerheid op grond waarvan artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 van toepassing is.

Aanvullend: Goederenrechtelijke onzekerheid

Ondanks bovenstaande conclusie dat er geen sprake is van verbintenisrechtelijke onzekerheid, zou de adviseur nog kunnen betogen dat een vordering onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 valt indien de terugbetaling van de vordering feitelijk in grote mate afhankelijk is van de resultaten van de verkochte deelneming en er geen andere bronnen zijn waaruit de vordering kan worden voldaan.

Op dit moment is er echter nog geen jurisprudentie waarin deze "goederenrechtelijke onzekerheid" leidt tot toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling heeft hierover ook nog geen definitief standpunt ingenomen.

Mocht de adviseur deze stelling toch inbrengen dan kan daar in casu het volgende worden tegengeworpen:.

2. Wat is voor het bepalen van de opbrengst van de deelneming de waarde van de vendor loan?

Gelet op de feiten en omstandigheden lijkt het hier te gaan om een vendor loan met een zakelijk rentepercentage en aflossing en gebruikelijke zekerheden. Er zijn geen feiten en omstandigheden bekend die tot een andere conclusie leiden. In dat geval is de contante waarde gelijk aan de nominale waarde.

Wel gaat de rente pas in na verloop van . Dat geeft aanleiding de nominale waarde te verminderen met de gemiste rente tot contante waarde. De aangroei naar de nominale waarde is dan een belaste opbrengst.

De renteloze betalingstermijnen vallen zoals hiervoor aangegeven ook niet onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Deze termijnen dienen in verband met de renteloosheid voor het bepalen van de opbrengst van de

aandelen te worden gewaardeerd op de contante waarde. Ook hier is de aangroei naar de nominale waarde een belaste opbrengst.

Uit overleg met de inspecteur is gebleken dat het waarderingsprobleem ruime aandacht heeft bij de behandeling van de casus. De feitelijke vaststelling van de contante waarde ligt bij de inspecteur, eventueel in samenwerking met valuatoren van de Belastingdienst. De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling stelt slechts vast dat de waarde in het economisch verkeer als opbrengst van de deelneming moet worden aangemerkt. Latere waardemutaties en rente vallen in de reguliere winstsfeer.

Bronnen

Wet- en regelgeving

Wet

Artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969:

Indien een deelneming of een deel daarvan is vervreemd of verkregen tegen een prijs welke geheel of ten dele bestaat uit een recht op een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat, behoren bij de vervreemder de waardeveranderingen van dat recht en bij de verkrijger de waardeveranderingen van de met dat recht corresponderende verplichting tot de voordelen uit hoofde van de deelneming. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing bij aanpassingen van de prijs waartegen is vervreemd of verkregen; voorts is die volzin van overeenkomstige toepassing op de houder van een deelneming van wie door de vennootschap waarin de deelneming wordt gehouden, aandelen zijn ingekocht.

Parlementaire geschiedenis

De earn-outregeling (eerste volzin) is ingevoerd met ingang van 1 januari 2002 (Wetsvoorstel 28034, Belastingplan 2002 II – Economische infrastructuur). In de wetsgeschiedenis is over deze wetwijziging het volgende opgemerkt:

“Dit wetsvoorstel bevat een aanpassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting voor de situatie waarin een deelneming wordt verkocht tegen een zogenoemde earn-outregeling. Dat is een verkoopovereenkomst waarbij de prijs van de deelneming (ten dele) bestaat uit een recht op toekomstige uitkeringen waarvan het totale bedrag onzeker is. Gaan koper en verkoper uit van een verschillende schatting, dan kan dat leiden tot langdurige discussies met de inspecteur. Vanuit de praktijk (zowel de Belastingdienst als het bedrijfsleven) is daarom meermalen aangedrongen op een wettelijke regeling waarbij de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling wordt gebracht. De voorgestelde regeling voorziet daarin.”

(Kamerstukken II 2001/2002, nr. 3 pag. 12)

“Wanneer een deelneming is vervreemd tegen een zogenoemde earn-outregeling, waarbij de prijs bijvoorbeeld geheel of ten dele bestaat uit een winstrecht, waardoor het aantal of de omvang van de termijnen in het jaar van de vervreemding nog niet vaststaat, rijst de vraag hoe daar voor de deelnemingsvrijstelling mee moet worden omgegaan. In het arrest BNB 1993/180 besliste de Hoge Raad ten aanzien van de verkoper dat deze de opbrengst van de deelneming moet bepalen met inachtneming van de geschatte waarde van dat recht, en dat waardeveranderingen van dat recht die zich naderhand voordoen niet kunnen worden aangemerkt als voordelen uit hoofde van de deelneming. In het arrest BNB 2001/139 besliste de Hoge Raad ten aanzien van de koper van de deelneming dat deze de op hem rustende verplichting uit hoofde van de earn-outregeling bij het ontstaan ervan dient te waarderen en dat latere waardeveranderingen van die verplichting in het belastbare resultaat vallen. Indien een deelneming wordt verkocht tegen een earn-outregeling en de

uiteindelijke betalingen lager zijn dan de bij vervreemding geschatte prijs, leidt dit bij de verkoper tot een aftrekbaar verlies op een vordering en bij de koper tot belaste vrijval van een verplichting. De verkoper heeft daardoor in de regel belang bij een zo hoog mogelijke waardering, de koper bij een zo laag mogelijke. Indien koper en verkoper in een dergelijk geval de overdrachtprijs niet op hetzelfde bedrag schatten, kan dat leiden tot langdurige discussies met de inspecteur. Vanuit de praktijk is daarom meermalen aangedrongen op een wettelijke regeling waarbij de waardeontwikkeling van een als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling wordt gebracht. De voorliggende aanpassing van artikel 13, eerste lid, strekt hiertoe. De waardeveranderingen van een bij de verkoop van een deelneming verkregen winstrecht vallen dus voortaan onder de deelnemingsvrijstelling. Dit geldt ook bijvoorbeeld voor waardeveranderingen die het gevolg zijn van oprenting van de contant gemaakte termijnen en als gevolg van valutawijzigingen. Bij de koper gaan de waardeveranderingen van zijn verplichting deel uitmaken van de kostprijs van de deelneming. Voorts gaan bij de koper die waardeveranderingen op grond van de aanpassing van artikel 13d deel uitmaken van het voor de deelneming opgeofferde bedrag.”

(Kamerstukken II 2001/2002, nr. 3, pag. 29)

Jurisprudentie

- H.R. 8 februari 2013, nr. 12/03657 (BNB 2013/93 [ECLI:NL:HR:2013:BZ0731](#), onze casus Dvs 09066);
- HR 29 juni 2018 (BNB 2018/151, [ECLI:NL:HR:2018:1019](#), onze casus [Dvs16035](#));
- Hof Den Bosch, 21 juni 2019 ([Dvs18006](#), [ECLI:NL:GHSHE:2019:2254](#));
- conclusie van de AG, 19 december 2019 ([ECLI:NL:PHR:2019:1367](#));
- Rechtbank Noord Holland, 26 november 2018 nr. AWB-16/2261, ([ECLI:NL:RBNHO:2018:10152](#)).
- Rechtbank Gelderland van 9 september 2014, nr. 12/5922 ([ECLI:NL:RBGEL:2014:5692](#)).



Belastingdienst

5.1.2e MKB Breda
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T
M 5.1.2e

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
19 januari 2021

Ons kenmerk
20-023-0006

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0006 Afwaardering vendor loan (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
19 januari 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Is de vendor loan in casu aan te merken als een earn-out op grond van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is van mening dat er in casu geen aanleiding lijkt te zijn om aan te nemen dat de vendor loan kwalificeert als earn-out op grond van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. De Kennisgroep ziet in casu namelijk 1) geen verbintenisrechtelijke onzekerheden en 2) ook geen mogelijkheid om eventueel een materiele earn-out te kunnen stellen.

Ter overweging

buiten verzoek

Casus

Structuur

67 Awr

Feiten

Bij het beantwoorden van de vraag is van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 januari 2021

67 Awr

Beschouwing

Onzakelijke lening

Deze beschouwing begint met de vooronderstelling dat de lening van X aan Y geen onzakelijke lening is. Alhoewel daar een enkele kanttekening bij kan worden gezet - 67 Awr

67 Awr - acht de Kennisgroep dit niet voldoende om te spreken van onzakelijkheid.

Onverbreekelijke samenhang

De tweede vooronderstelling is dat er sprake is van een onverbreekelijke samenhang tussen de verkoop van de aandelen en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van

schuldigerkenning anderzijds. De Hoge Raad heeft aangegeven dat een vordering het regime van de deelnemingsvrijstelling deelachtig wordt, indien er een dergelijke onverbreekelijke samenhang bestaat¹⁾. In dat geval ligt daarin besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 januari 2021

Verbintenisrechtelijke onzekerheid

Een dergelijke tegenprestatie valt onder de reikwijdte van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 indien deze bestaat uit een recht op een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van verkoop nog niet vaststaat.

De Kennisgroep stelt het volgende vast:

- Er is geen contractuele onzekerheid omtrent de omvang van de tegenprestatie. De overdrachtsprijs bedroeg 67 Awr. Deze werd deels 67 Awr omgezet in een lening.
- Er is geen contractuele onzekerheid omtrent het aantal en/of de omvang van de termijnen. Bij de overdracht van de aandelen is vastgelegd dat de betaling zal geschieden in 67 Awr gelijke termijnen.
- De rente bedraagt feitelijk 67 Awr. Weliswaar is dat mogelijk onzakelijk laag, maar dit leidt niet tot contractuele onzekerheden. Hooguit tot een lagere waardering van dat gedeelte van de tegenprestatie (o.b.v. discounted cash flow-methode).
- Er lijkt geen sprake te zijn van andere verbintenisrechtelijke onzekerheden.
- Tevens wordt bij de overdracht van aandelen niet aangegeven dat de koopsom, de termijnen of de rente afhankelijk zijn van de financiële positie van 67 Awr.
- Er is – voor zover bekend – geen sprake van een contractuele kwijtscheldingsbepaling.

Op basis van voorgaande vaststellingen, concludeert de Kennisgroep dat er in casu geen sprake is van een earn-outregeling. Volgens de Kennisgroep bevat de lening – als onverbreekelijke (gedeeltelijke) tegenprestatie van de koopsom – namelijk objectief gezien geen onzekerheden over de omvang en/of het aantal van de tegenprestaties. Dit ligt ook in de lijn met de uitspraak van Rechtbank Gelderland van 9 september 2014, nr. 12/5922, [ECLI:NL:RBGEL:2014:5692](#).

Materiële earn-out

Ondanks bovenstaande conclusie dat er geen sprake is van een earn-out door het ontbreken van verbintenisrechtelijke onzekerheid, zou de gedachte nog kunnen opkomen dat de vordering onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 valt indien de terugbetaling van de vordering feitelijk in grote mate afhankelijk is van de resultaten van de verkochte deelneming 67 Awr en er geen andere bronnen zijn waaruit de vordering kan worden voldaan.

Op dit moment is er echter nog geen jurisprudentie waarin deze zogenoemde materiële earn-out is bevestigd. De Kennisgroep heeft hierover ook nog geen definitief standpunt ingenomen.

Onderhavige casus is echter niet geschikt om deze stelling in te nemen. Het lijkt er volgens de Kennisgroep namelijk op dat 67 Awr voor het aflossen van de vordering over eigen bronnen of anderszins eigen weerstandsvermogen beschikt. 67 Awr

67 Awr

1. Hoge Raad 28 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2017:4781, r.o. 2.4.3 (BNB 2018/151).



Belastingdienst

5.1.2e GO Breda
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T
M 5.1.2e

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
25 januari 2021

Ons kenmerk
20-023-0008

Betreft: Vraag aan Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

In de bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op de vraag die je hebt gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling.

Als je over het antwoord nog vragen hebt, aarzel dan niet om contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0008 Onderworpenheidstoets bij combinatie

67 Awr

(13-11a)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
25 januari 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Is in casu 67 Awr in 67 Awr en 67 Awr een kwalificerende beleggingsdeelneming?

Antwoord

De Kennisgroep is van mening dat in casu 67 Awr in 67 Awr en 67 Awr een kwalificerende beleggingsdeelneming is. Er wordt namelijk voldaan aan de onderworpenheidstoets van artikel 13, lid 11, onderdeel a, Wet Vpb 1969: het statutaire belastingtarief bedraagt meer dan 10% en er valt geen stelselafwijking van betekenis te constateren.

Omdat er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming, is de deelnemingsvrijstelling van toepassing en kan de belanghebbende een verlies op de deelneming - in casu een valutaverlies - niet aftrekken.

Casus

Bij het beantwoorden van de vraag is van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Is 67 Awr al dan niet transparant?

Uitgangspunt is dat 67 Awr een niet-transparant lichaam is, en dus een deelneming. 67 Awr

67 Awr

Wordt voldaan aan de onderworpenheidstoets?

Via de onderworpenheidstoets wordt getoetst of de winst van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft op een - vanuit Nederlandse optiek - adequate wijze in een belasting naar de winst wordt betrokken.

Als het lichaam waarin de belanghebbende een deelneming heeft, is onderworpen aan een voldoende belastend regime is sprake van een kwalificerende beleggingsdeelneming en is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De belasting naar de winst moet hiertoe resulteren in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Hiervan is geen sprake als het effectieve tarief lager dan 10% is. Het belastingregime waaraan de dochtervennootschap is onderworpen, wordt hiervoor vergeleken met het (normale) Nederlandse vennootschapsbelastingregime. Onderdelen die vergeleken moeten worden zijn het belastingtarief, de belastinggrondslag en andere (uitvoerings)aspecten die de uiteindelijke heffing bepalen.

In casu leidt deze vergelijking volgens de Kennisgroep niet tot een effectief tarief lager dan 10%. Er is een voldoende statutair tarief van 67 Awr en de aftrek van de 67 Awr kwalificeert niet als een stelselafwijking. Hieronder worden deze twee onderdelen afzonderlijk besproken:

Belastingtarief

Wat betreft het belastingtarief is het uitgangspunt dat er sprake is van een naar Nederlandse begrippen reële heffing als het reguliere tarief van een winstbelasting ten minste 10% is. Met het reguliere tarief wordt bedoeld dat het normale (statutaire) tarief ten minste 10% moet zijn.

Op grond van artikel 13, lid 11, onderdeel a, Wet Vpb 1969 moet er sprake zijn van onderworpenheid aan een 'belasting naar de winst'. De 67 Awr kwalificeert als een belasting naar de winst. Het tarief van deze 67 Awr bedraagt 67 Awr. Dit statutaire tarief is het uitgangspunt voor de toets of sprake is van voldoende onderworpenheid. Op grond van het statutaire tarief van de 67 Awr is derhalve sprake van voldoende onderworpenheid.

Overigens is het niet nodig dat er sprake is van een heffing naar de winst op landelijk niveau. Ook een heffing naar de winst door een landsdeel of regio wordt in aanmerking genomen. Als de 67 Awr een belasting is die naar de winst wordt

geheven, zou deze ook in ogenschouw kunnen worden genomen. Omdat het statutaire tarief van de 67 Awr ruimschoots boven de 10% ligt is dat in casu echter niet nodig.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
25 januari 2021

Belastinggrondslag en andere (uitvoerings)aspecten

Het statutaire tarief van de 67 Awr van 67 Awr zou nog tot een effectief tarief van onder de 10% kunnen leiden als er sprake zou zijn van bijzondere grondslagafwijkingen of andere (uitvoerings)aspecten (stelselafwijkingen).

Op basis van de feiten wordt de aftrekbaarheid van de 67 Awr van het voorgaande jaar van de belastinggrondslag van de 67 Awr als enige kenmerkende verschil met de Nederlandse belastinggrondslag genoemd. Deze aftrekbaarheid van de 67 Awr kwalificeert naar de mening van de Kennisgroep om de volgende twee redenen echter niet als stelselafwijking:

- In de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag is op grond van een a contrario interpretatie van artikel 10, lid 1, onderdeel e, Wet Vpb 1969 namelijk onder omstandigheden ook aftrek van buitenlandse winstbelasting mogelijk. Ten aanzien van de 67 Awr is voor de inkomstenbelasting door Hof Leeuwarden² bijvoorbeeld uitgemaakt dat deze aftrekbaar is als kosten.
- Daarnaast kan in Nederland ook een heffing naar de winst – het winstaandeel uit de Mijnbouwwet – van de grondslag voor de vennootschapsbelasting worden afgetrokken.

67 Awr

² Hof Leeuwarden, 20 september 1996, V-N 1997/456,5.



Belastingdienst

5.1.2e

GO West kantoor Rotterdam

per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T 5.1.2e
M

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

10 februari 2021

Ons kenmerk

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0031 Samenloop artikel 13a en artikel 8b (8b/13a)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
13 januari 2021

Inleiding

67 Awr heeft een niet-kwalificeerde beleggingsdeelneming 67 Awr. Op 67 Awr is ook de herwaardering naar de waarde in het economische verkeer (hierna: WEV) van artikel 13a Wet Vpb 1969 van toepassing. In casu behelst de vraag in hoeverre het arm's lengthbeginsel van artikel 8b Wet Vpb 1969 een rol speelt bij het bepalen van de herwaarderingswinst.

Vraag

In casu zijn er twee vragen te beantwoorden:

- 1) Hoe dient bij 67 Awr de WEV - bedoeld in artikel 13a Wet Vpb 1969 - van deelneming 67 Awr te worden bepaald indien de (indirect gehouden) deelneming 67 Awr als enige bezitting een 67 Awr heeft?
- 2) Dient de herwaarderingswinst ex artikel 13a Wet Vpb 1969 bij 67 Awr te worden vastgesteld rekening houdend met eventuele correcties uit hoofde van het arm's lengthbeginsel van artikel 8b Wet Vpb 1969?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is van mening dat de vragen in casu als volgt kunnen worden beantwoord:

- 1) In het algemeen kan de nettovermogenswaarde (hierna: NVW) niet als WEV worden aangemerkt, maar slechts als een indicator daarvan. In de onderhavige casus is de Kennisgroep echter van mening dat het hanteren van de NVW aanvaardbaar is voor het bepalen van de WEV op grond van artikel 13a Wet Vpb 1969.
- 2) Correcties op de winst van de beleggingsdeelneming 67 Awr uit hoofde van het arm's lengthbeginsel van artikel 8b Wet Vpb 1969 spelen een rol bij het bepalen van de herwaarderingswinst ex artikel 13a Wet Vpb 1969. In die zin dat uit het arm's lengthbeginsel voortvloeiende informele kapitaalstortingen en uitdelingen uit deze herwaarderingswinst worden geëlimineerd. Toepassing van artikel 8b Wet Vpb 1969 beïnvloedt niet de WEV van een deelneming (een informele kapitaalstorting verhoogt ook de WEV), maar wel de herwaarderingswinst. De herwaarderingswinst is namelijk de resultante van WEV en informele kapitaalstortingen. Indien komt vast te staan dat de valutaresultaten op 67 Awr niet bij de (indirect gehouden) deelneming C 67 Awr thuishoren, betekent dit volgens de Kennisgroep concreet voor de onderhavige casus dat deze valutaresultaten niet worden meegenomen in de herwaarderingswinst.

Ter overweging

buiten verzoek

buiten verzoek

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
13 januari 2021

Casus

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Hoe dient de WEV van § 7 Awr per jaareinde te worden bepaald?

In de casus wordt voor het bepalen van de WEV aangesloten bij de gecombineerde NVW van § 7 Awr en § 7 Awr per jaareinde.

In BNB 2013/218 overweegt de Hoge Raad over de WEV:

"Het Hof is er terecht van uitgegaan dat onder de waarde in het economische verkeer moet worden verstaan de prijs die bij aanbidding van een zaak ten verkoop op de voor die zaak meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde zou zijn betaald."

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 13ba [oud] Wet Vpb 1969 - dat ook een herwaardering naar WEV voorschreef - volgt dat waardering op NVW volgens de staatssecretaris eigenlijk geen juiste waarderingsmethode is om de WEV te bepalen, maar wel een indicatie kan zijn:

"Het begrip "waarde in het economische verkeer" heeft een lange geschiedenis in ons belastingrecht en is dan ook als zodanig uitgekristalliseerd. Het heeft daarin de voorkeur boven de begrippen "intrinsieke waarde" en "nettovermogenswaarde", die veeleer bekend zijn uit het jaarrekeningenrecht en fiscaal niet of minder zijn uitgekristalliseerd. Dit laat onverlet dat onder omstandigheden een toe- of afname

67 Awr

van de intrinsieke waarde en nettovermogenswaarde zoals deze voorkomen in de commerciële jaarrekening, een indicatie kunnen opleveren voor het verloop van de waarde in het economische verkeer.” (Kamerstukken II, 2004-2005, 29 686, nr. 6, p. 12 en 16-17)

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
13 januari 2021

In casu	67 Awr
	67 Awr

Derhalve is de Kennisgroep van mening dat in dit specifieke geval de NVW de WEV voldoende benadert.

Daarbij zijn volgens de Kennisgroep de volgende kanttekeningen - waaraan in het onderhavige geval de feiten nog zouden kunnen worden getoetst - nog van belang:

67 Awr

Hoe werkt het door C^{67 Awr} behaalde valutakoersresultaat door in de waardering van het belang in S^{67 Awr} naar de WEV?

Commercieel behoren de valutaresultaten tot het resultaat van C^{67 Awr} omdat C^{67 Awr} in de commerciële jaarstukken ^{67 Awr} ieder jaar waardeert naar de actuele ^{67 Awr} koers op balansdatum. Daarvan uitgaande is de vraag of voor het bepalen van de WEV van de deelneming S^{67 Awr} voor artikel 13a Wet Vpb 1969 de commerciële jaarrekening bepalend is of dat dit de fiscale winst moet zijn (waarbij artikel 8b Wet Vpb 1969 een rol speelt).

Van der Geld en Hofman² stellen dat de WEV niet hoeft te worden gecorrigeerd voor onzakelijke transacties waarbij het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, is betrokken. Bijvoorbeeld in het geval de deelneming een renteloze vordering houdt op een concernvennootschap. Zo stellen zij:

“De waarde in het economische verkeer wordt immers bepaald door het bedrag dat een derde zal willen betalen voor de deelneming, en een derde zal niet bereid zijn te betalen voor fictieve ontvangsten”.

Daar staat tegenover dat de ratio van artikel 13a Wet Vpb 1969 feitelijk dezelfde is die aan de CFC-maatregel van artikel 13ab (vanaf 2019) ten grondslag ligt, kortweg: het bij de aandeelhouder belasten van de beleggingsinkomsten die bij de deelneming niet worden belast.

Als de valutaresultaten op TP-technische gronden niet thuishoren bij C^{67 Awr} is feitelijk sprake van ofwel een informele kapitaalstorting (bij een valutawinst) of een uitdeling (bij een valutaverlies).

Bij de WEV van aandelen wordt gezien:

² De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening, Wolters Kluwer, 2017, p. 309.

1. welke waarde(toename) al gerealiseerd is, en
2. welke waardetoename nog te verwachten is.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
13 januari 2021

Ad 1) Voor zover de waardetoename door onzakelijk handelen al is ontstaan, zal normaliter sprake zijn van een verhoging van de kostprijs (informeel kapitaal).

Ad 2) Voor zover de bestaande contracten tot een toekomstige onzakelijke geldstroom kunnen leiden, zal die (onzakelijke) geldstroom de waarde echter niet beïnvloeden voor zover die geldstroom opdroogt indien de aandelen worden verkocht aan een derde (het onzakelijke contract zal dan immers normaliter worden beëindigd).

Voor het uitzonderlijke geval dat een contract met een onzakelijke prijs civielrechtelijk gecontinueerd dient te worden, zal een onzakelijke hoge toekomstige kostenpost bij de deelneming of een onzakelijke hoge toekomstige bate bij de deelneming gecompenseerd worden in de verkoopprijs van de aandelen, anders zou koper of verkoper zichzelf immers tekort doen.

Voor de fiscaliteit moet worden uitgegaan van de fiscaal zakelijke kosten en baten en de daarmee corresponderend zakelijke prijs voor de aandelen. Vergelijk Hof A'dam 97/3742:

"G BV, een onafhankelijke partij, heeft de aandelen F BV gekocht tegen een prijs waarbij, naar moet worden aangenomen, acht is geslagen op alle voor haar relevante omstandigheden. Derhalve zal zij ongetwijfeld er mee hebben gerekend dat F BV haar onderneming uitoefende in het onderhavige pand van belanghebbende en dat F BV daarvoor een onzakelijk hoge huur betaalde. Die situatie zou, gelet op het huurcontract, in beginsel dienen te worden gecontinueerd. Naar 's Hofs oordeel moet bij zakelijk handelende partijen als de onderwerpelijke dan worden verondersteld dat G BV daartoe slechts bereid zal zijn geweest indien dat heeft geleid tot een adequate compensatie op een ander vlak, in casu in de vorm van een lagere aankoopssom voor de aandelen. Met andere woorden, het onzakelijke deel van het aldus in de toekomst ten titel van huur te betalen bedrag is, conform de stelling van belanghebbende, in feite betaald ter verwerving van de deelneming F BV en dient voor fiscale doeleinden dan ook te worden gekwalificeerd als onderdeel van de verkoopopbrengst van die deelneming".

Datgene wat dus niet tot de fiscale winst van de deelneming behoort, wordt ook niet belast op grond van artikel 13a Wet Vpb 1969. De waardeinstijgingen van de deelneming als gevolg van een informele kapitaalstorting – of de waardedalingen als gevolg van een uitdeling – worden dan ook uit de herwaarderingswinst geëlimineerd, zodat op grond van artikel 13a Wet Vpb 1969 bij ^{67 Aw}alleen de door ^{57 Aw}S (via haar dochter ^{67 Aw}G) behaalde - naar Nederlandse fiscale maatstaven bepaalde - winst wordt belast.

Toepassing van artikel 8b Wet Vpb 1969 beïnvloedt met andere woorden niet de WEV van een deelneming (een informele kapitaalstorting verhoogt ook de WEV), maar wel de herwaarderingswinst. De herwaarderingswinst is namelijk de resultante van WEV en informele kapitaalstorting.

Deze conclusie past ook bij de structuur van de wet (artikel 8b komt voor artikel 13a Vpb), bij het systeem van de wet (datgene belasten dat een binding heeft met Nederland/dat aan Nederland kan worden toegerekend) en bij de wetsgeschiedenis van bijvoorbeeld 13ab Vpb. Wat dat laatste punt betreft, ligt het - gelet op de aard van de bepalingen van artikelen 13a en 13ab Wet Vpb 1969, in de rede bij beide artikelen dezelfde benadering te hanteren aangaande onzakelijk ontstane vermogensmutaties.

MvT 35 030, pagina 30:

"De omvang van de besmette voordelen wordt naar Nederlandse maatstaven bepaald. Bij de vaststelling van de omvang van de besmette voordelen dient dus rekening te worden gehouden met onder andere de deelnemingsvrijstelling, aftrekbeperkingen en aanpassingen van de belastinggrondslag – naar boven of naar beneden – die het gevolg zijn van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel."

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
13 januari 2021

NnavV 35 030, pagina 37:

"De achtergrond van deze benadering is dat het voor de bepaling van de omvang van de besmette voordelen van een gecontroleerd lichaam naar Nederlandse maatstaven van belang is wat deze voordelen zouden zijn indien dat lichaam in Nederland zou zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting, rekening houdend met de functionele valuta."



Belastingdienst

5.1.2e kantoor Rotterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T
M **5.1.2e**

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
26 februari 2021

Ons kenmerk
20-023-0013

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste **5.1.2e**

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0013 Vestigingsplaatsfictie en deelnemingsvrijstelling (2-4/13)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
26 februari 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

De vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is of in casu de uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling geldt voor ~~X~~⁷ Awr die de deelneming Y houdt.

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is van mening dat in casu ~~X~~⁷ Awr de deelnemingsvrijstelling op de deelnemingsdividenden vanuit deelneming Y kan toepassen, omdat ~~X~~⁷ Awr feitelijk is gevestigd in ^{67 Awr} en er geen sprake is van een misbruiksituatie.

Casus

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Algemeen

Allereerst moet de vraag worden beantwoord of de uitsluiting van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4, Wet Vpb 1969 voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling geldt voor:

- a) het belang waarin de deelneming wordt gehouden (dochter/'omlaag'), en/of;
- b) de belastingplichtige (in casu ~~X~~⁷ Awr die de deelneming houdt (moeder/'omhoog'))?

Op grond van de letterlijke wettekst is verdedigbaar dat de deelnemingsvrijstelling niet toegepast kan worden zowel a) *op* een naar Nederlands recht opgerichte, maar feitelijk in het buitenland gevestigde en aldaar belastingplichtige vennootschap (dochter/'omlaag') als b) *door* een dergelijk lichaam (moeder/'omhoog').

EU-/Verdrag-situaties

Daarbij merkt de Kennisgroep op dat - in zoverre het de positie van de moeder/omhoog betreft - in concrete gevallen de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling veelal zal worden verhinderd door:

67 Awr

- (i) het EU-recht (omdat sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering), en/of;
- (ii) een bilateraal verdrag (omdat het heffingsrecht is toegekend aan de andere staat).

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
26 februari 2021

Misbruik

Echter, in deze EU- en verdragsrechtelijke gevallen blijft de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling bij de moeder/omhoog toch in stand, indien bijvoorbeeld:

- (i) EU-rechtelijk sprake is van een rechtvaardigingsgrond (zoals de noodzaak tot voorkoming van misbruik), en/of;
- (ii) sprake is van misbruik onder het van toepassing zijnde verdrag.

Omdat uit de feiten en omstandigheden blijkt dat ^{67 Awr} feitelijk is gevestigd in ^{67 Awr} ^{67 Awr} en ook geen sprake is van een misbruiksituatie, is de Kennisgroep van mening dat X BV in casu de deelnemingsvrijstelling kan toepassen

Tot slot

Opgemerkt wordt dat de zienswijze van de Kennisgroep nog niet volledig is uitgekristalliseerd. buiten verzoek

buiten verzoek



Belastingdienst

5.1.2e van Berkensteijn, GO Amsterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M **5.1.2e**

E-mailadres

5.1.2e @[belastingdienst.nl](mailto:5.1.2e@belastingdienst.nl)

Datum

26 februari 2021

Ons kenmerk

20-023-0026

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste **5.1.2e**,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0026 Nemen liquidatieverlies kort na overname groter geheel (13d-2)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
26 februari 2021

Inleiding

67 Awr

Vraag

Moet in casu bij de directe houdstervennootschap H ^{67 Awr} voor het bepalen van het opgeofferde bedrag voor X ^{67 Awr} worden uitgegaan van:

- 1) het door H ^{67 Awr} (historische) opgeofferde bedrag van vóór de externe overname, of;
- 2) een allocatie van de aankoopprijs door het D-concern aan de middellijk aangekochte deelneming X ^{67 Awr} (*price allocation* (PPA))?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (Kennisgroep) is van mening dat in casu moet worden aangesloten bij het door de directe houdstervennootschap H ^{67 Awr} (historische) opgeofferde bedrag. In casu zijn dit de oorspronkelijke opgeofferde bedragen die het S-concern zich heeft getroost voor de verkrijging van het 100%-belang in X ^{67 Awr}. De Kennisgroep is tevens van mening dat de wettekst, noch de ratio, de overige parlementaire behandeling respectievelijk de jurisprudentie steun bieden aan een concernbenadering op basis van een PPA.

Ter overweging

De Kennisgroep maakt overigens van de gelegenheid gebruik om nog twee punten in overweging mee te geven:

buiten verzoek

Casus

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Aangrijpingspunt directe houdster deelneming

De Kennisgroep is van mening dat de wettekst uitgaat van het perspectief van de directe houdster van de deelneming. De wettekst van artikel 13d, lid 1 jo. lid 2,¹ Wet Vpb 1969 luidt namelijk:

"1. De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (liquidatieverlies).

(...).

2. Het liquidatieverlies wordt gesteld op het bedrag waarmee het door de belastingplichtige voor de deelneming opgeofferde bedrag het totaal van de liquidatie-uitkeringen overtreft."

De combinatie van de beide leden maakt dat de wettekst geen grondslag biedt voor een concernbenadering.

Overigens blijkt de zelfstandige positie van de directe houdster van de deelneming ook uit de zogenoemde tussenhoudsterregeling van artikel 13d, lid 4, Wet Vpb 1969.

Ratio liquidatieverliesregeling

De Kennisgroep is verder van mening dat de parlementaire behandeling niet tot een andere conclusie leidt. Blijkens de parlementaire geschiedenis gaat achter de liquidatieverliesregeling van oorsprong namelijk het volgende gedachte schuil:

*"Zoals ter aangewezen plaatse is uiteengezet, wordt de voorgestelde regeling gemotiveerd met het feit dat door de liquidatie van de dochter voorgoed de mogelijkheid verloren gaat de verliezen van deze maatschappij nog met winsten van haarzelf te compenseren."*²

De Kennisgroep leidt hieruit af dat de ratio van de liquidatieverliesregeling is om verliezen die door de liquidatie van de deelneming definitief verloren dreigen te gaan op een bepaalde manier bij de directe houdster te kunnen compenseren.

Hoogte liquidatieverlies

Uitgaande van de ratio was het denkbaar geweest dat de wetgever voor het bepalen van de hoogte van het liquidatieverlies een regeling zou hebben getroffen die het onverrekenbare verlies bij de deelneming rechtstreeks naar de directe

¹ De verwijzingen naar artikel 13d Wet Vpb 1969 gaan uit van de wettekst geldend tot 1 januari 2021.

² Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

houdster overhevelt. Op grond van uitvoeringsmotieven is evenwel gekozen voor een andere systematiek. Een systematiek die aangrijpt bij de directe houdster en op basis waarvan het liquidatieverlies wordt bepaald op het verschil tussen het opgeofferde bedrag door de directe houdster en de liquidatie-uitkeringen door de deelneming.³

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 februari 2021

In de parlementaire behandeling is dit als volgt verwoord⁴:

"Insteede van dit onverrekend gebleven verlies vast te stellen en over te brengen naar de moedermaatschappij – welk regime op grote praktische bezwaren zou stuiten – hebben de ondergetekenden gemeend aansluiting te moeten zoeken bij het verlies dat zich bij de moedermaatschappij manifesteert. Dit verlies is gesteld op het verschil tussen het bedrag dat voor de verkrijging van de deelneming c.a. is opgeofferd, en de som van de daarop ontvangen liquidatie-uitkeringen."

Alhoewel de wettekst geen definitie van het opgeofferde bedrag kent, maar slechts bepaalt wat daaronder in ieder geval moet worden begrepen, blijkt uit de parlementaire geschiedenis⁵ dat de (zakelijke) kostprijs van de deelneming ten tijde van de verkrijging het uitgangspunt bij de berekening van het opgeofferde bedrag het uitgangspunt vormt.

De Kennisgroep leidt hieruit af dat het bij de liquidatieverliesregeling in beginsel om de definitief verloren verliezen van de deelneming zelf gaat (zoals dat tot uitdrukking komt bij de directe houdster) en niet om het geleden concernverlies door het concern waarvan de deelneming op het moment van liquidatie deel uitmaakt.

Jurisprudentie

De Kennisgroep is niet bekend met jurisprudentie waarin de wijziging van een uiteindelijk belang in een lichaam waarin een latent liquidatieverlies aanwezig is, succesvol is bestreden vanuit de ratio van liquidatieverliesregeling, in die zin dat het opgeofferde bedrag voor een deelneming bij de moedermaatschappij zou worden vervangen door het bedrag dat de verkrijger voor de moedermaatschappij heeft betaald.

Dat de directe houdster de waardering van haar deelneming niet naar beneden behoeft aan te passen als de directe houdster zelf wordt gekocht en blijkens de prijsstelling daarvan de deelneming in waarde is gedaald, vindt ook enige steun in BNB 2014/119 en BNB 2018/205.

In BNB 2004/218 was A NV een houdstervenootschap met deelneming C BV. Het hof stelde vast dat C BV op zichzelf geen enkele waarde vertegenwoordigde anders dan dat daaraan een opgeofferd bedrag van f 107 857 793 kon worden toegekend met daaraan verbonden een te realiseren liquidatieverlies ter grootte van dat bedrag in het geval deze deelneming zou worden ontbonden en vereffend. Voorts stond vast dat dit liquidatieverlies reeds aanwezig was ten tijde van de overdracht van de aandelen A NV.

Het Hof stond de verrekening van het liquidatieverlies niet toe op grond van doel en strekking van artikel 20, lid 5, Wet Vpb 1969 (de voorloper van het huidige artikel 20a Wet Vpb 1969). Voor het Hof stond het opgeofferde bedrag bij A NV voor C BV als zodanig echter niet ter discussie.

³ Vgl. Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.13.A.c1, Inleidende opmerkingen over de strekking van de liquidatieverliesregeling, en R. Gielen, W.Y. Ip en L.J.A. Pieterse, 'Keuzeregeling voor liquidatieverlies. Een voorstel tot wijziging van de liquidatieverliesregeling', in: G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse (red.), Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout (ZIFO-reeks nr. 6), Deventer: Kluwer 2012, p. 65-77.

⁴ Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

⁵ MvT, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20, r.k.

De Hoge Raad overwoog:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
26 februari 2021

"-3.3. Het middel betoogt dat het onderhavige verlies niet opkomt uit de gestaakte onderneming, maar is ontstaan uit de liquidatie van de deelneming C BV, dat dan ook de regeling van artikel 13d van de Wet aan de orde is en dat artikel 20, lid 5, van de Wet geen toepassing dient te vinden, omdat bij de invoering van vermelde bepaling de onderhavige situatie niet is voorzien.

-3.4. Het middel faalt. Blijkens de geschiedenis van zijn totstandkoming strekt artikel 20, lid 5, van de Wet ertoe te voorkomen dat bij een in dat voorschrift bedoelde overgang van belangen verliezen van een lichaam dat zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt, worden verrekend met nadien behaalde nieuwe winsten. Met die strekking strookt het dat wetsvoorschrift ook toe te passen voor zover de verliezen in fiscale zin weliswaar pas zijn gerealiseerd na de hierbovenbedoelde overgang van belangen maar voortvloeien uit feiten en omstandigheden die zich voor die overgang hebben voorgedaan."

Als het opgeofferde bedrag reeds op basis van artikel 13d Wet Vpb 1969 niet f 107.857.793 had moeten bedragen, maar gelijk had moeten zijn aan de verkrijgingsprijs voor de aandelen A NV, dan zou het Hof volgens de Kennisgroep een onjuiste maatstaf hebben gehanteerd voor de vaststelling van het opgeofferde bedrag. De Hoge Raad laat de Hof-uitspraak op dit punt echter ongemoeid. Daaruit leidt de Kennisgroep af dat de Hoge Raad van oordeel is dat het opgeofferde bedrag bij A NV geen wijziging ondergaat als gevolg van een aandeelhouderswisseling 'bovenin'.

Concernbenadering

Hoewel de Kennisgroep er oog voor heeft dat in casu een bijzonder effect optreedt dat zich niet zou hebben voorgedaan bij een directe verwerving van deelneming X door het D-concern, zou een concernbenadering de hiervoor genoemde uitgangspunten doorkruisen; noch het verlies van de deelneming zelf, noch het verlies van de moedermaatschappij komt in aftrek als het opgeofferde bedrag op basis van een PPA wordt bepaald. Een dergelijke benadering kan daarom naar de mening van de Kennisgroep niet worden verklaard met doel en strekking van artikel 13d Wet Vpb 1969.

Daarnaast is een concernbenadering voor de bepaling van het opgeofferde bedrag bij de parlementaire behandeling⁶ van artikel 13d, lid 6, Wet Vpb 1969 afgewezen. Het uitgangspunt is de zelfstandigheid van de belastingplichtige, behoudens in een specifieke situatie van misbruik waarin de wet voorziet:

"Anders dan bij de fiscale eenheid is binnen de context van de deelnemingsvrijstelling de zelfstandigheid van moedermaatschappij en dochtermaatschappij het uitgangspunt. (...). Bij verkoop van een deelneming 'binnen concern' is dit niet anders. Voor een belastingplichtige die een deelneming verwerft, wordt het opgeofferde bedrag bepaald door de daadwerkelijk betaalde prijs. Bij koop van een deelneming 'binnen concern' is dit in beginsel niet anders. Indien echter de waarde van de deelneming is gestegen, biedt dit een mogelijkheid om 'vanuit het concern' bezien, het mogelijk aftrekbare liquidatieverlies te maximaliseren. Dit oneigenlijke gebruik wordt al sinds de totstandkoming van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bestreden, maar behoeft thans enige uitbreiding. (...). Uit hetgeen ik hiervoor heb opgemerkt, moge blijken dat ik de voorgestelde wijziging niet beschouw als een voor belastingplichtigen zeer eenzijdige reparatie. De suggestie van de genoemde leden dat in dit verband een beroep op de hardheidsclausule zou kunnen worden gedaan, onderschrijf ik niet. Wel zal de hardheidsclausule een rol kunnen spelen in gevallen waarin bijvoorbeeld het A-concern een B-concern overneemt. Bij een overdracht van een tot het B-concern behorende deelneming kan het onder omstandigheden onredelijk zijn het opgeofferde bedrag te beperken tot hetgeen ooit is opgeofferd door het B-concern."

⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 8, p. 25.

Uit het hierboven door de wetgever geschetste voorbeeld blijkt reeds dat het uitgangspunt - na overname van het B-concern door het A-concern - het oorspronkelijke door het B-concern opgeofferde bedrag blijft. Hier kan in een specifieke situatie slechts ten voordele van de belastingplichtige van worden afgeweken op grond van de hardheidsclausule. Deze specifieke situatie is in casu echter niet aan de orde.

Het komt de Kennisgroep in casu voor dat het voor deelneming ~~§ 7 Aw~~ historisch bepaalde opgeofferde bedrag bij houdstervennootschap ~~§ 7 Aw~~ geen wijziging ondergaat als gevolg van de wijziging van het (uiteindelijke) belang in ~~§ 7 Aw~~

Overigens is de Kennisgroep van mening dat een concernbenadering ook wetssystematisch slecht valt te verklaren. Als gevolg van een concernbenadering zou namelijk geen betekenis meer toekomen aan de tussenhoudsterregeling van artikel 13d, lid 4, Wet Vpb 1969. Als het opgeofferde bedrag voor de tussenhoudster (TH) op basis van een concernbenadering wordt overgeheveld of doorgeschoven naar de (actieve) deelnemingen van die tussenhoudster, zou er geen mogelijkheid bestaan om het uit een deelneming van TH voortvloeiende verlies vroegtijdig te nemen door liquidatie van TH. Aan de aandelen van TH komt dan immers geen of een zeer gering opgeofferd bedrag toe. De wetgever heeft daarentegen kennelijk gemeend dat aan TH wél een opgeofferd bedrag toekomt dat niet op basis van een PPA over de deelnemingen van TH hoeft te worden omgeslagen.

Ongewenst effecten concernbenadering

Een consequente toepassing van een concernbenadering, zou er in de ogen van de Kennisgroep toe leiden dat de PPA niet alleen ten aanzien van de in waarde gedaalde deelneming wordt gevolgd, maar tevens ten aanzien van de overige (middellijk) verkregen deelnemingen. Een aandeelhouderswijziging hoger in de structuur - al dan niet in het buitenland - zou dan bijvoorbeeld op het niveau van de (Nederlandse) directe houdster per saldo resulteren in een step-up in het opgeofferde bedrag van haar deelnemingen op basis van de door de (buitenlandse) uiteindelijke aandeelhouder betaalde goodwill.

Ook is een concernbenadering niet wenselijk, omdat het de deur open zet naar dubbele verliesneming. Dat wil zeggen: mogelijk zowel in het buitenland op het niveau van de uiteindelijke aandeelhouder bij liquidatie van de Nederlandse houdster, als bij de Nederlandse (tussen)houdster op basis van het door het buitenlandse concern betaalde overnameprijs.

Daarbij zal moeten worden bepaald welke mate van wijziging in het uiteindelijke belang ertoe leidt dat het opgeofferde bedrag op het niveau van de belastingplichtige wordt aangepast: bij iedere mutatie, bij > 30% of > 33%, of slechts bij 100%?

Ook uitvoeringstechnisch vindt de Kennisgroep het bezwaarlijk om bij de berekening van het liquidatieverlies op het niveau van de houdster niet de historische verkrijgingsprijs als startpunt te kunnen hanteren, maar in plaats daarvan te moeten nagaan welke investeringen er middellijk bij opeenvolgende uiteindelijke aandeelhouders zijn gedaan. Wat te doen als mutaties - bijvoorbeeld bij beursvennootschappen - niet zijn te achterhalen?



Belastingdienst

5.1.2e GO Rotterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T 5.1.2e
M

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
17 maart 2021

Ons kenmerk
20-023-0020

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0020 Onteigening activa deelneming en schadevergoeding (13-1)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
17 maart 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Valt in casu bij N de ontvangen schadevergoeding voor de effectieve onteigening van de van M op basis van de schikking in de naar aanleiding van het vonnis van onder de deelnemingsvrijstelling?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is allereerst van mening dat de allocatievraag vooraf gaat aan de vraag over de deelnemingsvrijstelling. Aan welke entiteit - N of M - moet de schadevergoeding voor de effectieve onteigening worden gealloceerd? Dit is echter een vraag die bij de CGVP thuishoort. De Kennisgroep benadrukt dat hier eerst duidelijkheid over moet zijn, voordat aan de vraag over de deelnemingsvrijstelling kan worden toegekomen.

Als blijkt dat de schadevergoeding voor de effectieve onteigening aan N kan worden gealloceerd, is de Kennisgroep van mening dat in casu N de deelnemingsvrijstelling niet kan toepassen op de schadevergoeding voor de effectieve onteigening. Volgens de Kennisgroep is er in casu namelijk een meer rechtstreeks verband tussen de schadevergoeding en de dan tussen de schadevergoeding en de deelneming in M .

Casus

Structuur

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende structuur uitgegaan:

67 Awr

Feiten en omstandigheden

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
17 maart 2021

67 Awr

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Inleiding

Bij de vraag of de toegekende schadevergoeding in casu onder de deelnemingsvrijstelling valt, moeten de volgende drie vragen worden beantwoord:

1. Allocatievraag: Hoort de vergoeding bij N ?
2. Bezitseis: Is er sprake is van een deelneming in M ?
3. Causaliteitseis: Is er sprake van een voordeel uit hoofde van een deelneming?

Vooraf: Standpunt adviseur:

67 Awr

Allocatievraag

De Kennisgroep is van mening dat de allocatievraag eerst moet worden beantwoord voordat aan de vraag over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de schadevergoeding wordt toegekomen. De Kennisgroep adviseert deze vraag voor te leggen aan de CGVP. In dit preadvies is het uitgangspunt dat de schadevergoeding aan N kan worden gealloceerd.

Bezitseis

De Kennisgroep is van mening dat aan de bezitseis wordt voldaan. N had voor de onteigening van de activa een deelneming in M en ook na de onteigening heeft belastingplichtige een deelneming in M .

Causaliteitseis

Volgens de Kennisgroep speelt de causaliteit nog steeds een rol in deelnemingssituaties.⁴ In casu is de Kennisgroep van mening dat een meer causaal verband bestaat tussen de schadevergoeding en de dan tussen de schadevergoeding en de deelneming in M . Het voordeel wordt namelijk primair opgeroepen door de (voordeel uit hoofde van de) en niet primair door het aandeelhouderschap (voordeel uit hoofde van de deelneming).

67 Awr

⁴ Hierover bestaat door het zogenoemde Poolse verzekeraars-arrest (Hoge Raad 10 juli 2020, nr. 18/03268, ECLI:NL:HR:2020:1270) wel twijfel bij aan- en verkoopsituaties, maar daar is in casu geen sprake van.

Alhoewel zonder de deelneming M ^{67 Awr} geen schadevergoeding zou zijn ontvangen en er dus wel enig verband bestaat tussen de deelneming en de vergoeding, is dit verband onvoldoende om aan de causaliteitseis te voldoen: er is wel een verband, maar dit is niet voldoende voor de deelnemingsvrijstelling. Uit jurisprudentie⁵ blijkt namelijk dat slechts de aanwezigheid van enig verband tussen de gehouden deelneming en het voordeel onvoldoende is voor het causale verband dat de term 'uit hoofde van' in artikel 13, lid 1, Wet Vpb 1969 eist. De deelneming moet rechtstreeks de verklaring van het voordeel zijn: het voordeel moet rechtstreeks uit de deelneming genoten zijn.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
17 maart 2021

Daarentegen had N ^{67 Awr} zonder het investeringsbeschermingsverdrag (in casu het ^{67 Awr}) geen vordering kunnen instellen en niet kunnen komen tot een ^{67 Awr}. Er is hierdoor in casu volgens de Kennisgroep een meer rechtstreeks verband met de ^{67 Awr} dan met de deelneming. De schadevergoeding wordt hierdoor primair opgeroepen door de ^{67 Awr} (voordeel uit hoofde van de ^{67 Awr}) en niet door het aandeelhouderschap (voordeel uit hoofde van de deelneming). Zodoende kan de schadevergoeding in casu niet worden aangemerkt als een voordeel uit hoofde van een deelneming.

Deze zienswijze past ook in de beleidslijn die in de onderdelen 1.1.1 en 1.1.1.2 van het DVS-Besluit⁶ is opgenomen over de causaliteit in het algemeen en uitkeringen op confiscatieverzekeringen in het bijzonder. Niet het aandeelhouderschap (het bezit van de deelneming), maar de confiscatieverzekering roept de uitkering en daarmee het voordeel op.

Daarnaast kan deze zienswijze naar de mening van de Kennisgroep ook worden opgemaakt uit het zogenoemde 'Ongedekte optie-arrest' (BNB 2021/12).⁷ De Hoge Raad oordeelt daarin namelijk dat het door de belastingplichtige behaalde cum/ex-voordeel niet kan worden aangemerkt als een door de belanghebbende uit haar aandeelhouderschap genoten voordeel uit hoofde van een deelneming. Het cum/ex-voordeel vindt volgens de Hoge Raad zijn oorsprong namelijk uitsluitend in de wijze waarop de Duitse belastingwetgeving en Duitse beursregels toepassing vinden op cum/ex-transacties met betrekking tot dat aandeel.

Tot slot

Alhoewel de Hoge Raad in het zogenoemde Poolse verzekeraars- resp. Voorkeursrecht-arrest⁸ niet aan de causaliteitseis toe lijkt te komen, volgt daar naar de mening van de Kennisgroep echter niet uit dat deze arresten zo ver strekken dat alle schadevergoedingen per definitie onder de deelnemingsvrijstelling vallen als er enig verband met een deelneming is. Een belangrijk verschil tussen bovengenoemde arresten en de onderhavige casus is namelijk dat het in deze arresten specifiek gaat over schadevergoedingen als gevolg van het niet nakomen van overeenkomsten bij aan- of verkooptrajecten van de aandelen van een deelneming (break-up fee's).

⁵ Hoge Raad, 17 november 1993, nr. 28.818, ECLI:NL:HR:1993:BH8760, BNB 1994/273.

⁶ Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002.

⁷ Het Ongedekte optie-arrest is na het Poolse verzekeraar-arrest geweest.

⁸ BNB 2020/160 resp. BNB 2017/11.



Belastingdienst

5.1.2e, MKB Utrecht
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T **5.1.2e**
M

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
19 maart 2021

Ons kenmerk
20-023-0012

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste **5.1.2e**

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Aanleiding

67 Awr

Vraag

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) heeft de vraag voorgelegd gekregen of in casu de deelnemingsvrijstelling als gevolg van de Falconsdoctrine van toepassing is op Optie A en Optie B?

Antwoord

De Kennisgroep is van mening dat in casu zowel bij Optie A als Optie B niet wordt toegekomen aan de vraag of de Falconsdoctrine al dan niet van toepassing is en beantwoordt de vraag als volgt:

Optie A

Optie A is aangegaan tussen 67 Awr en 67 Awr. De waardeontwikkeling van Optie A na toekenning speelt zich volgens de Kennisgroep - in lijn met de arresten BNB 2001/160, BNB 2001/161, BNB 2005/254 en BNB 2008/6 - buiten de winstsfeer af. Dit neemt volgens de Kennisgroep niet weg dat 67 Awr de (mogelijke) verwachtingswaarde van Optie A bij toekenning wel in de belastingheffing moet betrekken.

Optie B

Optie B is aangegaan tussen 67 Awr en 67 Awr. De Kennisgroep is van mening dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op Optie B. Het gaat hier volgens de Kennisgroep namelijk om een ongedekte optie. En het zogenoemde 'Ongedekte optie-arrest' (BNB 2021/12) leert dat op een ongedekte optie de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

67 Awr

67 Awr

Ter overweging

buiten verzoek

Casus**Structuur**

67 Awr

67 Awr

Feiten en omstandigheden

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Vaststaat dat M^{67 Awr} op grond van artikel 13, lid 2, onderdeel c, Wet Vpb 1969 een deelneming heeft in M^{67 Awr}. In casu is de vraag of de deelnemingsvrijstelling op basis van de Falconsdoctrine van toepassing is op de voordelen uit Optie A en Optie B. De Kennisgroep komt echter bij beide opties niet toe aan de vraag of de Falconsdoctrine van toepassing is.

Optie A

Optie A is aangegaan tussen M^{67 Awr} en M^{67 Awr}. Met betrekking tot Optie A kan een gelijkenis worden gevonden met verschillende "optie-arresten". In onder andere BNB 2001/160, BNB 2001/161, BNB 2005/254 en BNB 2008/6 gaat de Hoge Raad in op de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op voordelen uit opties (ook nieuw uit te geven aandelen).

De Hoge Raad geeft in BNB 2001/160 bijvoorbeeld aan dat de houder van een optie op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend, tot die vennootschap in een rechtsbetrekking staat die zodanig overeenkomt met die van een aandeelhouder dat alle transacties tussen hem en die vennootschap - op gelijke voet met de aandeelhouder - buiten de winstsfeer worden afgewikkeld.

Het gevolg hiervan is dat de waardeontwikkeling van de optie zich buiten de winstsfeer afspeelt. Zie onder andere rechtsoverweging 3.3. bij BNB 2008/6:

"Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen met betrekking tot de waardeontwikkeling van het conversierecht na de verkrijging ervan. Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260, staat de houder van de converteerbare obligatie tot de vennootschap tegenover welke het conversierecht kan worden uitgeoefend, in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van een aandeelhouder, dat alle transacties tussen hem en die vennootschap op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstsfeer worden afgewikkeld (vgl. ook HR 21 februari 2001, nrs. 35 074 en 35 639, BNB 2001/160 en BNB 2001/161). Dit brengt mee dat, anders dan de Hoge Raad in het arrest van 16 december 1981, nr. 20 914, BNB 1982/72, heeft geoordeeld, de voordelen uit het aan een converteerbare obligatie verbonden conversierecht voor de houder van de converteerbare obligatie zijn aan te merken als voordelen uit hoofde van (toekomstig) aandeelhouderschap en kunnen vallen onder de in artikel 13 van de Wet vervatte deelnemingsvrijstelling, indien de bij conversie te verkrijgen aandelen bij de houder van de converteerbare obligatie onder de deelnemingsvrijstelling (zouden) vallen. Niet van belang daarbij is of het conversierecht ziet op bestaande aandelen of op nieuw uit te geven aandelen (vgl. HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254)."

Let op: de verwachtingswaarde van Optie A bij toekenning valt wel in de winstsfeer en dient in de belastingheffing te worden betrokken bij M^{67 Awr} dan wel bij de heer M^{67 Awr}.

Optie B

Optie B is aangegaan tussen M^{67 Awr} en M^{67 Awr}. Met betrekking tot Optie B wordt een beroep gedaan op het Falcons-arrest. Als het Falcons-arrest al van toepassing zou zijn M^{67 Awr}, is de Kennisgroep van mening dat in casu niet wordt toegekomen aan de vraag of het Falcons-arrest van toepassing is.

Uit het Ongedekte optie-arrest (BNB 2021/12) is af te leiden dat bij het sluiten van de overeenkomst sprake moet zijn van een gedekte optie:

"3.1.3 De eis dat het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, brengt mee dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de

voor- en nadelen uit hoofde van een calloptie, als de schrijver van die optie ten tijde van het sluiten van de optieovereenkomst niet beschikt over de onderliggende aandelen die bij uitoefening van de calloptie geleverd zouden moeten worden.”

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 maart 2021

In casu is Optie B volgens de Kennisgroep een ongedekte optie. Op het moment van sluiten van Optie B had M^{67 Awr} het belang van ^{67 Awr} namelijk nog niet.^{67 Awr}

67 Awr



Belastingdienst

5.1.2e GO Rotterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

9 april 2021

Ons kenmerk

20-023-0023

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0023 Meeverkochte rente ^{67 Awr} en deelnemingsvrijstelling (13-17)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
9 april 2021

Inleiding

67 Awr

Vraag

In casu spelen twee vragen:

1. Indien bij de overdracht van de ^{67 Awr} door ^{67 Awr} aan ^{67 Awr} als onderdeel van de overdrachtprijs op grond van artikel 8b Wet Vpb 1969 een vergoeding voor niet verkregen rente in aanmerking moet worden genomen, kwalificeert deze vergoeding dan als vervreemdingsvoordeel (meeverkochte rente) als bedoeld in artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969?
2. Is het bij de beoordeling van het toepassingskader van artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 van belang dat deze meeverkochte rente bij ^{67 Awr} als koper niet in de heffing wordt betrokken?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (Kennisgroep) is in casu van mening:

1. dat artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 niet tot gevolg heeft dat bij ^{67 Awr} tot heffing dient te worden overgegaan. De meeverkochte rente dient op grond van de parlementaire geschiedenis namelijk te worden aangemerkt als vervreemdingsvoordeel waarop bij ^{67 Awr} de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, en;
2. dat dit niet anders is als bij ^{67 Awr} als koper van de ^{67 Awr} over de door haar meegekochte rente uiteindelijk geen heffing plaatsvindt. De wettekst en parlementaire behandeling bieden hiertoe namelijk voldoende duidelijkheid.

Casus

Bij het beantwoorden van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing*Vraag 1*

Indien bij 67 Awr op grond van artikel 8b Wet Vpb 1969 de vergoeding van 67 Awr voor niet-verkregen rente in aanmerking moet worden genomen, moet deze vergoeding dan als vervreemdingsvoordeel (meeverkochte rente¹) worden aangemerkt?

Bij 67 Awr moet de vergoeding van 67 Awr voor niet-verkregen rente in aanmerking worden genomen. De correctie op grond van artikel 8b Wet Vpb 1969 is niet aan te merken als een TP-correctie waarvan in de parlementaire behandeling is aangegeven dat artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 hierop niet van toepassing is. Er is namelijk sprake van een correctie van de vervreemdingsvergoeding en niet van een te hoge of te lage rente.

In casu is weliswaar sprake van een aangegroeide rente in de periode tot aan de inbreng, maar dat heeft nog niet geleid tot het ontstaan van een daadwerkelijke rentevordering. Uit de parlementaire geschiedenis² kan worden opgemaakt dat de meeverkochte rente van 67 Awr moet worden gezien als vervreemdingsvoordeel waarop de deelnemingsvrijstelling bij 67 Awr van toepassing is.

Uit de parlementaire geschiedenis³ bij artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 volgt verder dat de wetgever ervoor heeft gekozen om bij meeverkochte rente te heffen bij de ontvanger van de (meegekochte) rente, in casu 67 Awr.

Verder volgt uit de parlementaire behandeling⁴ dat bij meeverkochte rente geen sprake is van een vervangende betaling - zoals benoemd in artikel 13, lid 17, onderdeel b, Wet Vpb 1969 - aangezien 67 Awr de vordering in zijn geheel heeft overgedragen.

Vraag 2

Indien de conclusie bij de eerste vraag luidt dat de meeverkochte rente dient te worden aangemerkt als vervreemdingsvoordeel en artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 niet van toepassing is, is dan nog van belang dat bij 67 Awr als koper van de 67 Awr de meegekochte rente niet in de heffing wordt betrokken?

Bij 67 Awr is artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 ook dan niet van toepassing. De wettekst en parlementaire behandeling bieden hiertoe voldoende duidelijkheid. Alhoewel uit de parlementaire behandeling blijkt dat ervan uit wordt gegaan dat bij 67 Awr heffing over de rente plaatsvindt, is echter wettelijk geen voorwaarde gesteld dat daadwerkelijk bij 67 Awr over de rente moet worden geheven.

¹ Meeverkochte rente dan wel ontvangst ter vervanging van gederfde of te derven vergoedingen.

² NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

³ NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

⁴ NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 9 en 11.

Bijlage Parlementaire behandeling

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
9 april 2021

NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 4.

'De leden van de fractie van het CDA vragen waarom meegekocht dividend of meegekochte rente zou moeten worden belast. Bij de vervreemding van een als schuldvordering aangemerkte deelneming zal bij de debiteur het door de vervreemder behaalde vervreemdingsvoordeel in beginsel niet tot een aftrek bij de debiteur leiden. De vervreemdingsvoordelen vallen daarnaast bij de vervreemder in Nederland onder de deelnemingsvrijstelling. De koper zal, als ook bij hem de schuldvordering als deelneming kwalificeert, de schuldvordering voor de koopprijs activeren op zijn balans. Indien in de verkoopprijs een meegekocht dividend of meegekochte rente is begrepen, zal het dividend of de rente bij ontvangst door de koper worden afgeboekt op de verkrijgingsprijs van die deelneming. Zonder de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 zou – als de rente of het dividend bij de betalende vennootschap in aftrek kan worden gebracht – bij de ontvanger geen heffing plaatsvinden. Dat betekent dat bij een mismatch helemaal geen heffing plaatsvindt, noch bij de debiteur, noch bij de verkoper of koper. Dit is niet wenselijk. Daarom is bepaald dat voor zover dit meegekochte dividend of die meegekochte rente aftrekbaar is, het meegekochte dividend of de meegekochte rente bij de verkrijger tot de winst gerekend dient te worden. Hiermee wordt de aftrekbare vergoeding of betaling belast bij degene die deze ook ontvangt.'

NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 9.

'De leden van de fractie van D66 vragen of het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 ook geldt voor hybride instrumenten die aan derden of buitenlandse partijen worden vervreemd. De voorgestelde bepaling ziet niet op de vervreemdingsvoordelen op het hybride instrument.'

NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 11-12.

'De leden van de fractie van de ChristenUnie menen dat op grond van artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 zou kunnen worden geoordeeld dat ook vervreemdingsvoordelen zijn uitgesloten voor zover in de vervreemdingsvoordelen bedragen voor gederfde of te derven vergoedingen of betalingen zijn begrepen. Uit de laatste volzin van het zeventiende lid volgt volgens deze leden dat indien dergelijke vergoedingen of betalingen zijn begrepen in de kostprijs van een deelneming, deze vergoedingen of betalingen onder omstandigheden tot de winst moeten worden gerekend.

Genoemd onderdeel b is niet van toepassing indien het instrument in zijn geheel wordt vervreemd. Het daarmee behaalde vervreemdingsresultaat valt onder de deelnemingsvrijstelling. Het onderdeel is bijvoorbeeld wel van toepassing ingeval van de vervreemding van losse termijnen of de vestiging van een vruchtgebruik terwijl het onderliggende instrument wordt behouden. Indien onderdeel b bij de verkoper toepassing vindt, is de laatste volzin bij de koper niet van toepassing. Onderdeel b is bij de verkoper niet van toepassing op meeverkocht dividend of meeverkochte rente indien hij het instrument vervreemdt. Bij de verkrijger zal uitbetaald meegekocht dividend of meegekochte rente worden belast op grond van de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen het kabinet in te gaan op de mogelijkheid de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten voor alle voordelen uit hoofde van een deelneming voor zover de voordelen in aftrek kunnen worden gebracht waarmee een aanzienlijke vereenvoudiging van de regeling kan worden bereikt en de mogelijkheid van arbitrage wordt ontgaan. Indien de deelnemingsvrijstelling zou worden uitgesloten voor alle voordelen uit hoofde van een deelneming voor

zover die in aftrek kunnen worden gebracht, zou moeten worden bepaald welk deel van het vervreemdingsvoordeel kan worden aangemerkt als meeverkocht dividend of rente. Immers, alleen dat deel van het vervreemdingsvoordeel ziet op een te ontvangen vergoeding die bij de debiteur in aftrek kan worden gebracht; de rest van het vervreemdingsvoordeel niet. Bij hybride instrumenten zal (de hoogte van) de toekomstige vergoedingen of de betalingen in de regel vanwege de winstafhankelijkheid niet van tevoren vaststaan. Bij een vervreemding zou dat leiden tot moeizame discussies over de hoogte van het meeverkochte dividend of de meeverkochte rente. De verkoper en de koper hebben hier een tegengesteld belang en zullen dus een verschillend standpunt innemen bij de waardering. De verkoper zou belang hebben bij een zo laag mogelijke waardering van dat voordeel. De koper zou belang hebben bij een zo hoog mogelijke waardering van dat voordeel omdat hij de daadwerkelijk ontvangen vergoeding tot het bedrag van het meegekochte dividend of rente dan wel van de kostprijs zou mogen afboeken. Het kabinet is dan ook geen voorstander van het voorstel van deze leden.'

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
9 april 2021

NnavV, Kamerstukken II 2015-2016, 34 306, nr. 6, p. 13.

'De NOB vraagt hoe het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 zich verhoudt tot de laatste volzin van dit lid. De NOB illustreert dit aan de hand van het volgende voorbeeld.

Stel BV A (binnenlands belastingplichtig) verkoopt in de positie van crediteur een hybride instrument met aangegroeide rente aan BV B waarvan de rente bij de debiteur aftrekbaar is. De NOB vraagt of deze aangegroeide rente bij BV A dient te worden belast, op de voet van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, onderdeel b, van de Wet Vpb 1969 omdat er sprake is van een betaling ter vervanging van gederfde of te derven rente. Dat is het niet het geval. Het vervreemdingsresultaat valt bij de verkoper (BV A) onder de deelnemingsvrijstelling.

Bij BV B (eveneens binnenlands belastingplichtig), zo vervolgt de NOB, zal de uitbetaling van de rente worden belast op grond van de slotzin van het voorgestelde artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 omdat voor BV B sprake is van meegekochte rente. Dat klopt voor zover het hybride instrument bij BV B op grond van artikel 13, vijfde lid, van de Wet Vpb 1969 als deelneming kan worden aangemerkt. Nu het vervreemdingsresultaat bij BV A onder de deelnemingsvrijstelling valt, is geen sprake van dubbele heffing.'



Belastingdienst

5.1.2e GO Rotterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T 5.1.2e
M

E-mailadres

5.1.2e @belastingdienst.nl

Datum

14 april 2021

Ons kenmerk

21-023-0004

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0004 Niet in aftrek gebrachte, schuldig gebleven rente (13-17)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
14 april 2021

Aanleiding

X~~67 Awr~~ verstrekt een deelnemerschapslening aan een deelneming Y

buiten verzoek

Vraag

Is in casu de niet daadwerkelijk betaalde, maar schuldig gebleven en bijgeschreven rente in naar haar aard aftrekbaar in de zin van artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969? En maakt het daarbij uit dat X~~67 Awr~~ de bijgeschreven rente uiteindelijk kwijtscheldt, waardoor deelneming Y niet meer in aanmerking kan komen voor de renteaftrek?

Antwoord

De Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (Kennisgroep) is van mening dat in casu artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 van toepassing is. De niet daadwerkelijk betaalde, maar schuldig gebleven en bijgeschreven rente is in namelijk naar haar aard aftrekbaar. Daaraan doet niet af dat de kwijtschelding van de bijgeschreven rente door X~~67 Awr~~ betekent dat deelneming Y niet meer voor de renteaftrek in aanmerking kan komen. Dit antwoord geldt voor de jaren tot en met 2019.

Casus

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing*Naar haar aard aftrekbaar*

De Kennisgroep interpreteert het [67 Awr](#) recht op basis van de gegeven feiten en omstandigheden zodanig dat schuldig gebleven rente in [67 Awr](#) in beginsel aftrekbaar is. Maar dat dit anders is bij een verdragsrechtelijk aan [67 Awr](#) toekomend heffingsrecht. In dat geval kan de aan een buitenlander schuldig gebleven rente uiteindelijk wel in aftrek worden gebracht, maar niet eerder dan op het moment van de inhouding van de bronheffing. Deze inhouding van de bronheffing kan pas plaatsvinden op het moment dat de rente daadwerkelijk wordt betaald.

Feitelijk hanteert [67 Awr](#) in verdragsverhoudingen het kasstelsel. Dit kasstelsel beïnvloedt echter enkel de jaarwinst. Omdat ervan uit kan worden gegaan dat de rente uiteindelijk zal worden betaald, waardoor op dat moment de bronheffing wordt ingehouden, kan de rente vervolgens op dat latere moment alsnog in aftrek worden gebracht. Het betreft slechts een timingverschil.

In de parlementaire behandeling¹ is duidelijk aangegeven dat voor de vraag of een vergoeding of betaling naar haar aard aftrekbaar is, moet worden gekeken naar de totaalwinst. Het door [67 Awr](#) in verdragsverhoudingen gehanteerde kasstelsel betreft zoals hiervoor geschetst slechts een timingsverschil. Het beïnvloedt daardoor alleen de jaarwinst en niet de totaalwinst. De Kennisgroep is daarom van mening dat dit kasstelsel in verdragsverhoudingen niet afdoet aan het feit dat de rente naar haar aard aftrekbaar is. Hierdoor is artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 van toepassing op de door ~~X~~[67 Awr](#) bijgeschreven rente.

Feitelijk niet afgetrokken

~~X~~[67 Awr](#) scheldt de schuldig gebleven rente kwijt. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat deze kwijtschelding in [67 Awr](#) geen fiscale gevolgen heeft. Er is geen sprake van een kwijtscheldingswinst.

[67 Awr](#) kwalificeert de kwijtschelding ook niet als betaling van rente. Hierdoor vindt geen inhouding van bronbelasting plaats en kan de rente niet – alsnog – worden afgetrokken.

Daarnaast is de rente door de kwijtschelding ook niet langer verschuldigd. Hierdoor is er geen gelegenheid meer tot inhouding van bronbelasting en geen mogelijkheid meer om aan het vereiste voor aftrek van de rente te voldoen.

De Kennisgroep is echter van mening dat de kwijtschelding door ~~X~~[67 Awr](#) van de bijgeschreven rente niets afdoet aan de conclusie dat artikel 13, lid 17, Wet Vpb 1969 van toepassing is. Ook hier is de parlementaire behandeling² duidelijk. Als een vergoeding naar haar aard aftrekbaar is, hoeft dat namelijk niet te betekenen dat deze vergoeding – al dan niet door een aftrekbeperking – daadwerkelijk (gedeeltelijk) in aftrek komt.

¹ MvT, [Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3](#), p. 7.

² [NV, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 13 en Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 september 2017, nr. 2017-0000188796, V-N 2017/51.12.](#)

Bijlage: Parlementaire behandeling

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
14 april 2021

MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 3, p. 7.

'Het gaat er daarbij om of de vergoeding of betaling naar haar aard in het andere land in aftrek kan komen bij de bepaling van de totaalwinst van dat lichaam. Het is niet van belang of de vergoeding of betaling in hetzelfde jaar in aftrek kan worden gebracht als het jaar waarin deze wordt ontvangen.'

NV, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 13.

'Artikel 13, zeventiende lid, van de Wet Vpb 1969 is wel van toepassing op een betaling of vergoeding die naar haar aard, bijvoorbeeld als rente, in aftrek kan worden gebracht, ook als deze rente bij het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden op grond van een renteaftrekbeperking niet (volledig) in aftrek komt.'

NV, Kamerstukken II 2015/16, 34 306, nr. 6, p. 13-14.

'Als een belastingplichtige een nog te ontvangen vergoeding of betaling reeds verantwoordt door deze bij te schrijven op het leningdeel van de deelneming, dan moet de belastingplichtige ook op dat moment winst nemen.'

Brief Staatssecretaris van Financiën van 29 september 2017, nr. 2017-0000188796, V-N 2017/51.12.

"Aftrekbaar" betekent dat de vergoeding naar haar aard voor aftrek in aanmerking komt, dat wil zeggen in aftrek kan worden gebracht. "Aftrekbaar" betekent niet dat de vergoeding ook daadwerkelijk is afgetrokken.'



Belastingdienst

5.1.2e van der Graaf, kantoor Den Haag
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M **5.1.2e**

E-mailadres

5.1.2e [@belastingdienst.nl](mailto:5.1.2e@belastingdienst.nl)

Datum

21 april 2021

Ons kenmerk

21-023-0003

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste **5.1.2e**,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0003 Besloten fonds voor gemene rekening met deelneming in een 67 Awr

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
21 april 2021

Aanleiding

67 Awr I en 67 Awr II participeren via een besloten fonds voor gemene rekening (FGR) in 67 Awr III.

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling is de vraag voorgelegd of de deelnemingsvrijstelling kan worden toegepast op de private-equitystructuur (PE-structuur) waarin 67 Awr I en II via een besloten – en daarmee transparante – FGR participeren in 67 Awr III, omdat deze structuur voldoende gelijkenis vertoont met vergelijkbare PE-structuren waarvoor door het Behandelteam IFZ in de regel een ATR wordt afgegeven en de deelnemingsvrijstelling wordt toegepast, maar waarbij – in de plaats van een besloten FGR – van een besloten commanditaire vennootschap (CV) gebruik wordt gemaakt.

Antwoord

De Kennisgroep is van mening dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat een PE-structuur met een besloten FGR op wezenlijke punten afwijkt van een overigens vergelijkbare PE-structuur met een besloten CV. De deelnemingsvrijstelling is dan op overeenkomstige wijze van toepassing. Dit neemt niet weg dat voor elke afzonderlijke casus met een PE-structuur op basis van de eigen feiten en omstandigheden zal moeten worden beoordeeld of deze past in de staande ATR-praktijk.

Casus

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende gestileerde feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

ATR-praktijk Behandelteam IFZ

De Kennisgroep heeft navraag gedaan bij het Behandelteam IFZ. Dit leert dat het bij dit behandelteam staande praktijk is dat ATR's worden afgegeven op vergelijkbare PE-structuren. Met dit verschil dat het daarbij gaat om structuren via besloten CV's in plaats van via besloten FGR's.

Het PE-fonds vraagt bij het Behandelteam IFZ zekerheid vooraf voor de buitenlandse commanditaire vennoten. Dit zijn de buitenlandse investeerders. Een buitenlandse vennootschap kan namelijk op grond van artikel 17a, onderdeel b,

Wet Vpb 1969 als buitenlands belastingplichtige worden aangemerkt als deze vennootschap deelneemt in een in Nederland gedreven onderneming. Het PE-fonds kwalificeert als een dergelijke onderneming. Dit betekent dat de buitenlandse commanditaire vennoten van het PE-fonds worden geacht een onderneming te drijven middels een vaste inrichting in Nederland op grond van artikel 17, derde lid, onderdeel a, jo. artikel 17a, onderdeel b, Wet Vpb 1969.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
21 april 2021

Bij deze PE-structuren investeren de investeerders via een Nederlands PE-fonds. Dit fonds is opgezet als een besloten CV opgericht naar Nederlands recht en voor fiscale doeleinden dus transparant. Het PE-fonds houdt haar investeringen via een naar Nederlands recht opgerichte coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid. Deze coöperatie houdt op haar beurt de belangen in de diverse portfoliovennootschappen. Het fonds kwalificeert als een PE-onderneming gedreven in Nederland.

Een Nederlandse BV oefent het management van het PE-fonds uit. Het PE-fonds betaalt een managementvergoeding van x% van het geïnvesteerde (ongerealiseerde) kapitaal. Bij de management BV valt deze management fee geheel in de Nederlandse belastbare grondslag en wordt niet aan de coöperatie doorbelast.

Een andere Nederlandse BV is de beherend vennoot van de CV. De CV zelf heeft geen rechtspersoonlijkheid en daarom houdt de beherend vennoot de lidmaatschapsrechten namens de CV. In het ledenregister van de coöperatie staat dan ook de beherend vennoot als lid van de coöperatie genoemd en niet de investeerders. Deze beherend vennoot houdt hierdoor de juridische eigendom van het lidmaatschap van de coöperatie voor rekening en risico van (de participanten in) het fonds.

Het Behandelteam IFZ bevestigt in de ATR bij deze PE-structuren o.a. dat de (pro-rata) belangen die de niet in Nederland gevestigde leden van de coöperatie - via de CV - houden niet als belegging in de zin van artikel 13, negende en tiende lid, Wet Vpb 1969 worden gehouden.

Gezien de tekst van de ATR worden de buitenlandse investeerders dus gezien als leden van de coöperatie. Zij zijn volgens de ATR lid omdat zij (economisch) gerechtigd zijn tot een deel van een lidmaatschapsrecht.

Rapport Private equity en fiscaliteit

Dezelfde benadering wordt ook uitgedragen in het rapport 'PE en fiscaliteit'. Dit rapport is via de externe site van de Belastingdienst te raadplegen.¹ Onderdeel 7.4.4 geeft een beschrijving van de werking van PE-fondsen in zijn algemeenheid en onderdeel 7.4.4.3 gaat meer specifiek in op Nederlandse PE-equityfondsen.

PE-structuur met een besloten FGR

Hoewel in de ATR-praktijk in dergelijke verzoeken geen zekerheid wordt gevraagd voor Nederlandse investeerders - er is dan namelijk geen sprake van internationaal vooroverleg - is er geen reden waarom de analyse ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling voor Nederlandse investeerders anders zou zijn.

Hetzelfde geldt voor PE-structuren via een besloten FGR. Hoewel er juridische verschillen zijn tussen een besloten CV en een besloten FGR zijn deze verschillen in PE-structuren nauwelijks relevant. De positionering en vormgeving van een CV of een FGR in een PE-structuur zijn op hoofdlijnen gelijk. Bij een besloten CV is de beheer BV in zijn algemeenheid de juridische eigenaar en bij een besloten FGR is dat in zijn algemeenheid een bewaarschikking. In beide gevallen hebben de investeerders in zijn algemeenheid het volledige economische belang.

¹ [Private equity en fiscaliteit \(belastingdienst.nl\)](https://belastingdienst.nl/private-equity-en-fiscaliteit)

Conclusie

Gelet op de staande ATR-praktijk, het PE-rapport en de overeenkomstige positionering en vormgeving van een CV of een FGR in een PE-structuur, zijn er onvoldoende aanwijzingen dat een PE-structuur met een besloten FGR op wezenlijke punten afwijkt van een overigens vergelijkbare PE-structuur met een besloten CV.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
21 april 2021



Belastingdienst

5.1.2e Hop, GO Amsterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T 5.1.2e
M

E-mailadres

5.1.2e @belastingdienst.nl

Datum

13 juli 2021

Ons kenmerk

21-023-0010

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0010 Liquidatieverlies en aandelenfusie (13d-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Aanleiding

In liquideert H de deelneming D. In heeft H deze deelneming D tegen uitreiking van aandelen ingebracht in tussenhoudster T. In heeft H de tussenhoudster T geliquideerd. Deelneming D behoorde tot de liquidatie-uitkering.

Vragen

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb 1969 van toepassing is, omdat H en T vanaf het moment van inbreng van de aandelen D in verbonden lichamen zijn?

Antwoord

De Kennisgroep is in casu van mening dat er geen twijfel bestaat dat bij de inbreng in van de aandelen D in T sprake is van verbondenheid tussen H en T in de zin van artikel 10a, lid 4, Wet Vpb. Hierdoor zijn de maximumwaarderingsregels van artikel 13d, lid 6, eerste en derde volzin, Wet Vpb op deze inbreng van toepassing. In geldt daarom voor T een opgeofferd bedrag van voor deelneming D. In geldt voor H bij de liquidatie van T door de maximumwaarderingsregel van artikel 13d, lid 6, tweede volzin, Wet Vpb 1969 een opgeofferd bedrag voor deelneming D van

). In moet bij de liquidatie van deelneming D bij H van dit opgeofferd bedrag worden uitgegaan. Er bestaat volgens de Kennisgroep geen aanleiding om de wet op dit punt anders uit te leggen.

Casus

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**
Datum

67 Awr

67 Awr

Beschouwing*Verbondenheid en toepassing artikel 13d, lid 6, Wet Vpb*Kern

In casu speelt de vraag hoe het opgeofferd bedrag dient te worden berekend na toepassing van artikel 13d, lid 6, Wet Vpb als de bij de liquidatie van T verkregen deelneming D in het verleden een rechtstreekse deelneming is geweest van H en deelneming D toen in T is ingebracht met inachtneming artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb.

Het kernpunt gaat om de vraag of H en T als verbonden (artikel 13d, lid 6, eerste volzin, juncto artikel 10a, lid 4 Wet Vpb) dienen te worden aangemerkt op het moment van de inbreng van de aandelen D door H in T, tegen uitreiking van aandelen in T. Indien er op dat moment géén sprake zou zijn van verbondenheid, zou artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb niet van toepassing zijn en zou het opgeofferd bedrag bij de inbreng niet 'bevroren' zijn geworden. Het antwoord op deze verbondenheidsvraag is door de werking van artikel 13d, lid 6, tweede volzin, Wet Vpb van belang voor het opgeofferd bedrag dat H in 67 Awr na de liquidatie van T moet opnemen voor deelneming D.

- Wel verbondenheid: dan dient T voor haar belang in deelneming D een opgeofferd bedrag te verantwoorden van 67 Awr.
- Geen verbondenheid: dan heeft een opgeofferd bedrag te gelden van 67 Awr.

De Kennisgroep is van mening dat wel sprake is van verbondenheid bij de inbreng van de aandelen D door H in T. Hierdoor is in 67 Awr artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb wel van toepassing en geldt dat het door H opgeofferde bedrag voor deelneming D, (als maximum) doorschuift naar T. Op basis van dit uitgangspunt, dient vervolgens bij liquidatie van T in 67 Awr door toepassing van artikel 13d, lid 6, tweede volzin, Wet Vpb, (van rechtswege) het opgeofferde bedrag van T in deelneming D door te schuiven naar H. Dit betekent tot slot dat H in 67 Awr bij de liquidatie van deelneming D een liquidatieverlies - overeenkomstig de berekening van de vraagsteller - kan nemen van 67 Awr.

Onderbouwing

Artikel 13d, lid 6, eerste volzin, resp. tweede volzin, Wet Vpb luiden als volgt:

Indien een deelneming is verkregen van een verbonden lichaam wordt het opgeofferde bedrag ten tijde van de verkrijging niet hoger gesteld dan het bedrag hetwelk dat lichaam voor die deelneming heeft opgeofferd;

Indien zulk een deelneming is verkregen in het kader van de ontbinding van het verbonden lichaam en ter zake van die deelneming het vierde lid, eerste volzin, toepassing heeft gevonden, wordt het opgeofferde bedrag vermeerderd met de aldaar bedoelde waardedaling tot ten hoogste het door het ontbonden lichaam voor die deelneming opgeofferde bedrag.

Met name door de toevoeging "tot ten hoogste het door het ontbonden lichaam voor die deelneming opgeofferde bedrag" is het van belang om het door T in deelneming D opgeofferd bedrag juist vast te stellen.

- H stelt dat	buiten verzoek
	buiten verzoek

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum

- De vraagsteller is - onder verwijzing naar de annotatie van Juch bij HR 13 november 1996, ECLI:NL:PHR:1996:AA1757 (BNB 1997/55) – van mening dat de verbondenheid al bestaat op het moment van de bedoelde inbreng.

De Kennisgroep merkt daarbij wel op dat de casus bij BNB 1997/55 niet ging over het opgeofferd bedrag bij de verkrijger van de deelneming (in casu T), maar over de inbrenger (in casu H). Juch noemt de positie van de verkrijger dan ook zijdelings:

"(...) Conform het bepaalde in art. 13, vijfde lid, laatste volzin (oud), bedraagt het opgeofferde bedrag bij de tussenholding EUR 398.000; immers bij dit soort transacties kan het opgeofferde bedrag in concernverband niet stijgen, maar wel dalen"....

De Kennisgroep merkt daarbij eveneens op dat er in de casus bij BNB 1997/55 sprake is van een nieuw opgerichte tussenhoudster, waarbij de belanghebbende één van de oprichters was. Het lijkt daarbij dan ook ondenkbaar dat er tussen deze belanghebbende en tussenhoudster op enig moment géén verbondenheid heeft bestaan. In de voorliggende casus was T daarentegen reeds aanwezig en ontstond de verbondenheid door de uitgifte van nieuwe aandelen die werden volgestort middels de deelneming in D. D en T zijn dus, voorafgaande aan de uitgifte geen verbonden lichamen en daar lijkt H nu op aan te slaan.

Mogelijk naar aanleiding van voornoemd arrest, is met ingang van 1 januari 1997 aan artikel 13d, lid 6, derde volzin, Wet Vpb toegevoegd³⁾:

*H. Aan artikel 13d, zesde lid, wordt toegevoegd:
Indien de storting op aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid bestaat uit aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een verbonden lichaam, wordt het opgeofferd bedrag ten tijde van de storting niet hoger gesteld dan op het bedrag dat is opgeofferd voor de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die als storting dienen.*

In de toelichting op deze wijziging geeft de medewetgever aan⁴⁾:

(...) De tekst van het zesde lid omvat naar de letter genomen niet het geval waarin een deelneming binnen concernverband wordt overgedragen aan een tussenholding tegen uitreiking van aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in die tussenholding. Bij de tussenholding wordt het ter zake van de verkregen deelneming opgeofferde bedrag weliswaar op de voet van het zesde lid beperkt tot het oorspronkelijk door het concern opgeofferde bedrag. Op grond van de tekst van het zesde lid is echter onduidelijk wat bij de moedermaatschappij als opgeofferd bedrag moet gelden ter zake van het in de tussenholding verkregen belang. Zonder nadere regeling zou kunnen worden betoogd dat moet worden uitgegaan van de waarde in het economische verkeer van de deelneming die als storting wordt ingebracht in het vermogen van de tussenholding. Deze waarde kan evenwel hoger zijn dan het door het concern voor de deelneming opgeofferde bedrag, hetgeen er bij liquidatie van de tussenholding toe zou leiden dat voor de berekening van het liquidatieverlies van een hogere waarde zou worden uitgegaan, dan hetgeen door het concern als geheel voor de deelneming is opgeofferd. Om dit te voorkomen is aan het zesde lid een zin toegevoegd. Daarin is bepaald dat ingeval een deelneming wordt overgedragen aan een tussenholding tegen uitreiking van aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in die tussenholding, het voor deze aandelen of bewijzen opgeofferde bedrag moet

3. Kamerstukken II, 1995/96, 24 696, nrs. 1-2, p. 4.

4. Kamerstukken II, 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 26-27.

worden gesteld op het bedrag dat door het concern voor de deelneming is opgeofferd.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum

Alhoewel de wetwijziging ziet op de positie van de inbrenger van de deelneming, kan worden opgemerkt dat de wetgever het kennelijk niet nodig achtte om ook de positie van de verkrijger van de deelneming (in casu T), expliciet(er) in de wet neer te leggen. Uit deze memorie van toelichting kan wel de conclusie worden getrokken dat de wetgever, zonder aarzeling, van mening is dat bij de verkrijger van de deelneming, het opgeofferd bedrag wordt beperkt door de bepaling van artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb.

Het lijkt daarbij ook zeer discutabel om bij de vraag of er sprake is van verbondenheid, te stellen dat er door H eerst een deelneming wordt ingebracht in T en dat pas daarna aandelen T aan H worden uitgereikt, waarmee de verbondenheid ontstaat (kennelijk op een ondeelbaar moment na de inbreng). Als er al sprake zou kunnen zijn van een dergelijk, ondeelbaar, moment tussen de inbreng en het ontstaan van de verbondenheid, dan zou alsnog kunnen worden gesteld dat H reeds bij (het verbindend worden van) de samenwerkingsovereenkomst (of anderszins) reeds in economische zin een verbonden lichaam is geworden, zonder dat zij reeds juridisch houder van de aandelen. Ook heeft de Kennisgroep geen jurisprudentie aangetroffen waarbij het door H ingenomen standpunt wordt onderschreven.

De verbondenheid, zoals genoemd in artikel 13d, lid 6, Wet Vpb is neergelegd in artikel 10a, lid 4, Wet Vpb. Daarin wordt niet gesproken over het juridisch aandeelhouderschap, maar over 'belang'. Algemeen wordt aangenomen dat het begrip 'belang' in artikel 10a Wet Vpb, breder is dan alleen het juridische bezit van de aandelen. Ook de Staatssecretaris meent dat reeds bij de storting sprake is van verbondenheid (zie onderdeel 2.1 van het 10a-besluit⁵⁾):

Als bij de oprichting van een vennootschap door een andere vennootschap de kapitaalstorting schuldig wordt gebleven, is sprake van een schuld aan een verbonden lichaam die valt onder artikel 10a, eerste lid, onderdeel b, van de Wet Vpb. Op het moment van de kapitaalstorting is direct al sprake van verbondenheid. Deze situatie valt ook onder artikel 10a, eerste lid, onderdeel c, van de Wet Vpb, omdat sprake is van de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is.

In HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3369 (BNB 2016/36) wordt het principe van 'gelijk oversteken' - weliswaar in een andere context - ook behandeld. Uit rechtsoverweging 2.3.1 zou voorzichtig kunnen worden geconcludeerd dat de Hoge Raad in een dergelijk geval de mening is toegedaan dat de plaatsing van nieuwe aandelen gelijktijdig heeft plaatsgevonden met de storting van het belang in D. Met andere woorden: in onderhavige casus, waarbij de uitgifte en volstorting bij wijze van 'gelijk oversteken' plaatsvindt, is er zeer hoogstwaarschijnlijk aanstonds sprake van verbondenheid.

Ook Martens⁶⁾ geeft aan dat de verkrijgende vennootschap (in casu T) bij de aandelenruil, de verkregen aandelen (in casu D) te boek zal stellen voor de waarde in het economisch verkeer op het transactiemoment, maar dat op grond van artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb het opgeofferde bedrag (extracomptabel) zal doorschuiven (in casu van H naar T voor 67 Awr).

5. Besluit van 25 maart 2013, BLKB2013/110, Toepassing van artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

6. W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer, 2017, hoofdstuk B.2.3.2.

Bijlage

Wetgeving

Artikel 13d, lid 4, Wet Vpb luidt (voor zover relevant) als volgt:

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Indien, onmiddellijk of middellijk, tot het vermogen van het ontbonden lichaam een deelneming heeft behoord die deel uitmaakt van de liquidatie-uitkering of die is vervreemd en die in waarde is gedaald sedert de verkrijging van de deelneming in het ontbonden lichaam, wordt het liquidatieverlies slechts in aanmerking genomen voor zover dit verlies het bedrag van die waardedaling te boven gaat. (...).

En artikel 13d, lid 6, Wet Vpb luidt:

Indien een deelneming is verkregen van een verbonden lichaam wordt het opgeofferde bedrag ten tijde van de verkrijging niet hoger gesteld dan het bedrag hetwelk dat lichaam voor die deelneming heeft opgeofferd.

Indien zulk een deelneming is verkregen in het kader van de ontbinding van het verbonden lichaam en ter zake van die deelneming het vierde lid, eerste volzin, toepassing heeft gevonden, wordt het opgeofferde bedrag vermeerderd met de aldaar bedoelde waardedaling tot ten hoogste het door het ontbonden lichaam voor die deelneming opgeofferde bedrag.

Indien een storting op aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid bestaat uit aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in een verbonden lichaam, wordt het opgeofferde bedrag ten tijde van de storting niet hoger gesteld dan op het bedrag dat is opgeofferd voor de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid die als storting dienen.

Wetsgeschiedenis

De eerste keer dat de regeling, zoals thans vormgegeven in artikel 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb in de wet is gekomen, is bij de invoering van de Wet Vpb 1969, op 17 januari 1963 bij de eerste Nota van wijziging op het wetsvoorstel "Wet op de vennootschapsbelasting 1960" (Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 10, p. 45 en 46):

III (...)

A In Artikel 12 (...)

- C. *Aan het tot vierde lid vernummerde derde lid wordt een volzin toegevoegd, luidende: Ingeval de deelneming of het daarmee verband houdend bezit aan winstbewijzen dan wel het lidmaatschap is verkregen van een lichaam of persoon waartoe de belastingplichtige of een derde in een verhouding staat, als is omschreven in artikel 7, tweede lid, letters b of c, wordt het voor de verkrijging opgeofferde bedrag niet hoger gesteld dan het bedrag hetwelk dat lichaam of die persoon voor tic verkrijging heeft opgeofferd.*

Deze tekst is bij de invoering van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 - onder vernummering tot het vijfde lid van artikel 12 - ongewijzigd overgenomen.

De toelichting daarop (MvA, 17 januari 1963): Kamerstukken II 1962/63, 6000, nr. 9, blz. 24.

Wel is er — met name om misbruik te keren — naar het oordeel van de ondergetekenden reden voor een nadere omschrijving van de term „opgeofferd bedrag” met het oog op gevallen waarin een deelneming door de moedermaatschappij is verworven bij een transactie met een met haar gelieerd lichaam. Bij verschuiving van een deelneming binnen concernverband is er nl. slechts grond als „opgeofferd bedrag” in aanmerking te nemen het bedrag dat door het concern als geheel, en niet het bedrag dat door een bepaald onderdeel daarvan, voor de verkrijging van de deelneming is opgeofferd. Wordt een door de n.v. A voor 100 opgerichte dochtermaatschappij D voor 200 verkocht aan een zustermaatschappij B, dan blijft

de vervreemdingswinst van 100 bij A buiten aanmerking. Zou nu bij liquidatie van de n.v. D de door B ontvangen liquidatie-uitkering als gevolg van door D geleden verliezen 50 bedragen, dan is het redelijk bij B — evenals zonder de overdracht A-B bij A het geval zou zijn geweest — een verlies van 100—50 of 50 in aanmerking te nemen. Zonder bijzondere voorziening zou echter bij B een verlies van 200 — 50 of 150 in aanmerking komen. De in onderdeel III, letter C, van de bij deze memorie behorende nota van wijziging opgenomen aanvulling van het vierde (oorspronkelijk derde) lid van het onderhavige artikel beoogt hierin te voorzien.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Bijlage

Standpunt vraagsteller

buiten verzoek

Standpunt belastingplichtige

buiten verzoek



Belastingdienst

5.1.2e GO Amsterdam
Per mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T
M 5.1.2e

E-mailadres
5.1.2e 5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
13 juli 2021

Ons kenmerk
20-023-0029

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0029 Valutaswap en 13-7-beschikking (13-7)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of in het kader van een 13-7-beschikking bij een valutaswap het rente-element - dat een vergoeding vormt voor de voorziene zwakte van de valuta - per saldo tot een aftrekbare last kan leiden.

Antwoord

De Kennisgroep is in casu van mening dat een valutaswap een prijsafsprake bevat en niet leidt tot een schuld waarop rente wordt berekend. Een valutaswap bevat dus geen rente. Alsdan kan er ook geen sprake zijn van (per saldo) in aftrek te brengen rente.

Casus

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Naar de mening van de Kennisgroep is een valutaswap een prijsafsprake die niet leidt tot het ter beschikking stellen van een hoofdsom. Hierdoor is geen sprake van een schuld en eveneens geen sprake van in aanmerking te nemen rente.

Algemeen

Indien een belastingplichtige een vreemde valuta deelneming houdt dan loopt de belastingplichtige een valutarisico met de deelneming. Uit BNB 1982/230 blijkt dat ook valutaresultaten die met een deelneming worden gelopen onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

De waardemutatie van de deelneming speelt zich af in de sfeer van de deelnemingsvrijstelling. Indien de belastingplichtige de waardemutatie die het gevolg is van een valutakoersmutatie wenst af te dekken, zou het resultaat daarop zich echter afspelen in de belaste sfeer¹. Met artikel 13, lid 7, Wet Vpb 1969 is tegemoetgekomen aan de wens van het bedrijfsleven om deze discrepantie weg te

¹ BNB 1994/273, Hoge Raad 28.818.

nemen². Belastingplichtige kan ervoor kiezen om vooraf de inspecteur te verzoeken om vast te stellen dat een rechtshandeling strekt tot het afdekken van het valutarisico dat met een deelneming wordt gelopen en het voordeel dat uit de desbetreffende rechtshandeling voortvloeit tot de voordelen uit hoofde van de deelneming te begrijpen.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Indien een valutaswap wordt afgesloten dan is sprake van een verschil tussen de spotkoers en de forwardkoers. Dat verschil is terug te voeren op een verschil in rentestand tussen de beide valuta en de verwachte waardemutatie van de beide valuta. Het verband tussen de rentestand en de *verwachte* koersontwikkeling is perfect/optimaal. Ware dat anders dan zouden marktparticipanten dat verschil trachten te exploiteren, waardoor vraag en aanbod anders zouden komen te liggen en het verschil als gevolg daarvan uiteindelijk alsnog zou verdwijnen³.

Anders geformuleerd: indien een USD-rekening over een periode van één jaar 2% meer rente oplevert dan de vergelijkbare Euro-rekening en de verwachte waardedaling van de USD is minder dan 2% over dat jaar dan wordt het aantrekkelijker een USD-rekening aan te houden. De vraag naar USD stijgt in dat geval, daardoor zal de rente dalen en dit proces stopt zodra het renteverskil en verwachte koersmutatie tussen USD en Euro weer in balans zijn.

Indien de huidige koers 1 USD is 1 Euro en de forwardkoers is 1 USD is 0,98 Euro dan zal er een renteverskil van 2% zijn (af rondingen achterwege gelaten, bijvoorbeeld omdat de rente vooraf of achteraf wordt voldaan, dagelijks of jaarlijks, enzovoorts).

Fiscaal

1. Voor de fiscaliteit is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend⁴.

Indien een valutaswap wordt afgesloten, ontstaat er naar de mening van de Kennisgroep geen schuld en is van rente dus evenmin sprake. De Kennisgroep leidt dit af uit BNB 2017/189, HR 16/05026:

'De door belanghebbende in het kader van de swapovereenkomsten betaalde bedragen zijn geen vergoeding voor het ter beschikking stellen van een hoofdsom en zijn dus op zichzelf bezien niet aan te merken als rente van geldleningen.'

Voor zover nodig wordt opgemerkt dat het verschil tussen een interestswap en een valutaswap volgens de Kennisgroep niet relevant is voor het antwoord op de vraag of de overeenkomst een schuld en rentekosten oplevert. Ook wordt opgemerkt dat een valutaswap bij het aangaan geen intrinsieke waarde heeft.

Aangezien de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het afsluiten van een valutaswap niet betekent dat er een hoofdsom ter beschikking is gesteld, is geen sprake van rente bij het afsluiten van een valutaswap.

2. Jaarrekeningrecht

In de jaarrekening wordt het verschil tussen de spotkoers en forwardkoers weliswaar verwerkt als rentepunten en als valutaresultaat, maar ook in de zin van het jaarrekeningrecht is – voor zover bij de Kennisgroep bekend – geen sprake

² Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3, p. 6-7, Kamerstukken II 1995/96, 24696,

nr. 3, p. 22-23 en Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, p. 56-57.

³ In dezelfde zin: Mr. dr. Q.W.J.C.H. Kok, Vreemde valuta en de deelnemingsvrijstelling, WFR 2009/115.

⁴ Vergelijk BNB 2014/80, HR 12/04640.

van een schuld. Overigens is de verwerking in de jaarrekening niet doorslaggevend voor de fiscaliteit⁵.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Bronnen.

Wettekst, artikel 13 lid 7 Wet VPB

'Indien de inspecteur vooraf bij voor bezwaar vatbare beschikking, eventueel onder het stellen van nadere voorwaarden, heeft vastgesteld dat een rechtshandeling strekt tot het afdekken van valutarisico dat met een deelneming wordt gelopen, behoort een voordeel uit de desbetreffende rechtshandeling tot de voordelen uit hoofde van de deelneming.'

Wetsgeschiedenis

'Voorgesteld wordt de valutaresultaten op leningen die strekken tot financiering van buitenlandse deelnemingen onder de werking van de deelnemingsvrijstelling te brengen. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad vallen valutaresultaten op dergelijke leningen thans niet onder de deelnemingsvrijstelling, dit in tegenstelling tot valutaresultaten behaald op de deelneming zelf. Met de thans voorgestelde, relatief eenvoudige maatregel wordt tegemoetgekomen aan de wens van het bedrijfsleven om deze discrepantie weg te nemen.

Ook ingeval een buitenlandse deelneming met eigen vermogen is gefinancierd, kan het vanuit economisch gezichtspunt wenselijk zijn het valutarisico dat met de buitenlandse deelneming wordt gelopen af te dekken. In de praktijk zijn daarvoor verschillende afdekkingsinstrumenten beschikbaar. Ook valutaresultaten terzake van dergelijke afdekkingsinstrumenten vallen op grond van de jurisprudentie niet onder de deelnemingsvrijstelling. De hiervoor met betrekking tot leningen aangegaan ter financiering van buitenlandse deelnemingen gesignaleerde discrepantie, doet zich derhalve ook voor met betrekking tot resultaten ter zake van afdekkingsinstrumenten. Daarom biedt het onderhavige wetsvoorstel de belastingplichtige voor dit soort situaties de mogelijkheid vooraf te verzoeken om de kosten en resultaten ter zake van dergelijke afdekkingsinstrumenten onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling te brengen.'

[Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3, blz. 6-7.](#)

'Zoals in het algemeen deel van de toelichting is aangegeven wordt door een aanpassing van art. 13, eerste lid, bewerkstelligd dat valutaresultaten op leningen die strekken tot financiering van buitenlandse deelnemingen onder de werking van de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Deze aanpassing heeft de volgende achtergrond. Ingevolge het arrest HR 20 april 1977, nr. 18 065, BNB 1977/162, worden valutaresultaten op leningen die strekken tot financiering van buitenlandse deelnemingen in tegenstelling tot de op die leningen betaalde rente, thans niet aangemerkt als kosten in de zin van art. 13, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dit betekent dat die valutaresultaten thans niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen en normaal worden belast.

Valutaresultaten behaald op de deelneming zelf vallen echter wel onder de deelnemingsvrijstelling. De omstandigheid dat de valutaresultaten op de deelneming zelf en die op de lening welke dient ter financiering van de deelneming onder een verschillend fiscaal regime vallen, leidt ertoe dat in een situatie waarin het valutarisico vanuit economisch oogpunt afgedekt is, dit risico fiscaal gezien blijft bestaan. Met de thans voorgestelde relatief eenvoudige maatregel wordt, een lang bestaand voornemen uitgevoerd en wordt, mede op verzoek van het bedrijfsleven, deze discrepantie weggenomen.

Ook voor zover een buitenlandse deelneming met eigen vermogen is gefinancierd, kan het vanuit economisch gezichtspunt wenselijk zijn dat het valutarisico dat met de buitenlandse deelneming wordt gelopen, wordt afgedekt. In de praktijk zijn daarvoor verschillende instrumenten beschikbaar. In het arrest HR 17 november 1993, nr. 28 818, BNB 1994/273, heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over een dergelijke situatie. In dat arrest had de belastingplichtige ter beperking van het

⁵ Vergelijk BNB 1957/208, HR 12 931.

met de buitenlandse deelneming te lopen valutarisico valuta-termijntransacties gesloten. De Hoge Raad oordeelde dat het resultaat dat met deze transacties werd behaald, niet onder de deelnemingsvrijstelling viel. Uit deze beslissing volgt dat de hiervoor met betrekking tot leningen aangegaan ter financiering van buitenlandse deelnemingen en financiering met eigen vermogen van de deelneming gesignaleerde discrepantie, zich onder de huidige wetgeving ook voordoet met betrekking tot kosten en resultaten ter zake van afdekkingsinstrumenten. Daarom voorziet het onderhavige wetsvoorstel in de mogelijkheid de kosten en resultaten ter zake van afdekkingsinstrumenten die verband houden met buitenlandse deelnemingen eveneens onder het regime van de deelnemingsvrijstelling te brengen.

[Kamerstukken II 1995/96, 24696, nr. 3, blz. 22-23](#)

'Het zevende lid betreft eveneens een uitbreiding van het voordelenbegrip en ziet op de regeling inzake het afdekken van valutarisico's ter zake van deelnemingen die voorheen in het eerste lid was opgenomen. De zinsnede in de oude tekst waarin is bepaald dat een geldlening aangegaan voor de verwerving van een deelneming geen rechtshandeling is die strekt tot het afdekken van het valutarisico, is niet overgenomen. Hiermee wordt beter dan onder de oude redactie recht gedaan aan de strekking van deze regeling. Hierdoor is het voortaan ook mogelijk dat op verzoek de deelnemingsvrijstelling ook kan worden toegepast op valutaresultaten behaald met een lening die is aangegaan voor de verwerving van de deelneming, voor zover deze valutaresultaten dienen ter afdekking van het valutarisico dat met de deelneming zelf wordt gelopen. Het volgende voorbeeld moge dit verduidelijken.

(...).

Hiermee wordt beter dan onder de oude redactie recht gedaan aan de strekking van deze regeling. Hierdoor is het voortaan ook mogelijk dat op verzoek de deelnemingsvrijstelling ook kan worden toegepast op valutaresultaten behaald met een lening die is aangegaan voor de verwerving van de deelneming, voor zover deze valutaresultaten dienen ter afdekking van het valutarisico dat met de deelneming zelf wordt gelopen (...). Overigens en wellicht ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat een rechtshandeling die strekt tot het afdekken van valutarisico dat met een deelneming wordt gelopen, **veelal** uit een valuta-element en een rente-element bestaat, waarbij alleen het valuta-element onder de deelnemersvrijstelling kan worden gebracht. Het rente-element valt in de belastbare winst.'

[Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 3, blz. 56-57](#)

'De strekking van de regeling van art. 13, zevende lid, is dat voor zover valutarisico's die worden gelopen op een deelneming, zijn afgedekt, de valutaresultaten behaald met het afdekkingsinstrument op verzoek ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen.'

[Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 100.](#)

Besluit 2020/000000002

'Een rechtshandeling die strekt tot het afdekken van een valutarisico bevat naast een valuta-element, veelal ook een rente-element. Daarnaast kunnen deze rechtshandelingen ook andere kosten – bijvoorbeeld afsluitkosten – met zich meebrengen. Zoals ik tijdens de parlementaire behandeling van de [Wet werken aan winst](#) (zie Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 56-57) heb aangegeven, kan alleen het valuta-element onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Het rente-element en de andere kosten vallen in de belastbare winst.'

[BNB 1994/273, Hoge Raad 28.818](#)

'3.2. Het Hof heeft geoordeeld dat dit verlies op de valuta-termijntransacties ten laste van het fiscale resultaat van belanghebbende mag worden gebracht.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

3.3. Middel I keert zich tegen 's Hofs oordeel dat het in geding zijnde verlies op de valuta-termijntransacties niet behoort tot de kosten, bedoeld in artikel 13, lid 4, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst 1983) (hierna: de Wet). Het middel strekt ertoe dat het begrip kosten in de zin van artikel 13, lid 4, van de Wet ruimer moet worden uitgelegd dan de Hoge Raad heeft gedaan bij zijn arrest van 20 april 1977, [BNB 1977/162](#).

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum

Het middel faalt.

Verliezen en winsten als de onderhavige, voortvloeiend uit het verloop van de waarde van een verplichting om in de toekomst bepaalde goederen te leveren, zijn aan te merken als het resultaat van zelfstandige transacties in de vermogenssfeer.'

BNB 2014/80, Hoge Raad 12/04640

'Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend.'



Belastingdienst

5.1.2e GO Middelburg
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e @belastingdienst.nl

Datum

19 juli 2021

Ons kenmerk

21-023-0009

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0009 Vrijwillige vrijval opwaarderingsreserve 13ba (13ba)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
19 juli 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of X de ovr ex artikel 13ba Wet Vpb 1969 vrijwillig kan laten vrijvallen en aan de winst kan toevoegen?

Antwoord

De Kennisgroep is in casu van mening dat artikel 13ba Wet Vpb 1969 een vrijwillige vrijval van een ovr niet toelaat. Op het moment dat de 13ba-transactie zich voordeed, kon X ervoor kiezen om de winst op te nemen in een ovr. Vervolgens geeft artikel 13ba Wet Vpb 1969 – met name in lid 5 en lid 10 – precies aan onder welke voorwaarden en voor welk bedrag X deze ovr kan laten vrijvallen. Het staat X niet vrij om dit zelf te bepalen.

Ter overweging

buiten verzoek

Casus

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

¹ Kamerstukken II 2020–2021, 35 572, nr. 12, p. 4.

Beschouwing

Hieronder wordt het antwoord van de Kennisgroep nader toegelicht waarom de belaste vrijval van de owr niet ter vrije keuze aan X staat.

Tekstueel

De voorliggende vraag is eenvoudig: Als een belastingplichtige heeft gekozen voor de vorming van een owr, kan hij deze reserve dan belast laten vrijvallen op een door hem gewenst moment? Of beperkt die vrijval zich tot de voorgeschreven momenten in artikel 13ba Wet Vpb 1969? Hierna wordt nader ingegaan op de vorming en de (belaste) vrijval van een owr.

Vorming van een owr

De vorming van een owr is ter vrije keuze aan de belastingplichtige. Zie aldus de slotzin van art. 13ba, lid 1:

'Het (...) bedrag kan gelijktijdig ten laste van de winst worden toegevoegd aan een reserve (opwaarderingsreserve).'

Die keuze dient te worden gemaakt in het jaar waarin de door artikel 13ba, lid 2, Wet Vpb 1969 voorgeschreven opwaardering zich voordoet en kan worden herzien zolang de aanslag over dat jaar nog niet onherroepelijk vaststaat²:

'De leden van de VVD-fractie vragen zich af of de keuze om de uit artikel 13ba, eerste lid, voortvloeiende winst toe te voegen aan een opwaarderingsreserve kan worden herzien tot het moment waarop de keuze onherroepelijke heffingsgevolgen heeft gehad. Het antwoord daarop luidt bevestigend. Zolang de aanslag over het jaar waarin zich de omstandigheid als bedoeld in artikel 13ba, tweede lid, heeft voorgedaan nog niet vaststaat, staat het de belastingplichtige vrij op zijn keuze terug te komen. Dit is in overeenstemming met hetgeen in HR 8 juli 1996, nr. 30 959, BNB 1996/266, is beslist met betrekking tot de vorming van een vervangingsreserve.'

Uit de parlementaire geschiedenis³ blijkt verder dat belastingplichtige niet kan kiezen voor een gedeeltelijke opname van de opwaarderingswinst in de owr:

'Wellicht ten overvloede kan worden opgemerkt dat het niet mogelijk is de omzettingwinst slechts gedeeltelijk toe te voegen aan een reserve.'

Belaste vrijval van een owr

Artikel 13ba Wet Vpb 1969 schrijft een belaste vrijval van de owr (dwingend) voor:

1. Indien en voor zover de waarde in het economische verkeer van de owr-deelneming na de 'besmette transactie' toeneemt. Artikel 13ba, lid 5, Wet Vpb 1969: *'de opwaarderingsreserve wordt aan de winst toegevoegd voor zover ...'*;
2. Als zich een in artikel 13ba, lid 10, Wet Vpb 1969 vermelde specifieke omstandigheid voordoet. In dat geval *'wordt het restant van de opwaarderingsreserve wel toegevoegd aan de winst ...'*.

In casu is in ^{67 Awr}geen van deze omstandigheden aan de orde. Artikel 13ba Wet Vpb 1969 dwingt dus niet tot vrijval van de owr.

Daarnaast biedt de tekst van artikel 13ba Wet Vpb 1969 geen aanknopingspunt voor een facultatieve belaste vrijval van de owr.

² Kamerstukken I 2004-2005, 29 686, C, p. 12.

³ Kamerstukken I, 2004-2005, 29 686, C, p. 12.

Tot slot is er op basis van de parlementaire behandeling, jurisprudentie of literatuur geen ander argument op basis waarvan een belastingplichtige vrijwillig voor een belaste vrijval van een ovr kan kiezen.

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
19 juli 2021

Literatuur

De Kennisgroep wijst ter bevestiging van het voorgaande naar Bobeldijk⁴:

'6.6.1.7 Het karakter van de opwaarderingsreserve

(...)

In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel was sprake van een dotatie van rechtswege aan de opwaarderingsreserve. De belastingplichtige had geen keuze om niet te doteren. In art. 3.98a Wet IB 2001 (de pendant van art. 13ba Wet Vpb 1969 in de inkomstenbelasting) daarentegen is bepaald dat dotatie aan de opwaarderingsreserve op verzoek plaatsvindt. Blijkens de memorie van toelichting is deze keuzemogelijkheid in art. 3.98a Wet IB 2001 opgenomen met het oog op verliescompensatiemogelijkheden. Belastingplichtigen kunnen er zo voor kiezen niet te doteren aan de opwaarderingsreserve en de winst af te zetten tegen verliezen die dreigen te verdampen. De mogelijkheid om op verzoek te doteren en daarmee de mogelijkheid om niet te doteren was oorspronkelijk in de regeling voor de vennootschapsbelasting niet opgenomen vanuit het streven naar beperking van de administratieve lasten. De staatssecretaris ging ervan uit dat in de vennootschapsbelasting iedere belastingplichtige een dergelijk verzoek zou doen. Als gevolg van Kamervragen en reacties uit de praktijk is bij de nota van wijziging alsnog de keuzemogelijkheid in de tweede volzin van art. 13ba Wet Vpb 1969 vastgelegd. Noch in de literatuur noch door de staatssecretaris is echter aangegeven in welke situatie het zinvol zou zijn voor een belastingplichtige om een verzoek om de winst te mogen doteren aan de opwaarderingsreserve achterwege te laten. Naar mijn mening zou gedacht kunnen worden aan de situatie dat de belastingplichtige over compensabele verliezen beschikt, maar die verliezen op korte termijn niet meer verrekenbaar zullen zijn als gevolg van de toepassing van art. 20, lid 4 Wet Vpb 1969 of art. 20a Wet Vpb 1969. Ook kan gedacht worden aan de in paragraaf 6.6.1.3 beschreven situatie ten aanzien van doorstroomvennootschappen. Nu met ingang van 2007 verliezen in de vennootschapsbelasting niet langer onbeperkt compensabel zijn, zal het in nog meer situaties overweging verdienen om winst op grond van art. 13ba, lid 1 Wet Vpb 1969 niet aan de opwaarderingsreserve te doteren.

De keuze om de uit art. 13ba, lid 1 Wet Vpb 1969 voortvloeiende winst toe te voegen aan een opwaarderingsreserve kan worden herzien tot het moment waarop de keuze onherroepelijke heffingsgevolgen heeft gehad. Het is niet mogelijk de winst gedeeltelijk toe te voegen aan een reserve. Naar mijn mening zou een belastingplichtige wel de mogelijkheid geboden moeten worden om de winst gedeeltelijk aan een opwaarderingsreserve te doteren. Op basis van de huidige regeling is het op grond van het proportionaliteitsbeginsel mogelijk om de winst te doteren aan de reserve, zodat er slechts heffing optreedt indien en voor zover er een waardevermindering van de deelneming optreedt. Ook hebben belastingplichtigen de mogelijkheid om bijvoorbeeld in geval van dreigende verliesvermindering de winst niet aan de opwaarderingsreserve te doteren maar te verrekenen met aanwezige verliezen. Deze uitgangspunten zijn echter niet strijdig met elkaar. Het is mijns inziens dan ook logisch dat belastingplichtigen de mogelijkheid wordt geboden om zo veel mogelijk recht te doen aan beide uitgangspunten, hetgeen een dotatie van een gedeelte van de op grond van art. 13ba, lid 1 Wet Vpb 1969 geconstateerde winst betekent. Aanpassing van de wettekst om gedeeltelijke dotatie mogelijk te maken, is mijns inziens dan ook gewenst.

⁴ A.C.P. Bobeldijk, *Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting*, september 2009.

(...)

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 juli 2021

6.6.5.2 Geen vrijwillige vrijval van de opwaarderingsreserve

Art. 13ba Wet Vpb 1969 biedt niet de mogelijkheid van een vrijwillige gehele of gedeeltelijke vrijval van de opwaarderingsreserve. Op grond van dezelfde argumenten die ik heb aangevoerd om een gedeeltelijke dotatie van de op grond van art. 13ba Wet Vpb 1969 geconstateerde winst aan de opwaarderingsreserve toe te staan (paragraaf 6.6.1.7, EJK), dient mijns inziens een gehele of gedeeltelijke vrijval van de opwaarderingsreserve te worden toegestaan. Dit biedt de belastingplichtige, indien gewenst, de mogelijkheid om af te rekenen over het bedrag van de opwaarderingsreserve en daarmee de jaarlijkse exercitie van art. 13ba Wet Vpb 1969 te voorkomen. Dit vermindert uitvoeringslasten aan de kant van de belastingplichtige en Belastingdienst. Bovendien maakt een dergelijke aanpassing de regeling proportioneler, omdat wordt voorkomen dat aanwezige verliezen verdampen en op een later moment alsnog over de reeds aanwezige opwaarderingsreserve moet worden afgerekend. Ook voorkomt de mogelijkheid van vrijwillige vrijval dat belastingplichtigen bepaalde rechtshandelingen enkel verrichten om een belaste vrijval van de opwaarderingsreserve te bewerkstelligen.

(...)

6.8.5 Uitvoerbaarheid

Art. 13ba Wet Vpb 1969 is geen eenvoudige regeling, maar naar mijn mening wel uitvoerbaar. De uitvoerbaarheid van de regeling kan worden verbeterd door een gedeeltelijke dotatie en een vrijwillige gehele of gedeeltelijke vrijval van de opwaarderingsreserve mogelijk te maken. (...)

Goedkoopmansgebruik en stelselwijziging

Alhoewel niet het beleidsterrein van de Kennisgroep, is de Kennisgroep - anders dan de vraagsteller - van mening dat een eventuele door goedkoopmansgebruik te honoreren stelselwijziging hier geen rol van betekenis speelt. De vrijval van de ovr kan niet als een (te billijken) stelselwijziging worden gekenmerkt. Ten eerste is een ovr extracomptabel⁵:

'De Orde wijst erop dat de opwaarderingsreserve van artikel 13ba, eerste lid, afhankelijk van de boekhoudkundige verwerking, van invloed kan zijn op de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen voor de toepassing van artikel 10d van de wet (thin cap regeling). De opwaarderingsreserve heeft slechts als doel te functioneren als instrument ten behoeve van de temporisering van de correctie. Vanuit die ratio ligt een extracomptabele verwerking van de opwaarderingsreserve voor de hand. De opwaarderingsreserve heeft aldus geen invloed op de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen voor de toepassing van artikel 10d van de wet.'

Ten tweede heeft goedkoopmansgebruik naar de mening van de Kennisgroep geen invloed op het bepalen van de waarde in het economisch verkeer van de ovr-deelneming.

⁵ Kamerstukken II 2004-2005, 29 686, nr. 6, p. 16.



Belastingdienst

5.1.2e
per e-mail

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

19 juli 2021

Ons kenmerk

21-023-0013

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0013 Converteerbare obligatielening en liquidatieverlies (13d)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
19 juli 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of ~~D~~7 Awr de waarde van het conversierecht op het moment van toekenning tot het opgeofferde bedrag van deelneming ~~S~~7 Awr kan rekenen?

Antwoord

De Kennisgroep is in casu van mening dat ~~D~~7 Awr de waarde van het conversierecht op het moment van toekenning niet tot het opgeofferde bedrag van deelneming ~~S~~7 Awr mag rekenen. De waardemutaties van een conversierecht na toekenning zijn aan te merken als vrijgestelde voordelen uit deelneming. Een conversierecht is echter geen deelneming. De waarde van een conversierecht bij toekenning verhoogt het opgeofferde bedrag niet en kan bij liquidatie van de deelneming dan ook niet als liquidatieverlies in aftrek worden gebracht.

Casus

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Een conversierecht is vergelijkbaar met een calloptie met een uitoefenprijs gelijk aan de nominale waarde van de lening. De waarde van het conversierecht bij verstrekking is dan te beschouwen als de optiepremie.

Deze waarde van een conversierecht bij verstrekking wordt als volgt berekend. Eerst wordt de lening contant gemaakt tegen de rente op een vergelijkbare lening zonder conversierecht. Vervolgens wordt deze contante waarde in mindering gebracht op de nominale waarde van de lening.

Op grond van BNB 2008/6 is de jaarlijkse oprenting van de contante waarde van de lening tot de nominale waarde belast.

De waarde van het conversierecht zal gedurende de looptijd muteren door de waardeverandering van de aandelen. Op grond van BNB 2003/34 en BNB 2008/6 zijn deze waardemutaties als voordeel uit deelneming aan te merken en vallen deze waardemutaties onder de deelnemingsvrijstelling.

Overeenkomstig het Besluit Deelnemingsvrijstelling betekent dit echter niet dat het conversierecht zelf als deelneming is aan te merken.

Gelet hierop en het gegeven dat de liquidatieverliesregeling van artikel 13d, lid 1, Wet Vpb 1969 een deelneming vereist, behoort de waarde van het conversierecht bij verstrekking - de 'optiepremie' - niet tot het opgeofferd bedrag van een deelneming. Hierdoor kan voor deze waarde geen liquidatieverlies worden geclaimd.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 juli 2021

Bronnen

Art. 13d lid 1 Wet Vpb

'De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (liquidatieverlies).'

BNB 2003/34 (Falconsarrest)

'-3.3.1. De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, een en ander met inachtneming van het navolgende.

-3.3.5. Het in punt 3.3.1 vermelde uitgangspunt brengt ook mee dat het resultaat op een optie op tot een deelneming behorende aandelen eveneens onder de deelnemingsvrijstelling valt indien de optie uiteindelijk niet of niet geheel wordt uitgeoefend. Dit heeft tot gevolg dat dan de door de houder van een calloptie betaalde vergoeding en de door de schrijver van een putoptie ontvangen vergoeding onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Dit is anders indien de houder respectievelijk de schrijver van de optie bij uitoefening van de optie geen deelneming zou hebben verkregen.'

BNB 2008/6

'3.2. Het middel dat zich tegen dit oordeel richt, slaagt. Zoals volgt uit de arresten van de Hoge Raad van 19 juni 1996, nrs. 30 045 en 30 046, BNB 1996/299 en BNB 1996/300, brengt een redelijke wetstoepassing die mede recht doet aan de samenhang die dient te bestaan tussen de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting, met zich dat de emittent van een converteerbare obligatielening ter zake van het toegekende conversierecht geen bedrag ten laste van de winst kan brengen. Dit brengt echter niet mee dat voor degene die converteerbare obligaties houdt in het kader van zijn onderneming - in weerwil van hetgeen voortvloeit uit het fiscale winstbegrip -belastingheffing achterwege dient te blijven ter zake van de waarde van dat conversierecht bij de verkrijging ervan.

-3.3. Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen met betrekking tot de waardeontwikkeling van het conversierecht na de verkrijging ervan. Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260, staat de houder van de converteerbare obligatie tot de vennootschap tegenover welke het conversierecht kan worden uitgeoefend, in een rechtsbetrekking die zodanig overeenkomt met die van een aandeelhouder, dat alle transacties tussen hem en die vennootschap op gelijke voet als geldt voor de aandeelhouder buiten de winstfeer worden afgewikkeld (vgl. ook HR 21 februari 2001, nrs. 35 074 en 35 639, BNB 2001/160 en BNB 2001/161). Dit brengt mee dat, anders dan de Hoge Raad in het arrest van 16 december 1981, nr. 20 914, BNB 1982/72, heeft geoordeeld, de voordelen uit het aan een converteerbare obligatie verbonden conversierecht voor de houder van de converteerbare obligatie zijn aan te merken als voordelen uit hoofde van (toekomstig) aandeelhouderschap en kunnen vallen onder de in artikel 13 van de Wet vervatte deelnemingsvrijstelling, indien de bij conversie te verkrijgen aandelen bij de houder van de converteerbare obligatie

onder de deelnemingsvrijstelling (zouden) vallen. Niet van belang daarbij is of het conversierecht ziet op bestaande aandelen of op nieuw uit te geven aandelen (vgl. HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254).'

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
19 juli 2021

Besluit deelnemingsvrijstelling

'De voordelen uit een optierecht op aandelen vallen onder de deelnemingsvrijstelling als deze aandelen op zich zelf beschouwd na de uitoefening van dit optierecht als een deelneming zouden kwalificeren (zie Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, het zogenoemde Falconsarrest). Om het voordeel uit het optierecht daadwerkelijk de deelnemingsvrijstelling te brengen, moeten naar mijn mening de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren (zie het Falconsarrest in combinatie met Hoge Raad 23 september 2016, nr. 15/02428, ECLI:NL:HR:2016:2124). Het Falconsarrest brengt echter niet mee dat de kwalificerende optierechten als een deelneming worden aangemerkt.'



Belastingdienst

5.1.2e GO Maastricht
per e-mail

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

14 september 2021

Ons kenmerk

21-023-0011

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0011 Afkoop putoptie en liquidatieverlies (13d)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
14 september 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of de kapitaalstorting van A 67 Awr in G 67 Awr bij A 67 Awr tot het opgeofferd bedrag behoort.

Antwoord

De Kennisgroep is in casu van mening dat dit afhangt van de vraag of het samenstel van afspraken kwalificeert als een afkoop of een uitoefening van de put optie. De Kennisgroep is van mening dat het opgeofferde bedrag wordt verhoogd als er sprake is van een *uitoefening* van de put optie. Daarentegen is de Kennisgroep van mening dat dit niet het geval is als er sprake is van een *afkoop* van de put optie. Of in casu sprake is van een uitoefening of een afkoop ligt aan de duiding van de feiten en is aan de inspecteur.

Casus

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Het draait volgens de Kennisgroep om de vraag of in casu sprake is van een *uitoefening* of *afkoop* van de put optie. Dit is een feitelijke vraag en hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval. Of in casu sprake is van een uitoefening of een afkoop ligt aan hoe de inspecteur het samenstel van afspraken in de 67 Awr duidt en weegt.

Indien het samenstel van afspraken fiscaal moet worden geduid als een *uitoefening* van de putoptie, is volgens de Kennisgroep *wel* sprake van een verhoging van het opgeofferd bedrag van de deelneming van A 67 Awr in G 67 Awr met

67 Awr

. Dit volgt volgens de Kennisgroep uit r.o. 3.3.4 van het zogenoemde Falconsarrest¹ waarin is aangegeven dat de optie-uitoefenprijs tot het opgeofferde bedrag moet worden gerekend.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
14 september 2021

Indien het samenstel van afspraken fiscaal daarentegen moet worden geduid als een *afkoop* van de putoptie, is volgens de Kennisgroep echter *geen* sprake van een verhoging van het opgeofferd bedrag van de deelneming van ~~67 Awr~~ met ~~67 Awr~~. Dit volgt volgens de Kennisgroep eveneens uit het Falconsarrest en meer nadrukkelijk uit onderdeel 1.2.1.3 van het Besluit Deelnemingsvrijstelling² waarin is aangegeven dat het Falconsarrest echter niet meebrengt dat kwalificerende optierechten als een deelneming worden aangemerkt. De waardemutatie van een optierecht verhoogt het opgeofferde bedrag dus niet en kan bij liquidatie van de deelneming dan ook niet als liquidatieverlies in aftrek worden gebracht.

Bronnen

BNB 2003/34 (Falconsarrest)

'-3.3.1. De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, een en ander met inachtneming van het navolgende.

-3.3.4. In het hierboven in de punten 3.3.2 en 3.3.3 geschetste stelsel past het om ingeval de optie wordt uitgeoefend, bij de verkrijger van de deelneming als verkrijgingsprijs in aanmerking te nemen de optie-uitoefenprijs, vermeerderd - in geval van een putoptie verminderd - met de ter zake van het verstrekken van het optierecht betaalde vergoeding. Aldus zal het resultaat op de optie ook bij hem onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

-3.3.5. Het in punt 3.3.1 vermelde uitgangspunt brengt ook mee dat het resultaat op een optie op tot een deelneming behorende aandelen eveneens onder de deelnemingsvrijstelling valt indien de optie uiteindelijk niet of niet geheel wordt uitgeoefend. Dit heeft tot gevolg dat dan de door de houder van een calloptie betaalde vergoeding en de door de schrijver van een putoptie ontvangen vergoeding onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Dit is anders indien de houder respectievelijk de schrijver van de optie bij uitoefening van de optie geen deelneming zou hebben verkregen.'

Besluit Deelnemingsvrijstelling

'1.2.1.3 Optierechten. De voordelen uit een optierecht op aandelen vallen onder de deelnemingsvrijstelling als deze aandelen op zich zelf beschouwd na de uitoefening van dit optierecht als een deelneming zouden kwalificeren (zie Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, het zogenoemde Falconsarrest). Om het voordeel uit het optierecht daadwerkelijk de deelnemingsvrijstelling te brengen, moeten naar mijn mening de aandelen waarop het optierecht betrekking heeft bij een calloptie of putoptie bovendien in het bezit zijn van de optieschrijver respectievelijk de optiehouder en bij deze partij tot een deelneming behoren (zie het Falconsarrest in combinatie met Hoge Raad 23 september 2016, nr. 15/02428, ECLI:NL:HR:2016:2124). Het Falconsarrest brengt echter niet mee dat de kwalificerende optierechten als een deelneming worden aangemerkt.'

¹ Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488.

² Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002, Staatscourant 2020 nr. 15230.



Belastingdienst

Kennisgroep fusies en fiscale eenheden
T.a.v. **5.1.2e** Bastiaens
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T **5.1.2e**
M

E-mailadres
5.1.2e [@belastingdienst.nl](mailto:5.1.2e@belastingdienst.nl)

Datum
17 september 2021

Ons kenmerk
21-023-0012

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste **5.1.2e**,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0012 Earn-outverplichting na een juridische fusie (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
17 september 2021

Aanleiding

buiten verzoek

Vraag

Aan de KG DVS is de vraag voorgelegd of waardemutaties op een earn-outverplichting – ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag overeenkomstig artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 – nog steeds onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 vallen, nadat de verworven deelneming door een juridische fusie in de koper is opgegaan?

Antwoord

De KG DVS is in casu van mening dat de deelnemingsvrijstelling ook op de earn-outverplichting van toepassing blijft nadat de koper de deelneming niet meer bezit als gevolg van de juridische fusie van de deelneming met de koper. Dit ondanks de duidelijke parlementaire uitlatingen bij artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969. De KG DVS is namelijk van mening dat kan worden gesteld dat deze parlementaire uitlatingen door latere jurisprudentie – BNB 2003/34, BNB 2006/7 en BNB 2013/70 – zijn achterhaald.

buiten verzoek

Casus

Bij de beantwoording van de vraag is de KG DVS van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

Beschouwing

Algemeen

De KG DVS is in casu van mening dat de deelnemingsvrijstelling ook op de earn-outverplichting van toepassing blijft nadat de koper de deelneming niet meer bezit als gevolg van de juridische fusie van de deelneming met de koper. Dit ondanks de duidelijke parlementaire uitlatingen bij artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 die expliciet regelt dat waardeveranderingen van een earn-outverplichting na voeging van de deelneming in de fiscale eenheid waar ook de koper deel vanuit maakt buiten de winst blijven.

De KG DVS is van namelijk mening dat deze parlementaire uitlatingen door latere jurisprudentie – BNB 2003/34, BNB 2006/7 en BNB 2013/70 – zijn achterhaald. Uit deze jurisprudentie maakt de KG DVS op dat de Hoge Raad het niet van belang

acht dat de deelneming na de fusie non-existent is: de earn-out is een afspraak tussen koper en verkoper en blijft hoe dan ook aangegaan in relatie tot de verkoop van de deelneming. De KG DVS is van mening dat kan worden gesteld dat artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 als gevolg van deze jurisprudentie zijn belang heeft verloren.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
17 september 2021

Earn-out en fiscale eenheid

In 2001 kwam – in het kader van de behandeling van het Belastingplan 2002, waarbij artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 werd ingevoerd – een soortgelijke vraag als onderhavige aan de orde in relatie tot een voeging van de gekochte deelneming in een fiscale eenheid. De Staatssecretaris antwoordde destijds¹:

"Indien de deelneming wordt opgenomen in een fiscale eenheid met de koper, is er vanaf het moment van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming. Dit heeft voor de koper tot gevolg dat met betrekking tot de winstrechtverplichting vanaf dat moment de mutaties ten opzichte van de waarde in het economisch verkeer ten tijde van het aangaan van de fiscale eenheid, via de fiscale verlies en winstrekening lopen. Voor de verkoper van de deelneming heeft de vorming van de fiscale eenheid geen gevolgen."

Dit werd echter door de wetgever als ongewenst gevolg gezien. Hetgeen tot introductie van artikel 15ac, lid 6 (toen nog lid 7), Wet Vpb 1969 heeft geleid, zodat waardeveranderingen van een earn-outverplichting ook na voeging van de gekochte deelneming buiten de winstbepaling blijven.

In de Memorie van Toelichting² wordt ter zake opgemerkt:

"Indien de deelneming na verwerving wordt opgenomen in een fiscale eenheid, is vanaf het tijdstip van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming. Dit zou tot gevolg hebben dat de waarde van de verplichting op het voegingstijdstip moet worden geschat en dat latere waardeveranderingen met betrekking tot die verplichting via de winst- en verliesrekening lopen. Dit is evenwel niet een beoogd gevolg. Daarom wordt nu expliciet geregeld dat ook waardeveranderingen tijdens de fiscale eenheid buiten de fiscale winst- en verliesrekening blijven."

Earn-out en fusie

De vraag die de KG FFE voorlegt is zoals gezegd soortgelijk. In artikel 14b Wet Vpb 1969 heeft de wetgever echter geen met artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 vergelijkbare regeling opgenomen. Hierdoor zou op basis van de hierboven geciteerde parlementaire geschiedenis kunnen worden gesteld dat door de fusie vanwege het opgaan in van de deelneming de earn-outverplichting ook niet meer onder artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 valt. In dat geval zouden de waardeveranderingen van deze verplichting voortaan in de belaste sfeer zitten.

Na 2001 heeft de Hoge Raad evenwel jurisprudentie gewezen waaruit de conclusie kan worden getrokken dat de zinsnede van de wetgever *"...is vanaf het tijdstip van voeging geen sprake meer van een deelneming en dus evenmin van voordelen uit hoofde van die deelneming"* is achterhaald. In het verlengde daarvan kan tevens de conclusie worden getrokken dat artikel 15ac, lid 6, Wet Vpb 1969 zijn belang heeft verloren.

¹ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 december 2001, nr. AFP2001/920, Bijvoegsel Handelingen I 2001/02, nr. 12–636, V-N 2001/66.2.

² MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28 608, nr. 3, p. 11.

Wat betreft de jurisprudentie kunnen worden genoemd het zogenoemde Falconsarrest³ (BNB 2003/34) en het zogenoemde Netwerkorganisatiearrest⁴ (BNB 2006/7). In beide arresten was sprake van onder de deelnemingsvrijstelling vallende voordelen, hoewel de belanghebbende in kwestie geen deelneming (meer) bezat:

- In BNB 2003/34 bezat de belanghebbende opties (falcons) die recht gaven op een aandelenbelang van meer dan 5%. De Hoge Raad oordeelde dat op de resultaten uit die opties de deelnemingsvrijstelling van toepassing was.
- In BNB 2006/7 oordeelde de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op een nabetaling uit hoofde van een deelneming die inmiddels al weer was doorverkocht.

Daarnaast kan ook BNB 2013/70⁵ worden genoemd. Uit dit arrest over de vraag of bij verkoop van een gevoegde dochter sprake kan zijn van verkoopkosten, kan worden afgeleid dat het (fiscaal zichtbare) bezit van een deelneming niet vereist is om artikel 13 Wet Vpb 1969 te kunnen toepassen. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

"3.3. Met het opnemen in de Wet van de bepaling dat de kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming niet aftrekbaar zijn, heeft de wetgever beoogd de verkoopkosten van een belang dat voldoet aan de in artikel 13, lid 2, van de Wet gestelde vereisten van aftrek uit te sluiten. Aangezien artikel 14, lid 1, van het Besluit fiscale eenheid 2003 bepaalt dat, indien de aandelen van een dochtermaatschappij worden vervreemd en in samenhang daarmee de fiscale eenheid ten aanzien van die dochtermaatschappij wordt verbroken, de vervreemding wordt geacht plaats te vinden na de ontvoeging van die dochtermaatschappij en niet in geschil is dat het belang dat belanghebbende in de dochtermaatschappij hield, voldeed aan de in artikel 13, lid 2, van de Wet gestelde vereisten, komen de ter zake van de verkoop van de deelneming gemaakte kosten niet in aftrek. Daaraan doet niet af dat de verkoopkosten zijn gemaakt in de periode waarin de dochtermaatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid met belanghebbende als moedermaatschappij. Dat ontnemt immers aan de onderhavige kosten niet hun karakter van kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming."

Naar analogie van dit arrest en in het licht van de twee eerdergenoemde arresten, is de KG DVS van mening dat kan worden gesteld dat de voeging van een gekochte deelneming niet wegneemt dat die deelneming in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is verkregen tegen een prijs die geheel of ten dele bestaat uit een recht (...) (earn-outverplichting). Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de waardeveranderingen van een dergelijke earn-outverplichting, stelt artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 immers alleen de eis dat de deelneming 'is verkregen tegen' een earn-outverplichting. En dat is en blijft het geval, ook nadat de deelneming is doorverkocht, gevoegd in een fiscale eenheid of bij wege van een juridische fusie is verdwenen.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
17 september 2021

³ Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34 met noot De Vries.

⁴ Hoge Raad 14 oktober 2005, nr. 41275, ECLI:NL:HR:2005:AU0841, BNB 2006/7 met noot De Vries.

⁵ Hoge Raad 11 januari 2013, nr. 12/01616, ECLI:NL:HR:2013:BY0612, BNB 2013/70 met noot Egelie.



Belastingdienst

5.1.2e en 5.1.2f Don, MKB Rotterdam
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

T
M 5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

18 oktober 2021

Ons kenmerk

20-023-0025

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste Marina en 5.1.2e,

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

20-023-0025 Afwaardering vendor loan III (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Inleiding

Datum
18 oktober 2021

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of op de afwaardering van de twee vorderingen A en B de earn-outregeling van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 kan worden toegepast.

Antwoord

Vordering A

De Kennisgroep is van mening dat Vordering A *niet* aan te merken is als een earn-outregeling in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Naar de mening van de Kennisgroep staan doel en strekking van de regeling hieraan in de weg.

Alhoewel naar de letter van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 sprake kan zijn van een earn-out (omvang van de termijnen staat niet vast), is in casu het totale bedrag niet onzeker. Bij vordering A staat namelijk het totale bedrag vast en wordt een zakelijke rente betaald. Op grond van deze feiten is de contante waarde onafhankelijk van de timing van de voldoening van de termijnen en daarmee gelijk aan de nominale waarde.

Aan de hiervoor opgenomen conclusie dat artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 naar de mening van de Kennisgroep niet van toepassing is, kan in de weg staan dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld een dusdanig verhoogd debiteurenrisico. Rekening houdend met de feiten van de voorgelegde casus, kan de Kennisgroep zich echter voorstellen dat de inspecteur tot de conclusie komt dat van dergelijke bijzondere omstandigheden geen sprake is en daarmee de earn-outregeling niet van toepassing is op Vordering A.

Vordering B

De Kennisgroep is van mening dat Vordering B wel aan te merken is als een earn-outregeling in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Volgens de Kennisgroep is namelijk zowel de omvang van het totale bedrag als de omvang van de termijnen onzeker en afhankelijk van de toekomstige resultaten van de deelneming.

Casus*Structuur*

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende structuur uitgegaan:

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
18 oktober 2021

67 Awr

Feiten en omstandigheden

De Kennisgroep is bij het beantwoorden van de vraag van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Onzakelijke lening

Voordat word toegekomen aan de vraag of op de vorderingen de earn-outregeling van toepassing is, stelt de Kennisgroep voorop dat niet uit het oog moet worden verloren dat er ook sprake kan zijn van een onzakelijke lening als met het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico wordt gelopen dat een derde niet zou hebben genomen en de vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van *haar aandeelhouder* te dienen.¹ Het is aan de inspecteur om te bepalen of hiervan in casu sprake is.

Earn-outregeling art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969

De earn-outregeling is opgenomen in artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 regelt de situatie waarin een deelneming of een deel daarvan is vervreemd of verkregen tegen een prijs die bestaat uit één of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat. De waardeveranderingen van dit recht en de daarmee corresponderende verplichting behoren tot de voordelen uit hoofde van een deelneming. Uit de wettekst kunnen derhalve de volgende aspecten worden gedestilleerd:

- I. Er moet sprake zijn van een prijs;
- II. Deze prijs bestaat uit een recht op één of meer termijnen;
- III. Het aantal dan wel de omvang van die termijn(en) staat in het jaar van vervreemding of verkrijging nog niet vast.

Vordering A

Prijs en onverbreekelijke samenhang koopsom en vordering

De Hoge Raad oordeelde in BNB 2018/151 dat het begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen als tegenprestatie wordt verkregen:

¹ Hoge Raad 20 maart 2015, nr. 13/05470, ECLI:NL:HR:2015:645, r.o. 2.3.1 (BNB 2015/141).

"Uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, van de Wet en de hiervoor in 2.4.1 bedoelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt."

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
18 oktober 2021

In dezelfde procedure had het Hof (ECLI:NL:GHARL:2017:4781) vastgesteld dat er een onverbreekelijke samenhang bestond tussen de verkoop en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds. Het Hof kwam tot dit oordeel door rekening te houden met de volgende feiten en omstandigheden:

- de verkoop van de aandelen en de financiering van de koopsom is gelijktijdig tussen kopers en verkopers overeengekomen;
- de voorwaarden van de schuldigerkenning zijn zodanig opgesteld dat overname van die certificaten door de twee personeelsleden mogelijk was;
- in de overeenkomst waarin de verkoop van de aandelen is vastgelegd, is tevens de omzetting van de koopsom in een vordering wegens schuldigerkenning opgenomen; en
- de voorwaarden van die schuldigerkenning zijn eveneens in de koopovereenkomst opgenomen.

Inzake dit oordeel van het Hof oordeelt de Hoge Raad het volgende:

"In het oordeel van het Hof dat een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds, ligt besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst."

De Kennisgroep merkt op dat het aan de inspecteur is om te bepalen of in de door hem voorgelegde casus rekeninghoudende met de feiten en omstandigheden van zijn casus, sprake is van een onverbreekelijke samenhang tussen de verkoop en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering anderzijds. Daarbij zal uiteraard rekening moeten worden gehouden met de hiervoor genoemde maatstaf die door het Hof is aangelegd. Indien sprake is van een onverbreekelijke samenhang, dan is de vordering de tegenprestatie die als 'prijs' in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 geldt.

Vaststaan aantal en omvang termijnen

Ervan uitgaande dat er sprake is van een onverbreekelijke samenhang en de vordering als 'prijs' in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 geldt, komt de Kennisgroep tot het volgende.

De Kennisgroep is van mening dat in casu in beginsel sprake kan zijn van een earn-outregeling. Hoewel uit de geldovereenkomst blijkt dat de omvang van de totale kostprijs op [67 Awr] vaststaat en de lening binnen [67 Awr] moet worden afbetaald, wordt jaarlijks in onderling overleg de hoogte van de aflossingen bepaald in relatie tot het resultaat van de koper. De omvang van de termijnen staat dus niet vast. Dit neemt niet weg dat de Kennisgroep van mening is dat in casu artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 toch niet van toepassing is. Doel en strekking van artikel 13, lid 6, Wet Vpb staat hier namelijk naar de mening van de Kennisgroep aan in de weg.

Kijkend naar de schattingsjurisprudentie constateert de Kennisgroep dat de Hoge Raad spreekt over onzekerheid ten aanzien van het "totale bedrag" (HR 3 maart 1993, [BNB 1993/180](#)) en het "uiteindelijke beloop" van de koopsom (HR 6 maart 1996, [BNB 1996/365](#)). In de memorie van toelichting bij de introductie van de

earn-outregeling komt dit terug als wordt gesproken over een onzeker totaalbedrag en verschillende schattingen:

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
18 oktober 2021

'Dit wetsvoorstel bevat een aanpassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting voor de situatie waarin een deelneming wordt verkocht tegen een zogenoemde earn-outregeling. Dat is een verkoopovereenkomst waarbij de prijs van de deelneming (ten dele) bestaat uit een recht op toekomstige uitkeringen waarvan het totale bedrag onzeker is. Gaan koper en verkoper uit van een verschillende schatting, dan kan dat leiden tot langdurige discussies met de inspecteur. Vanuit de praktijk (zowel de Belastingdienst als het bedrijfsleven) is daarom meermalen aangedrongen op een wettelijke regeling waarbij de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling wordt gebracht. De voorgestelde regeling voorziet daarin.'

In navolging van de hiervoor aangehaalde schattingsjurisprudentie en de parlementaire geschiedenis, kan ook uit het meer recente arrest van de Hoge Raad (BNB 2018/151) worden afgeleid dat de earn-outregeling beoogd langdurige discussies over verschillende schattingen te voorkomen als de totale omvang op voor hand onzeker is:

2.4.1. Indien een (gedeelte van een) deelneming is vervreemd of verkregen tegen een prijs die geheel of ten dele bestaat uit een recht op een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat, behoren volgens artikel 13, lid 6, eerste volzin, van de Wet bij de vervreemder de waardeveranderingen van dat recht en bij de verkrijger de waardeveranderingen van de met dat recht corresponderende verplichting, tot de voordelen uit hoofde van de deelneming. De geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling wijst uit dat de wetgever met de regeling heeft beoogd de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling te brengen teneinde te voorkomen dat koper en verkoper bij de waardering van dat recht van een verschillende schatting uitgaan, met langdurige discussies met de inspecteur tot gevolg.

2.4.2. Uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, van de Wet en uit de hiervoor in 2.4.1 bedoelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als: hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt. Deze uitleg strookt met de doelstelling van de wetgever om waarderingsverschillen te voorkomen in gevallen waarin de totale omvang van de tegenprestatie op voorhand onzeker is. Tot die tegenprestatie behoren alle ter zake van de vervreemding overeengekomen vergoedingen, met inbegrip van een eventueel daarin begrepen bedrag dat als rente zou kunnen worden aangemerkt.

Er is echter – zoals in casu – geen sprake van een onzeker totaalbedrag als een schuldig gebleven koopsom wordt omgezet in een leningsovereenkomst met een zakelijke rente. De contante waarde is dan – onafhankelijk van de timing van de voldoening van de termijnen – gelijk aan de nominale waarde. In dat geval prevaleert de uitleg naar doel en strekking, zodat artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 niet van toepassing is.

Bijzondere omstandigheden

Bijzondere omstandigheden kunnen echter in de weg staan aan de hiervoor opgenomen conclusie dat artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 naar de mening van de Kennisgroep niet van toepassing is op grond van doel en strekking. Naar de mening van de Kennisgroep zou van bijzondere omstandigheden bijvoorbeeld sprake kunnen zijn bij een dusdanig verhoogd debiteurenrisico. De Kennisgroep

kan zich voorstellen dat van een dusdanig verhoogd debiteurenrisico sprake is als zonder *vendor loan* een externe financier – zoals bijvoorbeeld een bank – niet bereid zou zijn geweest de koop van de deelneming onder overigens dezelfde voorwaarden te financieren tegen een vergoeding die niet (in feite) winstdelend is.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
18 oktober 2021.

Het is aan de inspecteur om te beoordelen of in casu afhankelijk van de feiten en omstandigheden sprake is van een dusdanig verhoogd debiteurenrisico. Hoewel dit dus geen aangelegenheid is van de Kennisgroep, kan de Kennisgroep zich voorstellen dat de inspecteur in casu tot de conclusie komt dat geen sprake is van een dusdanig verhoogd debiteurenrisico, waardoor ook langs deze weg geen sprake is van een earn-out. Daarbij acht de Kennisgroep van belang dat 67 Awr

67 Awr

De Kennisgroep wijst er in dit verband nog op dat indien de inspecteur langs deze weg de toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 toch wil invoeren, de bewijslast daarmee ook op de inspecteur rust.

Vordering B

Ten aanzien van vordering B komt de Kennisgroep tot het volgende.

Prijs en onverbreekelijke samenhang koopsom en vordering

De Kennisgroep merkt op dat het aan de inspecteur is om te bepalen of in de door hem voorgelegde casus rekeninghoudende met de feiten en omstandigheden van zijn casus, sprake is van een onverbreekelijke samenhang tussen de verkoop en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering anderzijds. De Kennisgroep kan zich voorstellen dat hiervan sprake is. De Kennisgroep neemt daarbij in acht dat de verkoop en de lening beide van 67 Awr

67 Awr

Vaststaan aantal en omvang termijnen

Ervan uitgaande dat er sprake is van een onverbreekelijke samenhang en daarmee de vordering als 'prijs' in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 geldt, is naar de mening van de Kennisgroep de earn-outregeling van toepassing op vordering B. 67 Awr

67 Awr



Belastingdienst

5.1.2e

per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer

5.1.2e

E-mailadres

5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum

2 november 2021

Ons kenmerk

21-023-0002

Bijlagen

1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0002 Afwaardering vendor loan (13-6)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
2 november 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) is de vraag voorgelegd of in casu het deels kwijtschelden door ^{67 Awr} van de schuldig gebleven koopprijs voor de deelneming ^{67 Awr} een prijsaanpassing is in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969?

Antwoord

De Kennisgroep is van mening dat in casu niet zonder meer sprake is van een prijsaanpassing in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969.

Allereerst is de Kennisgroep van mening dat een prijsaanpassing en een kwijtschelding elkaar uitsluiten. Dit in tegenstelling tot Rechtbank Noord-Holland die een kwijtschelding als prijsaanpassing in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 aanmerkte.

Vervolgens zal aan de hand van de feiten en omstandigheden moeten worden bepaald of er in casu sprake is van een prijsaanpassing of een kwijtschelding. Alhoewel dit een aangelegenheid van de inspecteur is, geeft de Kennisgroep in de beschouwing een aantal overwegingen mee.

Casus

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten en omstandigheden uitgegaan:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing

Inleiding

Voor de toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is in de eerste plaats vereist dat de betreffende lening aangemerkt kan worden als (onderdeel van) de prijs waarvoor de deelneming is verkocht/gekocht. Indien dit het geval is, dient te worden bepaald of er in het jaar van vervreemding c.q. verkrijging sprake is van onzekerheid met betrekking tot het aantal of de omvang van de te ontvangen c.q. te betalen termijnen. Indien hiervan geen sprake is kan (de eerste volzin van) artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 - d.w.z. toepassen van de deelnemingsvrijstelling - toch van toepassing zijn, indien sprake is van aanpassingen van de prijs waartegen de deelneming is vervreemd of verkregen.

Jurisprudentie

In het kader van deze beoordeling zijn in casu zijn Hoge Raad 28 juni 2018¹ en Rechtbank Noord-Holland 26 november 2018² van belang.

HR (BNB 2018/151)

In de casus van dit arrest verkocht een belastingplichtige (verkoper) in 2008 haar deelneming tegen schuldigerkenning van de koopsom. In de verkoopovereenkomst was onder andere bepaald dat de verkoper, ten tijde van het passeren van de akte, afstand zou doen van haar vorderingsrecht op de koper onder de verplichting de koper gelijktijdig aan de verkoper uit hoofde van lening een even groot bedrag schuldig te erkennen. Aldus werd koopsom omgezet in een lening.

In 2012 waardeert de verkoper de vordering uit hoofde van de lening af. Het hof weigerde het afwaarderingsverlies op grond van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. Volgens het hof bestaat een zodanige samenhang tussen de bedongen koopsom, de kwijting daarvan en de lening, dat deze transacties in economische zin als één geheel moeten worden beschouwd. Op grond daarvan beslist het hof dat - gelet op de uit de wetshistorie blijken de ruime strekking van de earnout-regeling - de

¹ ECLI:NL:HR:2018:1019

² Rechtbank Noord-Holland 26 november 2018, nr. AWB_2261, ECLI:NL:RBNHO:2018:10152.

rechten die voortvloeien uit de vordering wegens schuldigerkenning voor de toepassing van deze regeling *op basis van een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie* moeten worden aangemerkt als prijs in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969.

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
2 november 2021

De Hoge Raad stelt allereerst voorop dat uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als *hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt* (zie r.o. 2.4.2.). Deze uitleg strookt volgens de Hoge Raad met de doelstelling van de wetgever om waarderingsverschillen te voorkomen in gevallen waarin de *totale omvang van de tegenprestatie* op voorhand onzeker is. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat in het oordeel van het hof dat een onverbrekelijke samenhang bestaat tussen de transacties, besloten ligt dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegensprestatie heeft verkregen, de vordering uit hoofde van de lening is. Dit oordeel van het hof geeft volgens de Hoge Raad niet een blijk van een onjuiste rechtsopvatting (zie r.o. 2.4.3.).

Rechtbank Noord-Holland 26 november 2018

In Rechtbank Noord-Holland 26 november 2018, nr. AWB 2261, ECLI:NL:RBNHO:2018:10152 komt de rechter tot een vergelijkbare uitspraak. In deze kwestie verkoopt belastingplichtige (verkoper) een deelneming. Tegelijkertijd sluit de koper een achtergestelde lening met de verkoper ter financiering van (een deel van) de koopsom. Na de transacties stellen de koper en de verkochte vennootschap de verkoper aansprakelijk wegens het niet nakomen van afgegeven garanties. Op grond van de schikkingsovereenkomst scheldt de verkoper een deel van de vordering van de achtergestelde lening kwijt. De inspecteur accepteerde dit kwijtscheldingsverlies niet, omdat sprake zou zijn van een niet-aftrekbare prijsaanpassing ex artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. De rechtbank stelt de inspecteur in het gelijk. Volgens de rechtbank volgt uit de bewoording van de *gelijktijdig gesloten koopovereenkomst en overeenkomst van achtergestelde geldlening dat de onderhavige vordering voortvloeit uit de koopovereenkomst en daarom gezien moet worden als tegenprestatie bij de vervreemding van de deelneming*. Gelet op het arrest HR BNB 2018/151 dient de vordering volgens de rechtbank te worden aangemerkt als onderdeel van de prijs ex artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969. De kwijtschelding van een deel van de vordering, zoals overeengekomen in de schikkingsovereenkomst, valt daarom volgens de rechtbank onder de deelnemingsvrijstelling.

Toegepast op de casus

Prijs, onzekerheid en balansgarantie

Op basis van de overwegingen van de Hoge Raad in BNB 2018/151 is de Kennisgroep van mening dat de lening in casu onderdeel uitmaakt van de prijs waartegen de deelneming is vervreemd c.q. verkregen.

Van een earn-out in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is volgens de Kennisgroep echter geen sprake. Uit de koop-/verkoopovereenkomst blijkt namelijk niets over enige onzekerheid met betrekking tot het aantal of de omvang van de te ontvangen c.q. te betalen termijnen.

Voorts is er nog de mogelijkheid van de balansgarantie. Voor zover de Kennisgroep heeft kunnen nagaan zijn er in de koop-/verkoopovereenkomst geen balansgaranties of iets van vergelijkbare aard opgenomen. Dus ook via deze weg is in casu artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 niet aan de orde.

Prijsaanpassing

Toepassing van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969 kan dan alleen nog aan de orde zijn indien sprake is van een aanpassing van de prijs waartegen de deelneming is vervreemd c.q. verkregen.

67 Awr	67 Awr
67 Awr	

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Datum
2 november 2021

De rechtbank lijkt in deze uitspraak in feite te zeggen dat indien een lening onderdeel is van de prijs waartegen de deelneming is vervreemd c.q. verkregen een latere (gedeeltelijke) kwijtschelding van de betreffende vordering te gelden heeft als een prijsaanpassing in de zin van artikel 13, lid 6, Wet Vpb 1969:

"Hiervan uitgaande dient de kwijtschelding van (een deel van) de vordering zoals overeengekomen in de vso van 28 november 2012 aangemerkt te worden als aanpassing van de prijs in de zin van artikel 13, zesde lid, tweede volzin, van de Wet. Anders dan eiseres betoogt, acht de rechtbank niet relevant dat eiseres stelt vanuit crediteursmotieven, waarvoor overigens in de gedingstukken geen steun is te vinden, te zijn overgegaan tot kwijtschelding van de vordering. De crediteurspositie heeft eiseres immers verkregen als gevolg van de vervreemding van de deelneming."

De Kennisgroep merkt allereerst op dat naar de mening van de Kennisgroep een prijsaanpassing en een kwijtschelding elkaar uitsluiten. Er kan alleen iets worden kwijtgescholden dat verschuldigd is. Een prijsaanpassing (in casu: verlaging) betekent juist dat het bedrag van die aanpassing niet langer is verschuldigd. Met andere woorden: indien de prijs is aangepast, is het betreffende bedrag niet langer verschuldigd en valt dat bedrag niet langer kwijt te schelden.

De Kennisgroep neemt de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland dus niet als leidraad. De Kennisgroep vindt deze conclusie van de rechtbank te algemeen. Met de Vakstudie-Nieuws³ is de Kennisgroep namelijk van mening dat bij een aanpassing van het bedrag van de schuld aan de hand van de feiten en omstandigheden zal moeten worden beoordeeld wat het motief van deze aanpassing is geweest (kwijtschelding of prijsaanpassing). Uit de aantekening in Vakstudie-Nieuws bij deze uitspraak van Rechtbank Noord-Holland:

"De kwijtschelding volgt immers niet uit de overeengekomen voorwaarden van de vordering, maar uit een latere (vaststellings)overeenkomst. Ook al zou de vordering moeten worden aangemerkt als onderdeel van de prijs in de zin van art. 13 lid 6 Wet VPB 1969, dan nog zal moeten worden beoordeeld wat het motief was van de kwijtschelding."

Ter verdere ondersteuning kan ook nog de conclusie van AG Wattel bij BNB 2020/169 over de uitspraak van de Rechtbank in die procedure:

"Deze uitkomst lijkt mij juist, maar een deel van de argumentatie dubieus: zou de verkoper werkelijk overwegend uit crediteursmotieven haar vordering deels hebben kwijtgescholden in verband met post-verkoop solvabiliteitsverslechtering bij de debiteur (waarvan echter niet bleek, terwijl ook de contracten een andere kant op wezen), dan zou die strop vermoedelijk geen (vrijgestelde) aanpassing of onderdeel van de prijs zijn geweest, maar een (belast) los daarvan staand zelfstandig resultaat. Kennelijk ging het echter juist om een overeengekomen aanpassing op grond van een balansgarantie, die hoe dan ook – ook vóór 2002 – al onder de deelnemingsvrijstelling viel en sinds 2003 (ook) onder art. 13(6) Wet Vpb".

In casu zal dus aan de hand van de feiten en omstandigheden moeten worden bepaald of er sprake is van een prijsaanpassing of een kwijtschelding. Alhoewel dit

³ V-N 2019/20.11

een aangelegenheid van de inspecteur is, geeft de Kennisgroep de volgende overwegingen mee:

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
2 november 2021

buiten verzoek



Belastingdienst

5.1.2e MKB Hoofddorp
per e-mail

**Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling**

Telefoonnummer
T
M 5.1.2e

E-mailadres
5.1.2e@belastingdienst.nl

Datum
24 december 2021

Ons kenmerk
21-023-0001

Bijlagen
1

Betreft: Vraag aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling

Beste 5.1.2e

Je hebt een vraag gesteld aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling. In de
bijlage tref je het antwoord en de beschouwing aan op deze vraag.

Als je over het antwoord of de beschouwing nog vragen hebt, aarzel dan niet om
contact op te nemen. Mijn contactgegevens staan bovenaan deze brief.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

21-023-0001 Aflopende deelneming en inkoop eigen aandelen (13-16)

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
24 december 2021

Aanleiding

67 Awr

Vraag

Aan de Kennisgroep Deelnemingsvrijstelling (hierna: Kennisgroep) zijn de volgende twee vragen voorgelegd:

- 1) Dienen de door H indirect in haar eigen kapitaal gehouden aandelen fiscaal als geamortiseerd te worden beschouwd?
- 2) Is op sprake van een belang dat M houdt als bedoeld in artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969?

Antwoord

De Kennisgroep is van mening dat in casu de volgende antwoorden kunnen worden gegeven:

- 1) De door H indirect in haar eigen kapitaal gehouden aandelen fiscaal dienen niet als geamortiseerd te worden beschouwd.
- 2) M heeft met de aangeleverde feiten en omstandigheden niet aannemelijk gemaakt dat zij op een belang houdt dat kwalificeert voor toepassing van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969.
Artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 is niet van toepassing, omdat M niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij voor een belang heeft bij de waardeontwikkeling (waaronder het risico van tenietgaan) en de vruchten van de aandelen in het kapitaal van H . Derhalve is niet voldaan aan de eis dat minimaal een jaar een belang moet zijn gehouden waarop in die periode de deelnemingsvrijstelling onafgebroken van toepassing is geweest.

Zelfs indien M aannemelijk maakt dat zij reeds meer dan een jaar een economisch belang houdt waarop door toepassing van de Falconsdoctrine de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is dat – nu dit belang geen deelneming is – onvoldoende om een beroep te kunnen doen op artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969. Dit is slechts anders indien M aannemelijk weet te maken dat zij reeds sinds de volledige economische eigendom heeft bij de nog niet uitgegeven aandelen als dit al mogelijk is.

Casus
Structuur

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
24 december 2021

67 Awr

Feiten en omstandigheden

Bij de beantwoording van de vraag is de Kennisgroep van de volgende feiten, omstandigheden en veronderstellingen uitgegaan:

67 Awr

67 Awr

Beschouwing vraag 1

Inleiding

H 67 Awr heeft in totaal voor 67 Awr aandelen en voor 67 Awr aandelen uitgegeven. Totaal nominaal: 67 Awr Van de aandelen werden er op 67 Awr indirect via M door H zelf gehouden. Als deze aandelen fiscaal als geamortiseerd dienen te worden beschouwd, is het belang van M nooit hoger geweest dan 67 Awr, tenzij deze aandelen als ter tijdelijke belegging ingekocht dienen te worden beschouwd.

Jurisprudentie

In het kader van de beantwoording van deze vraag is het arrest van de Hoge Raad van 14 maart 1979 (BNB 1979/153) en de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 13 december 1977 (BNB 1979/110) van belang.

In BNB 1979/153 was sprake van een situatie waarin M BV een deelneming had in D BV, en D BV tevens aandelen in M BV bezat. De vraag was of de door D BV gehouden aandelen in M BV moeten worden aangemerkt als door M BV indirect in zichzelf gehouden aandelen (antwoord: ja) waarbij voor de dividendbelasting de vraag speelde of deze aandelen als ingetrokken moesten worden beschouwd. De vraag of sprake was van een middellijke inkoop van de onderliggende aandelen van M BV in D BV kwam niet aan de orde.

In casu lijkt echter een andere vraag te spelen dan in BNB 1979/153. De vraag in casu is of de aandelen in de dochter, die door de moeder worden gehouden, als middellijk door de dochter in haar eigen kapitaal gehouden aandelen moeten worden aangemerkt, terwijl in BNB 1979/153 de vraag was of de door de dochter gehouden aandelen in de moeder als door de moeder middellijk in haar eigen kapitaal gehouden aandelen moeten worden beschouwd.

Het voorgaande betekent dat de door H 67 Awr indirect in haar eigen kapitaal gehouden aandelen niet als fiscaal geamortiseerd kunnen worden beschouwd. Alleen de door H 67 Awr gehouden (certificaten van) aandelen in M 67 Awr zijn fiscaal geamortiseerd in de zin van BNB 1979/153. Dit heeft echter geen gevolgen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij M 67 Awr op haar belang in H 67 Awr. Tot het moment van intrekking van de aandelen had M 67 Awr een belang van ten minste 67 Awr in het gestorte aandelenkapitaal van H 67 Awr (vgl. artikel 13, lid 2, onderdeel a, Wet Vpb 1969).

Aangezien de aandelen in het kapitaal van H 67 Awr niet als fiscaal geamortiseerd kunnen worden beschouwd, behoeft de vraag of deze aandelen al dan niet ter tijdelijke belegging zijn ingekocht ex artikel 10c, lid 1, Wet Vpb 1969 verder geen antwoord (BNB 1979/110).

Bronnen

In BNB 1979/153 heeft de Hoge Raad ten aanzien van een middellijke inkoop (in een casus over de dividendbelasting) het volgende geoordeeld:

"(...) dat toch - afgezien van gevallen als die, waarin een naamloze vennootschap, wier aandelen ter beurse zijn genoteerd en dus voor dadelijke wederverkoop vatbaar zijn, eigen aandelen als voorbijgaande belegging heeft verworven - voor een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ingekochte eigen aandelen geen reëel vermogensactief vormen;

dat dit voor een dergelijke vennootschap eveneens geldt in het geval waarin zij niet zelf in het bezit is van haar eigen aandelen doch deze aandelen in het bezit zijn van een dochtervennootschap waarin zij alle aandelen heeft.

dat immers alsdan sprake is van een moedervennootschap die door middel van haar dochtervennootschap aandelen in zich zelf bezit;

dat dit betekent dat, indien een dergelijke dochtervennootschap aandelen in haar moedervennootschap koopt, voor de moedervennootschap de waarde van de deelneming in de dochtervennootschap en diensgevolge het vermogen van de moedervennootschap vermindert met het bedrag dat de dochtervennootschap ter verwerving van de aandelen in de moedervennootschap aan de verkopers van die aandelen betaalt zodat, indien — gelijk te dezen — de koopsommen gedekt worden door in de moedervennootschap aanwezige winst, zich alsdan een vermogensverschuiving als vorenbedoeld voordoet;

dat, in het geval een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid niet alle doch slechts een gedeelte van de aandelen in een andere vennootschap bezit en laatstbedoelde vennootschap aandelen in eerstbedoelde vennootschap koopt, de hierboven bedoelde vermogensvermindering voor eerstbedoelde vennootschap zich eveneens

voordoet doch dan slechts naar evenredigheid van het belang dat eerstbedoelde vennootschap in het aandelenkapitaal van laatstbedoelde vennootschap heeft; dat al het bovenstaande eveneens geldt in het geval waarin niet de aandelen zelf doch aandeelhoudersrechten zoals de onderwerpelijke voorkeursrechten worden gekocht (...)"

Kennisgroep
Deelnemingsvrijstelling

Datum
24 december 2021

Beschouwing vraag 2

Inleiding

Op [67 Awr] zijn [67 Awr] aandelen door H [67 Awr] ingetrokken. Hierdoor daalde het belang van M [67 Awr] in H [67 Awr] tot [67 Awr]. Van belang is of M [67 Awr] op [67 Awr] [67 Awr] reeds een belang had zoals bedoeld in artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969.

Artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 luidt als volgt:

"Indien **een belang** dat de belastingplichtige reeds **meer dan een jaar** houdt en waarvoor hij in die periode onafgebroken in aanmerking kwam voor de deelnemingsvrijstelling, niet langer **als een deelneming** wordt aangemerkt omdat de omvang van het belang niet meer voldoet **aan de voorwaarde van ten minste 5%, bedoeld in het tweede of derde lid**, blijft nog gedurende een periode van drie jaar gerekend vanaf het tijdstip dat niet meer wordt voldaan aan de bedoelde voorwaarde, de deelnemingsvrijstelling van toepassing (...)"

Om bij de verkoop van de [67 Awr] aandelen een geldig beroep op artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 te kunnen doen moet M [67 Awr] op grond van de wettekst aan de volgende voorwaarden voldoen:

- (a) een belang in H [67 Awr] bezitten dat in aanmerking komt voor de deelnemingsvrijstelling
- (b) voor een periode langer dan één jaar op het moment dat de [67 Awr] [67 Awr] aandelen door H [67 Awr] ingetrokken worden op [67 Awr]
- (c) het belang wordt niet langer als deelneming aangemerkt, omdat de omvang van het belang niet meer voldoet aan de voorwaarde van 5%.

Jurisprudentie

HR (BNB 1986/118)
HR (BNB 2003/34)
HR (BNB 2005/54)

Toegepast op de casus

M [67 Awr] heeft met de aangeleverde feiten en omstandigheden niet aannemelijk gemaakt dat zij vóór [67 Awr] (datum levering aandelen) een belang heeft bij de waardeontwikkeling (waaronder het risico van tenietgaan) en de vruchten van de [67 Awr] aandelen in het kapitaal van H [67 Awr]. Derhalve is niet voldaan aan de eis dat minimaal een jaar een belang moet zijn gehouden waarop in die periode de deelnemingsvrijstelling onafgebroken van toepassing is geweest.

Indien toch aannemelijk zou worden gemaakt dat uiterlijk op [67 Awr] een belang is verkregen bij de nog niet uitgegeven aandelen, is relevant dat niet elk belang voldoet aan de eisen van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969.

Uit de wettekst in combinatie met de parlementaire behandeling (zie hierna) volgt dat voor de toepassing van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 vereist is dat sprake is van een aandelenbelang dat een deelneming is geweest (een belang van 5% of meer) en welk belang vervolgens onder de 5% zakt. Bovendien geldt artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 alleen indien de deelneming ten minste één jaar in het bezit was van M [67 Awr] en indien gedurende dat jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing was.

het arrest van de Hoge Raad op 22 november 2002 (BNB 2003/34) zal M^{67 Awr} niet baten aangezien in dit arrest sprake was van een gesplitst belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing werd verklaard. In BNB 2003/34 was dus geen sprake van een deelneming, maar van een belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Indien slechts een belang wordt gehouden waarop de deelnemingsvrijstelling op grond van BNB 2003/34 van toepassing is, is dit niet voldoende voor toepassing van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969. Toepassing van artikel 13, lid 16, Wet Vpb 1969 vereist dat sprake is van een deelneming. Een gesplitst belang waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is derhalve niet voldoende.

Het enige dat M^{67 Awr} mogelijk zou kunnen baten is wanneer zij aannemelijk kan maken dat zij reeds op ^{67 Awr} in een zodanige rechtsverhouding heeft gestaan tot de eigenaar van de aandelen dat haar – en niet de eigenaar van de aandelen – het gehele belang bij de aandelen toekomt (BNB 1986/118). Hierbij zal tevens de vraag dienen te worden beantwoord of een dergelijke rechtsverhouding wel mogelijk is bij nog niet uitgegeven aandelen.

Bronnen

Parlementaire behandeling

Tweede NvW, Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 12, p. 15.

De tweede aanpassing – het voorgestelde veertiende lid – behelst een regeling voor aflopende deelnemingen. De regeling voor aflopende deelnemingen houdt in dat de deelnemingsvrijstelling nog maximaal 3 jaren van toepassing blijft nadat een aandelenbelang dat eerst een deelneming was (een belang van 5% of meer) onder de 5% is gezakt. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van een gefaseerde vervreemding of verwatering van een aandelenpakket. Aangezien het in dergelijke situaties om verschillende redenen niet mogelijk is een deelneming in één keer te vervreemden is het redelijk dat de deelnemingsvrijstelling nog maximaal 3 jaren van toepassing blijft. Als het belang na 3 jaar nog niet geheel is afgebouwd, moet alsnog worden gecompartmenteerd. Ook als het lichaam waarin de aflopende deelneming wordt gehouden in de loop van de 3 jaren wijzigt in een laagbelaste beleggingsdochter, wordt de deelnemingsvrijstelling niet langer toegepast en moet er worden gecompartmenteerd. Deze regeling geldt alleen als de deelneming ten minste 1 jaar in het bezit van de belastingplichtige is geweest en als gedurende dat jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing was.