

Aan- en verkoopkosten

deelnemina



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern g

Kennisgroep deelnemingsvrijstelling

30 september 2016

Voorwoord

In deze handreiking zijn de notitie aankoopkosten met de bijlage inzake het moment van activering uit 2009 en de notitie verkoopkosten uit 2014 samengevoegd en geactualiseerd. Met één notitie hopen we de toegankelijkheid een stuk groter te maken. Vanwege de ontwikkelingen in de laatste jaren was er bovendien grote behoefte aan actualisatie.

Zo leidt de uitspraak van Rechtbank Zeeland – West - Brabant van 27 juni 2013 in de praktijk tot veel discussie. Het hoger beroep tegen de uitspraak van Rechtbank Noord – Nederland van 21 januari 2016 komt in gesprekken eveneens vaak naar voren. De problematiek van de aankoopkosten met betrekking tot de overnameholding is ook steeds actueler geworden. Het WOB verzoek begin dit jaar, naar aanleiding waarvan de notities openbaar zijn gemaakt, heeft aan de belangstelling voor aan- en verkoopkosten bovendien een grote impuls gegeven.

Wij hebben besloten niet met de nieuwe handreiking te wachten tot een arrest van de Hoge Raad meer duidelijkheid zal scheppen. Gelet op alle ontwikkelingen en de vragen uit de praktijk vinden wij het beter nu met een aangepaste notitie te komen.

Deze handreiking is geschreven voor intern gebruik.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik.

Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Allocatie
3. Causaliteit
 - 3.a. Voldoende causaliteit
 - 3.b. Redelijke verwachting
4. Jurisprudentie
 - 4.a. Jurisprudentie aankoopkosten
 - 4.b. Jurisprudentie verkoopkosten
5. Praktijkgevallen/ bijzondere thema's
 - 5.a. Financieringskosten
 - 5.b. No cure no pay
 - 5.c. Overnameholding
 - 5.d. Mislukte acquisities/ Niet doorgesane verkoop
 - 5.e. Samenhang met fiscale eenheid en fusie
 - 5.f. Bewijslast
 - 5.g. Jaarrekeningenrecht.
6. Conclusie



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

1. Inleiding

Vanaf 1 januari 2007, de datum van inwerkingtreding van de Wet werken aan winst (nr. 30 572), luidt artikel 13, lid 1, Wet Vpb als volgt:

"Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling)."

Op basis van deze laatste zinsnede zijn zowel aankoopkosten als verkoopkosten van een deelneming niet aftrekbaar. Tot die datum werden aankoopkosten en verkoopkosten in de wet verschillend behandeld.

Met de Wet werken aan winst kwam een einde aan de aftrekbaarheid van de verkoopkosten. Tot die datum konden ze in mindering worden gebracht van de winst op grond van het arrest HR 19 oktober 1988 (BNB 1989/43). In dit arrest ging het om de vraag of de kosten die in rekening waren gebracht voor het zoeken van een koper voor een binnenlandse deelneming, aftrekbaar waren. De Hoge Raad besliste op grond van de wetsgeschiedenis dat dit het geval was.

Voor de aankoopkosten gold juist dat deze tot 2002 niet aftrekbaar waren. Het arrest HR 24 mei 2002 (BNB 2002/262) betekent echter een breekpunt met het verleden. Tot dat arrest waren aankoopkosten niet aftrekbaar op grond van de arresten uit 1996: onder andere het arrest HR 8 juli 1996 (BNB 1996/368), waarin de Hoge Raad uitdrukkelijk activering had voorgeschreven. In het arrest BNB 2002/262 echter kwam de Hoge Raad hierop terug en bepaalde dat aankoopkosten in aftrek komen op het tijdstip dat deze kosten zijn gemaakt. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat ook reeds geactiveerde aankoopkosten alsnog in het oudste openstaande jaar in aftrek konden worden gebracht.

Met ingang van 1 februari 2005 komen de aankoopkosten echter door een wetswijziging niet langer in aftrek. De wetgever vond de gevolgen van het arrest BNB 2002/262 ongewenst en heeft de wet met terugwerkende kracht aangepast (Wet van 4 november 2004 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 2004, 581, in verband met de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming¹). Gevolg hiervan is dat met ingang van 1 februari 2005 aankoopkosten niet in aftrek kunnen komen, maar geactiveerd moeten worden. De aankoopkosten komen dan via de kostprijs tot uiting in de boekwaarde van de deelneming. Pas bij een liquidatie van de deelneming kunnen deze aankoopkosten eventueel wel in aftrek komen ingevolge artikel 13d Wet Vpb 1969.

Met ingang van 1 januari 2007 heeft de wetgever, net als bij de aankoopkosten, bepaald dat ook de verkoopkosten van de deelneming niet aftrekbaar zijn. De niet aftrekbaarheid van de verkoopkosten lijkt vooral te zijn ingegeven door budgettaire overwegingen. De wetgever heeft er in de toelichting bij de Wet werken aan winst slechts summier aandacht aan besteed en gezegd dat het begrip verkoopkosten analoog aan het begrip aankoopkosten moet worden opgevat.

Hoewel uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat verkoopkosten en aankoopkosten hetzelfde moeten worden behandeld, kunnen in de uitwerking wel verschillen optreden.

De afwijking van de behandeling van aankoopkosten en verkoopkosten kan voortvloeien uit de verschillen in de wijze van activering van aankoopkosten en verkoopkosten.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

maken dan in situaties waarin een deelneming wordt aangeschaft.

Een ander verschil tussen de aankoopkosten en de verkoopkosten is dat goedkoopmansgebruik bij de aankoopkosten belangrijker is. Goedkoopmansgebruik speelt een rol bij de vraag wat geactiveerd kan worden en wat niet. Goedkoopmansgebruik bij de verkoopkosten ziet slechts op de toerekening van de kosten aan de juiste jaren. Het voorzichtigheidsbeginsel en realiteitsbeginsel spelen hierbij een rol.

Hierna zal in paragraaf 2 eerst aandacht worden besteed aan het allocatievraagstuk. In paragraaf 3 behandelen we de causaliteit. Hierbij gaat het in paragraaf 3.a om de vraag of de kosten in rechtstreeks verband staan met de deelneming. Daarna werken we in paragraaf 3.b uit vanaf welk moment er volgens ons sprake is van een redelijke verwachting dat de transactie doorgang vindt waardoor de kosten niet aftrekbaar zijn. In paragraaf 4 wordt de jurisprudentie over de aankoopkosten en verkoopkosten behandeld. In paragraaf 5 behandelen we enkele bijzondere thema's. Tot sluiten eindigen we in paragraaf 6 met een algemene conclusie.

Omdat het begrip verkoopkosten analoog aan aankoopkosten wordt opgevat, is het mogelijk dat - vanwege de leesbaarheid - in het vervolg niet steeds beide soorten kosten worden genoemd, terwijl wel beide soorten worden bedoeld.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

2. Allocatie

Alvorens toe te komen aan de kwalificatie als aan- of verkoopkosten, moet eerst gekeken worden bij welke vennootschap de kosten thuishoren. Op basis van het at arm's length beginsel van artikel 8b Wet Vpb dient elke vennootschap in het concern als een onafhankelijke entiteit te worden beschouwd (zelfstandigheidsfictie) en dienen transacties tussen de gelieerde vennootschappen beoordeeld te worden alsof ze tussen zakelijk handelende derden plaatsvinden. Het is daardoor mogelijk dat de kosten (hieronder valt overigens ook de waarde van verleende diensten), op grond van dit at arm's length beginsel, doorbelast moeten worden aan een andere vennootschap binnen het concern.

Voor de beoordeling van de vraag bij welke vennootschap de kosten thuishoren (waar de kosten dienen te drukken) is de zogenoemde 'benefit-test' van belang. Bij de benefit-test wordt met name gekeken wie er baat heeft bij de activiteiten en/of opbrengsten die de kosten hebben veroorzaakt. Bij een dergelijke analyse is het verstandig om ook goed te kijken naar het motief om de kosten te maken en de vraag wie in het zakelijke (ongelieerde) verkeer dergelijke kosten zou dragen.

Indien de kosten niet aan de (ver-)kopende vennootschap gealloceerd kunnen worden, wordt niet toegekomen aan de vraag of sprake is van aan-/verkoopkosten deelneming. Pas nadat de kosten bij de juiste vennootschap zijn gealloceerd, komt de vraag op of sprake is van aan-/verkoopkosten.

Het antwoord op de vraag bij welke vennootschap en in welke mate de kosten behoren te drukken, ligt primair op het terrein van de Coördinatiegroep verrekenprijzen (CGVP). Zij hebben in hun nieuwsbrieven van oktober 2009 en december 2012 aandacht aan aankoopkosten besteed. In die nieuwsbrieven wordt de mogelijkheid genoemd dat activiteiten met betrekking tot een (voorgenomen) acquisitie als dienst zijn aan te merken. De diensten kunnen immers worden afgenomen van ongelieerde ondernemingen, maar kunnen tevens als concerndienst door een gelieerde maatschappij zijn verricht. In de praktijk vallen de(ze) kosten vaak in eerste instantie bij de moedervennootschap of een concernonderdeel dat zich specifiek met acquisities bezighoudt. De dienstverlenende vennootschap zal voor haar activiteiten en de daarbij gemaakte kosten at arm's length beloond dienen te worden. Dat zal - maar hoeft niet - vaak een aan de gemaakte kosten gerelateerde beloning zijn.

De OECD Transfer Pricing Guidelines besteden in paragraaf 7.6 aandacht aan de vraag of een concerndienst is verricht. Ook in het Verrekenprijsbesluit van 14 november 2013, IFZ 2013/184M wordt in paragraaf 6.1 de vraag behandeld of er binnen concern onderlinge diensten zijn verricht ter zake van een aankoop of verkoop. Volgens het at arm's length beginsel is sprake van een concerndienst als ten behoeve van een concernonderdeel een activiteit wordt verricht die aan dat concernonderdeel economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat concernonderdeel normaliter bereid zou zijn te betalen. Het gaat daarbij niet om activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht. Dit kan bepaald worden door na te gaan of een onafhankelijke onderneming in vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn geweest te betalen voor de activiteit indien deze voor haar was verricht door een onafhankelijke onderneming, of de activiteit zelf in eigen beheer zou hebben verricht.

In de praktijk zien wij regelmatig dat bij aankoop (of verkoop) van deelnemingen de



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik.

de activiteiten voor een gelieerde partij, een (landen)holding, zijn gemaakt en daarom een beloning voor de verrichte activiteiten in rekening moet worden gebracht. Anderzijds is het mogelijk dat een (buitenlands) concern voor een Nederlandse gelieerde houdster een deelneming aanschafft en voor de verrichte activiteiten een beloning in rekening brengt (waardoor het dan niet aftrekbare aankoopkosten zijn).

Voor het antwoord op de vraag of een vergoeding in rekening moet worden gebracht en/of kosten moeten worden doorbelast met of zonder een winstslag verwijzen wij naar de CGVP (zie voor contactpersonen en notities de intranetsite van de CGVP). Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag waar kosten van niet doorgegangene acquisities moeten worden gealloceerd. Het hangt af van de feiten en omstandigheden van een specifieke casus of de met de mislukte acquisitie gepaard gaande kosten doorbelast kunnen/moeten worden.

Het allocatievraagstuk is complex en hangt sterk samen met de waardering van de feiten. In de jurisprudentie komt de allocatievraag onder andere aan de orde in het arrest HR 21 maart 2003 (BNB 2003/222) en in het arrest HR 23 december 1998 (BNB 1999/167).

BNB 2003/222

In BNB 2003/222 was sprake van de verkoop van een deelneming, waarbij de kopende vennootschap had bedongen dat het zittende management van de deelneming zou worden ontslagen. De moedermaatschappij had in verband met dat ontslag twee afkoopsommen betaald. De Hoge Raad oordeelde in dit geval dat de afkoopsommen niet ten laste van de moedermaatschappij konden komen, maar aan de deelneming moesten worden toegerekend. Er was dus geen sprake van verkoopkosten van een deelneming (onder de toenmalige wet nog aftrekbaar), maar de Hoge Raad oordeelde dat de kosten moesten worden aangemerkt als informele kapitaalstortingen van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij.

BNB 1999/167

In BNB 1999/167 (een arrest dat niet over verkoopkosten ging) werd inzake de allocatievraag het onderstaande criterium doorslaggevend geacht.

Een Japanse moedermaatschappij had uitgaven gedaan voor enkele Japanse werknemers van haar Nederlandse dochtermaatschappij. De dochtermaatschappij wilde die betalingen ten laste van haar winst brengen. De Hoge Raad oordeelde dat: *'dit alleen mogelijk is als de dochtermaatschappij ook bij het ontbreken van een aandeelhoudersrelatie deze betalingen met betrekking tot die werknemers zou hebben gedaan.'* In dit arrest acht de Hoge Raad het dus relevant of belanghebbende de uitgaven in overigens vergelijkbare omstandigheden ook voor haar rekening zou hebben genomen. In BNB 2003/222 komt dit criterium niet naar voren maar beperkt de Hoge Raad zich tot de opmerking dat, als salariskosten van werknemers van een dochtermaatschappij worden gedragen door de moedermaatschappij, deze kosten worden beschouwd als informele kapitaalstortingen.

Wij gaan ervan uit dat het criterium uit BNB 1999/167 nog steeds geldt en dat de bewoordingen in BNB 2003/222 te maken hebben met de wijze waarop de procedure is gevoerd en de specifieke omstandigheden van dat geval.

De vraag moet dus worden beantwoord of belanghebbende deze kosten op eigen zakelijke gronden, althans redenen die zijn gelegen buiten haar aandeelhouderschap, ook had willen maken.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

3. Causaliteit

Nadat de juiste allocatie van de kosten is bepaald, is de vervolgvraag of sprake is van aan- /verkoopkosten deelneming. Er is sprake van niet aftrekbare kosten indien de kosten:

- (a) voldoende causaliteit hebben met de beoogde aan- of verkoop, en
- (b) worden gemaakt op een moment dat er een redelijke verwachting is dat de aan- of verkoop doorgang vindt.

3.a Voldoende causaliteit

Er is sprake van voldoende causaliteit als de kosten in rechtstreeks verband staan met de aan- of verkoop van de deelneming. De vraag die hierbij moet worden gesteld, is of de aan- of verkoop van de deelneming er de oorzaak van is dat kosten worden gemaakt.

De parlementaire behandeling van de aankoopkosten² maakt duidelijk wat met dit rechtstreeks verband wordt bedoeld. In de memorie van toelichting wordt in zijn algemeenheid opgemerkt dat alle uitgaven die ertoe dienen een activum functioneel te maken tot de kostprijs van dat activum behoren. De aankoopkosten van een bedrijfsmiddel moeten als dergelijke uitgaven worden aangemerkt en behoren dus tot de kostprijs van het verworven bedrijfsmiddel, aldus de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 3, blz. 7).

Ook voor deelnemingen geldt dat alle uitgaven die ertoe dienen het activum 'deelneming' functioneel te maken, tot de kostprijs behoren. Behalve de koopprijs in ruime zin - dus bijvoorbeeld vermeerderd met verschuldigde optiepremies en verminderd met betalingen ontvangen op grond van balansgaranties - behoort daartoe een grote restpost aan uitgaven die kunnen worden gevat onder de noemer 'kosten ter zake van de verwerving van een deelneming'. Hiertoe worden bijvoorbeeld gerekend advocaatkosten, underwriting fees, beursbelasting, schadevergoedingen en notariskosten (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 3, blz. 11.).

Uit de bewoordingen "*alle uitgaven*" en "*een grote restpost*" valt op te maken dat de wetgever het begrip aankoopkosten (en naar analogie daarmee de verkoopkosten) ruim wenste op te vatten.

NB:

- a. Overigens is de opmerking hiervoor over de underwriting fees in de parlementaire behandeling achterhaald door latere jurisprudentie. In BNB 2008/198, BNB 2009/190 en BNB 2010/34 heeft de Hoge Raad beslist dat kosten van een beursgang, zoals ook de underwriting fees, aftrekbaar zijn.
- b. Wat de opmerking over de optiepremie betreft, wijzen wij op de falconsdoctrine, zie BNB 2003/34.
- c. Betalingen die worden gedaan op grond van balansgaranties zijn op grond van artikel 13, lid 6, Wet Vpb reeds niet aftrekbaar.
- d. Op het item van de schadevergoedingen wordt in punt 5 van deze notitie kort ingegaan.

Voor een deelneming geldt hetzelfde als voor alle (andere) bedrijfsmiddelen: alle kosten die de ondernemer moet maken om het bedrijfsmiddel voor zijn onderneming bedrijfsklaar te



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

van het bedrijfsmiddel. Het uitgangspunt is waardering tegen integrale kostprijs: d.w.z. alle kosten, ook interne en/of indirecte kosten worden geactiveerd, net zoals bij een in eigen beheer voortgebracht bedrijfsmiddel. Reeds in het arrest HR 30 september 1964 (BNB 1966/52) werd beslist dat de verkrijgingskosten van in eigen bedrijf voortgebrachte bedrijfsmiddelen, wat hun aard betreft, dezelfde zijn als de aanschaffingskosten van bedrijfsmiddelen die van derden betrokken worden. In de voortbrengingskosten van in eigen bedrijf vervaardigde of tot stand gebrachte bedrijfsmiddelen moet dan ook het constante deel van de algemene bedrijfskosten begrepen worden. In de aanschaffingsprijzen van bedrijfsmiddelen die van derden betrokken worden, zal immers eveneens een opslag voor constante algemene bedrijfskosten van de leverancier of aannemer zitten.

Hoewel bij verkoopkosten niet kan worden gesproken van uitgaven die geactiveerd moeten worden als kostprijs van een deelneming, biedt de parlementaire toelichting over de aankoopkosten wel een aantal aanknopingspunten om te beoordelen welke kosten in (voldoende) rechtstreeks verband met de deelneming staan om als verkoopkosten deelneming te kunnen worden aangemerkt.

Gelet op de analogie met de aankoopkosten worden alle uitgaven die ertoe dienen de deelneming te verkopen als verkoopkosten beschouwd. In de eerste plaats moet de prijs voor de deelneming sec worden bepaald. Deze opbrengst valt onder de deelnemingsvrijstelling. Alle bijkomende kosten die rechtstreeks verband houden met de verkoop zijn niet aftrekbaar. Gezien de analogie zullen bijvoorbeeld advocaatkosten en notariskosten niet aftrekbaar zijn.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst is opgemerkt dat verkoopkosten ook de interne uitgaven die verband houden met de verkoop van een deelneming kunnen betreffen (Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 54):

"Een nieuw element is om verkoopkosten van deelnemingen voortaan onder de deelnemingsvrijstelling te brengen, net zo als aankoopkosten daar reeds onder vallen. Het begrip verkoopkosten moet analoog aan het begrip aankoopkosten worden opgevat. Dat betekent dat verkoopkosten naast de interne uitgaven die verband houden met de verkoop van een deelneming, ook uitgaven als advocaatkosten, schadevergoedingen en notariskosten kunnen betreffen."

In de praktijk leidt de niet-aftrekbaarheid van interne kosten tot veel discussie. Dit zijn kosten – zo wordt gesteld – die het bedrijf toch moet maken, ook al wordt er geen deelneming aangekocht. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de kosten van een interne afdeling die zich met fusies en acquisities bezighoudt, maar ook aan de salariskosten van de werknemers die zich met name hebben ingespannen om de deelneming aan te kopen. Omdat interne kosten toch moeten worden gemaakt, is het standpunt van adviseurs (vaak) dat deze kosten niet in een specifiek geval kunnen worden aangemerkt als niet-aftrekbare aankoopkosten van een deelneming. Ook in de literatuur wordt dit verdedigd (zie bijvoorbeeld Van der Vugt/Marres, FED 1999/269). Iets genuanceerder is Martens in zijn FED brochure van 2011 waarin hij op bladzijde 89 schrijft:

"Twijfel kan erover bestaan of tot de te activeren aankoopkosten te rekenen zijn die kosten, die ook zouden zijn gemaakt indien in enig jaar geen deelneming zou zijn verworven. Een voorbeeld hiervan zijn de salariskosten van het personeel van de moedermaatschappij die ook zouden zijn gemaakt indien geen deelneming zou zijn verworven. Deze kosten staan mogelijk in een te ver verwijderd verband tot de aankoop van de deelneming, om ze – in de door mij bepleitte restrictieve uitleg – tot de aankoopkosten te rekenen. Tot de categorie aankoopkosten kunnen wél kosten worden gerekend die voortvloeien uit de voorbereiding van de aankoop van de deelneming."



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

kan worden dat ook een deel van de interne kosten in rechtstreeks verband staat - of althans kan staan - met de aan- of verkoop. Het is immers de integrale kostprijs van de deelneming die moet worden geactiveerd. In de parlementaire toelichting zijn bovendien ten aanzien van de verkoopkosten uitdrukkelijk de interne uitgaven genoemd.

Wij vragen wel aandacht voor het feit dat het niet altijd eenvoudig is de omvang vast te stellen van de interne kosten die als niet aftrekbare kosten kunnen worden aangemerkt. Bij het in aanmerking nemen van interne kosten wordt in de praktijk vaak een praktische verdeelsleutel gehanteerd. Bijvoorbeeld een verdeling op basis van uren of een opslag op de externe kosten.

Kosten die in een te ver verwijderd verband tot de deelneming staan, dienen niet te worden geactiveerd als aankoopkosten en kunnen evenmin als verkoopkosten deelneming worden aangemerkt. In de praktijk zullen bepaalde kostencategorieën makkelijker aan de aan- of verkoop te linken zijn dan andere kostencategorieën. Bemiddelingskosten die worden betaald om de deelneming te kunnen verkopen of die in verband met de aankoop worden betaald, zullen bijvoorbeeld weinig twijfel op roepen. Zie in dit verband het arrest HR 8 juli 1996 (BNB 1996/368). In dit arrest ging het om een bemiddelingsvergoeding die belanghebbende voor de aankoop van een deelneming aan de bank had betaald. In geschil was of deze vergoeding tot de aanschaffingskosten van de deelneming moest worden gerekend. De Hoge Raad oordeelde dat, als een belastingplichtige een deelneming verwerft, de op de verwerving drukkende kosten - zoals de onderhavige bemiddelingskosten - tot de kostprijs van die deelneming behoren.

Wij merken voorts op dat kosten ook een gemengd karakter kunnen hebben met als gevolg dat deze kosten deels aan de aankoop moeten worden gerelateerd en deels aan een andere categorie. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het maken van kosten die samenhangen met de aankoop van de deelneming en met de benodigde financiering voor de aankoop.

Wij willen nog de aandacht vragen voor bonussen. Dit is in de praktijk een veelvoorkomend discussiepunt. Ter toelichting een voorbeeld.

Voorbeeld

M verkoopt deelneming X voor een hoog bedrag. Omdat de verkoop goed gelukt is, betaalt M een bonus aan directieleden van deelneming X vanwege hun bijdrage aan het verkoopproces (succesfee).

De eerste vraag is bij welke vennootschap de kosten gealloceerd dienen te worden: bij de verkoper M of bij de deelneming X? Daarbij komen onder meer de volgende vragen op:

- Wat is het motief om de kosten te betalen?
- Welke vennootschap heeft een zakelijk belang om de bonus te betalen?
- Zou M de kosten ook willen dragen indien zij geen aandeelhouder van X was (maar in een andere zakelijke relatie stond)?

Indien de kosten gealloceerd dienen te worden bij de verkopende vennootschap M is de volgende vraag of sprake is van niet aftrekbare kosten.

Het antwoord op de vragen is sterk afhankelijk van de feiten en kent diverse nuanceringen. Wij geven het advies om bij substantiële bonussen contact op te nemen met de VTA en zo



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

Naar aanleiding van dit voorbeeld willen wij wijzen op de passage van Martens in zijn FED brochure van 2011 waar hij op bladzijde 90-91 aandacht besteedt aan BNB 2003/222 en aan de conclusie van de Hoge Raad dat de kosten in dat geval bij de dochtermaatschappij thuishoorden. Hij merkt daarbij op dat het anders kan liggen bij een fusiebonus die hij als verkoopkosten van een deelneming aanmerkt.

"De redenering van de Hoge Raad in dit arrest (BNB 2003/222) zal ook hebben te gelden voor ontslagkosten bij aankoop van een deelneming. Aan een informele kapitaalstorting kan slechts worden toegekomen indien deze kosten aan de dochtermaatschappij gealloceerd dienen te worden, terwijl de moedermaatschappij deze kosten op grond van haar positie als aandeelhouder voor haar rekening heeft genomen. Het ware overigens wel fraaier als de Hoge Raad wat meer tekst had gewijd aan zijn motivering waarom deze kosten niet thuishoren bij de moedermaatschappij. Mogelijk is dat omdat de moedermaatschappij handelt in haar hoedanigheid van orgaan van de dochtermaatschappij (namelijk als algemene vergadering van aandeelhouders, in die hoedanigheid bevoegd de directie te ontslaan); de kosten horen vanuit die optiek dan ook bij de dochtermaatschappij thuis. Anders ligt dit wellicht met betrekking tot een 'fusiebonus' die de verkopende aandeelhouders uit eigen hoofde uit de verkoopopbrengst uitkeren aan de werknemers van de verkochte vennootschap, zij het dat deze kosten onder de aftrekbeperking van verkoopkosten deelnemingen, die met ingang van 1 januari 2007 van kracht is, bij de verkoper niet langer aftrekbaar zijn."

Tot slot nog twee opmerkingen:

- Allereerst is het irrelevant of een betaling door een vennootschap bij een werknemer of een dienstverlener tot belaste inkomsten leidt. De wetgever heeft expliciet een bepaald type kosten van aftrek uitgesloten. Niet de belastbaarheid bij de ontvangende kant is van belang, maar de causaliteit van de kosten met de aankoop of verkoop.
- Ten tweede merken wij hier op dat in paragraaf 4.b recente jurisprudentie aan bod komt, waarbij twee rechtbanken in onze optiek een onjuiste maatstaf hebben aangelegd met betrekking tot de causaliteit.

3.b Redelijke verwachting

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.

Een vast omslagpunt wanneer er sprake is van een redelijke verwachting is overigens niet te geven. Iedere casus vergt zijn eigen feitelijke beoordeling waarbij het moeilijk is standaardfasen te onderscheiden omdat ieder aankoop- of verkoopproces anders is.

In zijn algemeenheid merken wij op dat de aan- of verkoop niet (nagenoeg) zeker hoeft te zijn om de kosten van aftrek uit te sluiten. Dit wordt in de literatuur wel gesteld. Zie bijvoorbeeld De Vries in 'Aankoop- en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen' (WFR 2009/85). Wij komen daarop bij de verschillende 'bronnen' voor onze opvatting nog terug en zullen op het einde van deze paragraaf het zogenoemde boorputarrest HR 12 april 1995 (BNB 1995/180) separaat behandelen.

Indien er sprake is van een redelijke verwachting dat de transactie doorgang vindt, zijn de



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

in overeenstemming met de bepalingen van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, als onderdeel van de totale verkrijgingsprijs van de deelnemingen aangemerkt.

5.3. Bij andere bedrijfsmiddelen dan deelnemingen maken kosten als de onderhavige volgens vaste jurisprudentie onderdeel uit van de kostprijs van die bedrijfsmiddelen.”

Door aan te sluiten bij het voorbereiden van de onderhandelingen gaat het Hof in onze optiek uit van een redelijke verwachting. In ieder geval biedt het oordeel geen steun voor de opvatting dat het criterium ‘nagenoeg zeker zijn’ juist is. De feiten bevatten namelijk geen enkele aanwijzing dat bij het voorbereiden van de onderhandelingen de aankoop al nagenoeg zeker was. Daarentegen zal in het stadium van onderhandelen de aankoop doorgaans wel redelijkerwijs te verwachten zijn.

HR 2 maart 1994 (BNB 1994/164):

In dit arrest ging het om proceskosten die belanghebbende had moeten maken om een uitbreiding van de deelneming te realiseren.

“4.2. Het Hof heeft geoordeeld dat de vorenvermelde proceskosten behoren tot de uitgaven die zijn gedaan ten einde uitbreiding van de deelneming in B Inc. te realiseren, dat deze uitgaven zijn gedaan in rechtstreeks verband met de uitbreiding van de deelneming, en dat zij op die grond een onderdeel van de kostprijs van de deelneming vormen en als zodanig dienen te worden geactiveerd.

Tegen dit oordeel keert zich middel a. Het strekt ten betoge dat bedoelde kosten werden opgeroepen door de omstandigheid dat B Inc. via gerechtelijke procedures wilde verhinderen dat een door belanghebbende gedaan bod op aandelen in deze vennootschap gestand kon worden gedaan, dat de daardoor voor belanghebbende opgeroepen kosten niet behoren tot de kosten die men moet maken om een bedrijfsmiddel te verkrijgen, dat zij immers niets toevoegen aan de waarde van de deelneming, niet voortvloeien uit de specifieke omstandigheden waarin belanghebbende verkeerde, niet zijn gemaakt met het oog op het ter beschikking krijgen van de deelneming, onvoorzienbaar waren, en niet noodzakelijk waren om de deelneming te verwerven.

Het middel faalt. De door het Hof vastgestelde feiten laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat de proceskosten behoorden tot de kosten die belanghebbende heeft moeten maken ten einde de door haar beoogde verwerving van de uitbreiding van de deelneming te verwezenlijken. Zodanige kosten dienen, anders dan het middel betoogt, te worden gerekend tot de aanschaffingskosten van de deelneming.

In dit arrest is beslist dat de proceskosten moeten worden geactiveerd. Wederom geldt dat ten tijde van het maken van dergelijke proceskosten een verwerving redelijkerwijs te verwachten kan zijn, maar normaliter niet nagenoeg zeker zal zijn: er is immers een procedure nodig om het belang te kunnen verwerven.

Jaarrekeningenrecht

Naast de parlementaire behandeling en de jurisprudentie geven ook de bedrijfseconomische opvattingen steun aan het criterium ‘redelijke verwachting’. Goedkoopmansgebruik sluit in beginsel aan bij die opvattingen. Dit is anders indien dit zou strijden met een wettelijke bepaling dan wel met de algemene opzet of een beginsel van een belastingwet. Zie daartoe het standaardarrest HR 8 mei 1957 (BNB 1957/208).

In de Richtlijn voor de Jaarverslaggeving (RvJ) is onder meer het volgende opgenomen:



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

RvJ 115.109.

"... Bij de beoordeling of sprake is van een belangrijke verandering in de economische realiteit dient te worden uitgegaan van die economische voordelen en risico's die zich naar waarschijnlijkheid in de praktijk zullen voordoen, en niet op voordelen en risico's waarvan redelijkerwijze niet te verwachten is dat zij zich voordoen."

RvJ 214.305

"De verkrijgingprijs dient te worden gesteld op het geldbedrag of equivalent daarvan dat overeengekomen is voor de deelneming, dan wel de reële waarde (op het moment waarop overeenstemming over de ruilverhouding is bereikt) van de andere tegenprestatie die door de deelnemende rechtspersoon wordt verstrekt in ruil voor het kapitaalbelang in de deelneming, vermeerderd met eventuele kosten die direct toerekenbaar zijn aan het verkrijgen van de deelneming."

Deze passages duiden erop dat de bedrijfseconomische opvattingen uitgaan van activering indien waarschijnlijk is dat de kosten in de toekomst nog tot enig nut leiden. Dit is normaliter het geval indien de deelneming waarschijnlijk wordt verworven.

Opmerking verdient verder dat in de fiscale jurisprudentie de term 'redelijke verwachting' niet eenduidig gekwantificeerd is. Ieder geval vergt een nauwkeurige beoordeling van feiten en omstandigheden. Welke stappen heeft een potentiële koper gezet teneinde een deelneming te verwerven? Naarmate dit meer en concretere stappen zijn, zal zijn verwachting dat hij de deelneming koopt, stijgen.

Naar onze mening kan er ook sprake zijn van een redelijke verwachting als meerdere gegadigden zijn voor een bepaalde deelneming. Exclusiviteit - zoals door adviseurs wel wordt verdedigd - is geen voorwaarde om van een redelijke verwachting te kunnen spreken. Als er bijvoorbeeld twee andere gegadigden zijn, hoeft dat niet in te houden dat elke koper een redelijke verwachting van 33% heeft. Dit hangt in een concreet geval weer af van de stappen en gedragingen van een bepaalde koper. Hieronder volgt een voorbeeld om dit te verduidelijken.

Voorbeeld

Holding BV wil deelneming X BV verkopen. Holding BV benadert daarvoor een bureau met de opdracht een koper te zoeken die het bedrijf kan voortzetten en een eerlijke prijs biedt. In het daaropvolgende proces is een aantal fases te onderscheiden. Er wordt een bedrijfswaardering gemaakt en er worden diverse haalbaarheidsstudies gemaakt. In dit stadium zal een verkoop nog allerminst zeker zijn.

Vervolgens vinden gesprekken plaats met potentiële kopers, er zijn biedingen die worden beoordeeld en due diligence onderzoeken vinden plaats. De verwachting dat de deelneming wordt verkocht, is in dit stadium al concreter. Vanzelfsprekend hangt het van de concrete casus af of er sprake is van een redelijke verwachting waardoor vanaf dat moment de kosten niet meer aftrekbaar zijn. Het due diligence onderzoek is wel een belangrijke aanwijzing dat vanaf dat moment er een redelijke verwachting is. Een dergelijk onderzoek brengt over het algemeen veel kosten met zich mee, dus daartoe besluit men niet zo maar. Een due diligence vereist van de verkopende partij ook veel openheid van zaken hetgeen men ook niet lichtvaardig zal geven.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

vaak over gaan of op het moment dat de kosten worden gemaakt de redelijke verwachting dat de deelneming verkocht gaat worden, voldoende is om tot niet aftrekbaarheid te concluderen.

Redelijke verwachting vs (nagenoeg) zeker

De advieswereld stelt zich vaak op het standpunt dat een redelijke verwachting niet voldoende is, maar dat het (nagenoeg) zeker moet zijn dat de aan- of verkoop doorgaat. Pas vanaf dat moment zouden de kosten een voldoende causaal verband met de deelneming hebben en activering geboden zijn voor de aankoopkosten. Vanwege de analogie met de aankoopkosten neemt de advieswereld ook voor de verkoopkosten het standpunt in dat de verkoop (nagenoeg) zeker moet zijn. De advieswereld baseert zich met name op het zogenoemde boorputarrest HR 12 april 1995 (BNB 1995/180) en het artikel van De Vries 'Aankoop- en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen' (WFR 2009/85).

Wij zijn het met die visie niet eens. Uit de hiervoor in paragraaf 3.b aangehaalde parlementaire behandeling, jurisprudentie en jaarrekeningenrecht, menen wij voldoende argumenten te hebben voor onze opvatting dat een redelijke verwachting voldoende is. Wij zullen niettemin nog kort ingaan op het betreffende arrest en het artikel van De Vries.

De Vries noemt onder andere het boorputarrest (BNB 1995/180) als een argument voor zijn stelling dat de aanschaf van de deelneming (nagenoeg) zeker moet zijn om tot activering van aankoopkosten over te moeten gaan. In zijn artikel haalt hij de volgende passage aan:

"Van de kosten voor de opsporing van olie- of gasvoorraden is ten tijde dat zij worden gemaakt onzeker, of zij tot enig positief resultaat zullen leiden. Dit brengt mee dat, zolang niet moet worden aangenomen dat een bepaalde boring zal worden gevolgd door de winning van olie of gas uit het reservoir waarvan het bestaan of de omvang door middel van die boring wordt onderzocht, goed koopmansgebruik niet ertoe dwingt de kosten te activeren teneinde deze toe te rekenen aan de winning van olie of gas in latere jaren. Er is geen reden om hierover anders te oordelen met betrekking tot de kosten van een exploratieboring waarbij olie of gas wordt aangetoond, aangezien ook voor deze kosten ten tijde dat zij worden gemaakt niet kan worden voorzien of zij in de toekomst tot opbrengsten zullen leiden".

Volgens De Vries zit het belang van het arrest hierin dat de Hoge Raad het antwoord op de vraag of bepaalde kosten direct in aftrek komen dan wel moeten worden geactiveerd, wordt beoordeeld aan de hand van de feiten ten tijde van het maken van deze kosten. De Hoge Raad acht volgens De Vries niet de toestand per het einde van het boekjaar beslissend.

De Vries bepleit op basis van het arrest vervolgens dat goed koopmansgebruik niet verplicht de uitgaven te activeren als aankoopkosten c.q. kostprijs deelneming indien ten tijde van het doen van de uitgaven onzeker is of deze uitgaven tot een daadwerkelijke aanschaf van een deelneming zullen leiden. Het (eventuele) latere succes brengt daarin volgens De Vries geen verandering.

Wij menen dat BNB 1985/180 voor de beantwoording van de vraag vanaf welk moment aankoopkosten moeten worden geactiveerd niet relevant is:

A. In dat arrest gaat het namelijk om de vraag of, en zo ja vanaf welk moment uitgaven als kosten moeten worden geactiveerd. Bij een deelneming gaat het niet om een transitorische actiepost, maar om een bedrijfsmiddel dat tegen de integrale kostprijs geactiveerd dient te



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

feitelijk oordeel van het Hof dat activering in dat geval niet geboden is in stand.

De Vries noemt ook het zogenoemde filmscriptarrest HR 23 juni 1999 (BNB 1999/320), citeert de hiervoor in paragraaf 3.b weergegeven rechtsoverweging 4.3 en schrijft vervolgens:

"Wordt dit arrest getransponeerd naar de thans aan de orde gestelde problematiek, dan dient beoordeeld te worden wanneer de verwachting ontstaat dat daadwerkelijk een deelneming zal worden verworven en dat alleen de vanaf dat tijdstip gemaakte kosten moeten worden geactiveerd als aankoopkosten."

De Vries motiveert niet het gebruik van het woord 'daadwerkelijk' noch de inhoudelijke betekenis van die toevoeging. Naar onze mening brengt hij hier een eis in die zwaarder is dan de Hoge Raad in het arrest heeft gesteld.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

4. Jurisprudentie

4.a Jurisprudentie aankoopkosten

In onderstaande beslissingen is wel sprake geweest van aankoopkosten.

- Bemiddelingskosten (provisie tussenpersoon); arrest HR 8 juli 1996 (BNB 1996/368).
- Belasting bij verwerving (zogenoemde 'droit d'enregistrement'; arrest HR 10 september 1997 (BNB 1997/355).
- Proceskosten in verband met uitbreiding van een deelneming; arrest HR 2 maart 1994 (BNB 1994/164).
- Schadevergoeding aan commissarissen; arrest HR 10 februari 1965 (BNB 1965/81).
- Bankierskosten, accountantskosten, advieskosten en advocaatkosten; uitspraak Hof Amsterdam 16 april 1996 (VN 1996/3917).
- Kosten (van een gevoegde dochtermaatschappij) als gevolg van garantstelling voor normale voortzetting activiteiten van de deelneming; uitspraak Hof Amsterdam 31 augustus 1998 (VN 1999/56.14).
- Beursbelasting en aankoopprovisie; arrest HR 24 mei 2002 (BNB 2002/262).
- Afkoopsom van een put/callarrangement; arrest HR 13 oktober 1999 (BNB 2000/21).

In de hierna genoemde beslissingen was geen sprake van een rechtstreeks verband tussen de verwerving van de deelneming en de kosten.

- Toename contante waarde schuld ter financiering koopsom van een buitenlandse deelneming; arrest HR 19 december 1979 (BNB 1980/46).
- Orgaankosten inzake kapitaalsbelasting ter zake van uitgifte van aandelen ter verwerving van een deelneming; arrest HR 2 maart 1994 (BNB 1994/164), waarin de Hoge Raad overwoog:

"De uitgaven voor kapitaalsbelasting behoren, gelijk ook het Hof in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 1992, BNB 1992/170, heeft geoordeeld, tot de bedrijfskosten welke eigen zijn aan de rechtsvorm van belanghebbende. Deze kosten hebben primair betrekking hebben op het bestaan van belanghebbende als rechtspersoon; zij zijn afhankelijk van de omvang van het kapitaal en niet van de wijze waarop het kapitaal zal worden aangewend. Dit brengt mee dat deze kosten niet op zodanige wijze verband houden met bepaalde door belanghebbende te behalen voordelen, dat zij aan die voordelen kunnen worden toegerekend. Het brengt tevens mee dat, mede gezien hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest van 28 september 1966, BNB 1967/1, de kosten niet bepaaldelijk verband houden met de winst van enig boekjaar".

- De kosten van een beursgang en de investor relations costs; arrest HR 1 april 2005 (BNB 2005/224), waarin de Hoge Raad overwoog:

"Deze kosten houden geen zodanig verband met bepaalde door belanghebbende uit haar deelnemingen te behalen voordelen dat zij aan die voordelen kunnen worden toegerekend, en zij kunnen mitsdien niet worden aangemerkt als kosten welke verband houden met de deelneming, als bedoeld in artikel 13, lid 4, van de Wet."



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

Rechtbanken Zeeland-West-Brabant en Gelderland

In de uitspraken van 2013 hebben deze rechtbanken het begrip 'verkoopkosten' zeer eng geïnterpreteerd. In deze uitspraken wordt als criterium gehanteerd dat onder verkoopkosten slechts die uitgaven vallen die moeten worden gedaan om de verkoop en de levering van de deelneming te verwezenlijken. In onze visie is die uitleg of interpretatie niet juist. Wij zijn van mening dat genoemde overwegingen van de rechtbanken niet tot richtsnoer genomen moeten worden bij de beoordeling of sprake is van verkoopkosten.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Op 27 juni 2013 heeft Rechtbank Zeeland-West-Brabant uitspraak gedaan (Procedurenummer AWB 13/ 568, VN 2013/49.12) in een zaak waarin door de Belastingdienst was gesteld dat sprake was van verkoopkosten deelneming. De Rechtbank citeert eerst de passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet werken aan winst waarin is opgemerkt dat het begrip 'verkoopkosten' analoog aan het begrip 'aankoopkosten' moet worden opgevat. Vervolgens neemt de Rechtbank het arrest HR 2 maart 1994 (BNB 1994/164) inzake aankoopkosten als uitgangspunt. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de proceskosten in die zaak *"behoorden tot de kosten die belanghebbende heeft moeten maken ten einde de door haar beoogde verwerving van de uitbreiding van de deelneming te verwezenlijken."*

De Rechtbank leidt uit dat arrest af dat *"aankoopkosten uitgaven zijn die in directe samenhang met de verwerving van een deelneming moeten worden gemaakt en daarvoor noodzakelijk zijn"*. Vervolgens stelt de Rechtbank dat - gelet op de opmerking in de parlementaire geschiedenis dat het begrip 'verkoopkosten' analoog aan het begrip 'aankoopkosten' moet worden opgevat - dezelfde redenering geldt voor de kosten van vervreemding. Onder verkoopkosten vallen daarom slechts die uitgaven die moeten worden gedaan om de verkoop en levering van de deelneming te verwezenlijken. Het begrip 'verkoopkosten' dient volgens de Rechtbank dus beperkt te worden uitgelegd.

In deze concrete casus oordeelt de Rechtbank op basis van de feiten dat er weliswaar enig verband is met de verkoop, maar dat niet kan worden gezegd dat er sprake is van kosten die belanghebbende heeft moeten maken om de vervreemding te verwezenlijken. Helaas is tegen deze uitspraak van Rechtbank Breda geen hoger beroep ingesteld. Uit het ontbreken van hoger beroep mag echter niet worden afgeleid dat wij het eens zijn met de uitspraak, hetgeen wij onderstaand nog toelichten.

Rechtbank Gelderland

Op 22 augustus 2013 heeft ook Rechtbank Gelderland uitspraak gedaan over verkoopkosten van een deelneming (Procedurenummer AWB 12/ 423, VN 2013/57.18). Deze rechtbank volgt (nagenoeg) dezelfde redenering als Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De uitkomst is anders, omdat Rechtbank Gelderland op basis van de feiten oordeelt dat de kosten wel in noodzakelijk verband staan met de verkoop van de deelneming.

Naar onze mening zijn deze beide uitspraken dus niet juist. Wij zijn van mening dat de kosten (voldoende causaal of een rechtstreeks) verband dienen te houden met de verkoop van de deelneming. Voor het vaststellen van die causaliteit is het echter niet nodig dat die kosten moeten worden gemaakt, in de zin dat deze kosten noodzakelijk zijn:

- De wettekst en de wetsgeschiedenis bieden daarvoor naar onze mening geen (enkel)



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

te leggen. In de casus bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant betrof het een betaling aan een betrokken adviseur aan wie na de verkooptransactie onverwacht en onverplicht € 1.400.000 werd gegund. Indien belanghebbende de verkoop ook had kunnen doen zonder deze kosten te maken, betekent dat naar onze mening niet dat de kosten geen verband houden met de verkoop indien de onderneming ervoor kiest de kosten wel te maken.

Rechtbank Noord-Nederland

Op 21 januari 2016 heeft Rechtbank Noord-Nederland uitspraak gedaan (Zaaknummer LEE 14/3447, NTFR 2016/1273) over verkoopkosten deelneming. Vanwege het naderen van de pensioengerechtigde leeftijd van de middellijk aandeelhouder van Holding X BV besloot zij in 2006 samen met haar aandeelhouders naar een koper uit te gaan kijken voor haar deelnemingen. In 2007 werd een adviesbureau ingeschakeld om de verkoop te begeleiden. Het externe verkooptraject startte begin 2008 en vanaf half 2008 zijn potentieel geïnteresseerde kopers daadwerkelijk benaderd. In augustus 2008 is het due diligence onderzoek aangevangen. Vanaf eind december zijn de verkopers doorgegaan met één geïnteresseerde partij. Die partij heeft in april 2009 niet de deelnemingen van Holding X BV gekocht, maar de aandelen van Holding X BV. Alle kosten van het verkooptraject –waaronder kosten van de oriënterende fase– zijn door Holding X BV ultimo 2008 pro rata doorbelast aan haar aandeelhouders, waaronder belanghebbende.

De Rechtbank bepaalt dat sprake is van niet aftrekbare verkoopkosten indien er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de kosten en de vervreemding van de deelneming. Vervolgens oordeelt de Rechtbank dat vanaf het moment dat potentieel geïnteresseerde partijen concreet zijn benaderd voor de overname van de desbetreffende deelneming (vanaf 1 juli 2008) de kosten zijn aan te merken als niet aftrekbare kosten. De kosten die zijn gemaakt in de periode daarvoor hebben betrekking op oriënterende activiteiten en zijn van meer voorbereidende aard. Volgens de Rechtbank staan ze daarmee niet in rechtstreeks oorzakelijk verband met de vervreemding van de deelneming.

In deze procedure was de allocatie van de kosten niet in geschil. Beide partijen waren van mening dat de kosten juist waren doorbelast aan belanghebbende. De stelling van de inspecteur dat het doorbelasten ultimo 2008 er in deze casus toe zou moeten leiden dat er voor het gehele bedrag sprake was van verkoopkosten, wordt door de rechtbank niet besproken (zie paragraaf 5 waar we hier nader op ingaan). Ten tijde van het doorbelasten van deze kosten aan belanghebbende was er immers –bezien vanuit belanghebbende– een causaal verband en was er geen sprake meer van een oriënterende fase, maar was sprake van een redelijke verwachting dat de verkoop doorgang zou vinden.

Uit deze uitspraak van Rechtbank Noord-Nederland blijkt dat voor het aanmerken van verkoopkosten het niet relevant is of er meerdere partijen bieden. De stelling van belanghebbende dat eerst sprake is van een voldoende causaal verband als de onderhandelingen met één partij worden voortgezet, is niet gehonoreerd. Vanuit de verkoper bezien, lijkt het ons duidelijk dat ingeval er meerdere partijen zijn dit de redelijke verwachting dat de deelneming wordt vervreemd niet kleiner maakt en mogelijk zelfs vergroot.

Zoals reeds eerder vermeld, is naar onze mening exclusiviteit evenmin een voorwaarde bij de aankoopkosten. Ook ingeval er meerdere potentiële kopers zijn, kan er voldoende causaal verband zijn tussen de kosten en de deelneming om bij een potentiële koper te stellen dat



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

verwijderd.

Evenals belanghebbende heeft ook de inspecteur hoger beroep aangetekend tegen deze uitspraak. De Rechtbank geeft onvoldoende inzicht in haar gedachten over het criterium van de 'redelijke verwachting' en over de toepassing van dat criterium in casu, in het bijzonder omdat alle kosten bij belanghebbende pas opkwamen in december 2008 (!), dus op een moment dat de verkoop redelijkerwijs te verwachten was en van enige toerekening van kosten aan een oriënterende fase geen sprake kon zijn.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

5. Praktijkgevallen/ bijzondere thema's

In zijn algemeenheid geldt dat van sommige kosten het rechtstreeks verband met de aan- of verkoop aanzienlijk duidelijker zal zijn dan van andere kosten. Bemiddelingskosten bijvoorbeeld en notariskosten leveren meestal weinig problemen op ten aanzien van het causaliteitsvraagstuk.

Van een redelijke verwachting is doorgaans in ieder geval sprake in de volgende situaties:

- vanaf het moment dat opdracht wordt gegeven tot een due diligence onderzoek;
- vanaf het moment van een intentieverklaring tot overname;
- vanaf het moment dat er bezien vanuit de koper een concrete deelneming is en redelijkerwijs vaststaat dat de acquisitie doorgang vindt.

Dit betekent overigens niet dat op een eerder tijdstip nooit sprake kan zijn van te activeren kosten.

Uit de jurisprudentie in paragraaf 3.b is af te leiden dat de Hoge Raad de beantwoording van de vraag of bepaalde kosten fiscaal in aftrek mogen worden gebracht of moeten worden geactiveerd, baseert op feiten ten tijde van het maken van deze kosten. Dus niet beslissend is de toestand per het einde van het boekjaar. Later bekend geworden gebeurtenissen (bijvoorbeeld de verwerving van een deelneming) kunnen wel een licht werpen op de kwalificatie van eerder gemaakte kosten.

Indien sprake is van een rechtstreeks verband en er is sprake van een redelijke verwachting, bestaat geen keuzemogelijkheid om al dan niet te activeren (zie onder andere uitspraak Hof Amsterdam van 16 april 1996 (VN 1996/3917) en het arrest HR 2 maart 1994 (BNB 1994/164)). Activering is dan verplicht. Daarbij is niet van belang of de deelneming ook daadwerkelijk in datzelfde boekjaar is verworven.

In de praktijk zal soms ook moeten worden teruggevallen op een zeker fingerspitzengefühl bij zowel het antwoord op de vraag of er voldoende causaliteit is tussen de kosten en de beoogde aan- of verkoop alsook bij de vraag of er een redelijke verwachting is dat de transactie doorgang vindt.

5.a Gemengde kosten/ financieringskosten

Kosten kunnen zowel een verband hebben met de acquisitie als met de financiering van de acquisitie.

Vaststaat dat kosten in verband met het afsluiten van een krediet ter financiering van de koopsom van de deelneming geen kosten zijn in verband met de verwerving van een deelneming. Financieringskosten staan namelijk in een te ver verwijderd verband van de deelneming. In het algemeen zullen die kosten wel worden geactiveerd, maar kan worden afgeschreven over de looptijd van de faciliteit. De transactiekosten, zoals de afsluitprovisie, dienen in onze optiek in de regel te worden uitgesmeerd over de looptijd van de lening. Ook de toerekening van agio of disagio op een financieel instrument dient dusdanig te worden verwerkt dat jaarlijks de effectieve rente in de V&W-rekening is opgenomen. Voor bijzonderheden en uitzonderingen verwijzen wij naar de KG Winstbepaling.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

'gemengd' karakter hebben. Hoe die splitsing plaatsvindt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Van belang kan bijvoorbeeld zijn hoe de financieringsvoorwaarden luiden en in welk stadium van de acquisitie de kosten zijn gemaakt.

Ons advies is om bij grote materiële belangen contact op te nemen met de VTA of de KG Deelnemingsvrijstelling.

5.b No cure No pay

Kosten in verband met de aan- of verkoop van een deelneming op basis van een 'No cure No pay' afspraak vallen voor het volledige bedrag onder de aftrekbeperking van artikel 13, lid 1, Wet Vpb. Ook als de diensten in het stadium zijn verricht dat er nog geen sprake was van een redelijke verwachting dat de transactie doorgang zou vinden. Er is geen splitsing mogelijk. Er is immers voldoende causaliteit met het aankopen of verkopen van de deelneming en de kosten komen eerst op c.q. zijn eerst juridisch verschuldigd, indien (en zodra) de aankoop of verkoop doorgang vindt.

Dit standpunt is in lijn met de hiervoor in paragraaf 4.a genoemde uitspraak van Rechtbank Gelderland van 22 augustus 2013 waarin de Rechtbank concludeert dat het gehele bedrag aan courtage dat bij een succesvolle verkoop moest worden betaald, als niet aftrekbare verkoopkosten moest worden aangemerkt. NB: zoals hiervoor vermeld delen wij niet de verdere conclusie van die Rechtbank dat de kosten in noodzakelijk verband moeten staan met de verkoop; wij gaan uit van een voldoende causaal of rechtstreeks verband.

5.c Overnameholding/ doorbelaste kosten

Zoals hiervoor in paragraaf 2 is aangegeven, moet eerst de allocatievraag worden beantwoord, vóórdat wordt toegekomen aan de vervolgvraag of sprake is van aan- of verkoopkosten. Op basis van het at arm's length beginsel van artikel 8b Wet Vpb dienen transacties tussen gelieerde vennootschappen beoordeeld te worden alsof deze transacties tussen zakelijk handelende derden plaatsvinden. Het is daardoor mogelijk dat de kosten op grond van dit at arm's length beginsel doorbelast moeten worden aan een andere vennootschap binnen het concern.

Stel dat concern X met vennootschappen in diverse landen concern Y overneemt dat eveneens in een aantal landen dochtermaatschappijen heeft. Het hoofdkantoor van X, dat zich niet in Nederland bevindt, heeft alle onderhandelingen gedaan. Nadat de overname rond is, belast het hoofdkantoor van X op basis van het at arm's length beginsel kosten door aan de Nederlandse verkrijger van diverse Y vennootschappen. Het betreft kosten die zijn gemaakt ter verkrijging van deze Y deelnemingen. Voor de Nederlandse verkrijger zijn dit aankoopkosten deelneming die niet aftrekbaar zijn³.

Of er voldoende causaliteit met de deelneming is en of er een redelijke verwachting is, wordt niet vanuit een concern bekeken, maar vanuit de belastingplichtige. Voor de Nederlandse houdster is er meestal geen twijfel mogelijk dat de kosten voldoende verband houden met de verworven deelnemingen. Dit geldt te meer indien de Nederlandse houdster kort voor en ten behoeve van de overname van de target is opgericht.

³ Het is niet uitgesloten dat de Nederlandse verkrijger deze kosten wel kan aftrekken op grond van artikel 17a Wet Vpb.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

overnameholding en de overnameholding toch meent dat de doorbelaste kosten geen rechtstreekse verband houden met de acquisitie, is er een concrete aanwijzing dat de kosten niet gealloceerd behoren te worden bij de overnameholding.

Wat het doorbelasten van kosten betreft, willen we tot slot aandacht besteden aan de hiervoor in paragraaf 4.b genoemde uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland. Uit de feiten blijkt dat de aandeelhouders bij aanvang van het verkooptraject van plan waren om de werkmaatschappijen van de deelneming te verkopen. In de loop van het verkoopproces hebben de aandeelhouders echter besloten de deelneming (houdster van de werkmaatschappijen) te verkopen. In punt 2.3 van de uitspraak staat dat de inspecteur (feitelijk) heeft gesteld dat op het moment dat de holding de aanvankelijk voor haar rekening gekomen kosten heeft doorbelast, ultimo 2008, het nagenoeg zeker was dat de verkoop doorgang zou vinden zodat (ruimschoots) aan het criterium van een redelijke verwachting werd voldaan. Het primaire standpunt van de inspecteur luidde dan ook dat alle doorbelaste kosten aan belanghebbende als verkoopkosten waren aan te merken. Helaas is de rechtbank zonder motivering aan dit punt voorbij gegaan. Het valt naar onze mening niet goed in te zien waarom het geen verkoopkosten zouden zijn. Uit niets blijkt dat de holding die aanvankelijk de kosten voor haar rekening heeft genomen, dit uit naam van belanghebbende en haar mede-aandeelhouders heeft gedaan. De doorbelaste kosten hadden een rechtstreeks verband met de deelneming en er was op zijn minst een redelijke verwachting (in feite was het zelfs nagenoeg zeker).

5.d Kosten van mislukte acquisities/niet doorgegangene verkoop

Hoofregel is dat kosten van mislukte acquisities aftrekbaar zijn. Volgens de jurisprudentie en de parlementaire behandeling inzake de aankoopkosten bepaalt goed koopmansgebruik dat alle uitgaven die ertoe dienen het activum deelneming functioneel te maken, behoren tot de kostprijs van de deelneming. Geactiveerde kosten ter zake van een niet doorgegangene aankoop worden (alsnog) genomen zodra duidelijk is dat de aankoop niet doorgaat, dit behoudens uitzonderlijke gevallen. Daarbij dient gedacht te worden aan kosten voor ontvangen adviezen, welke adviezen bij een andere aankoop ook nog van waarde zullen zijn.

De zaak ligt echter anders als dergelijke kosten moeten worden doorberekend aan bijvoorbeeld een landenholding (kosten worden dus elders gealloceerd). De kosten drukken dan immers niet op belanghebbende.

Ook ten aanzien van de verkoopkosten zijn wij van mening dat de kosten aftrekbaar zijn als de verkoop redelijkerwijs te verwachten was, maar uiteindelijk toch niet blijkt door te gaan. Een andere mening lijkt op grond van de tekst van de wet niet verdedigbaar. De tekst van artikel 13, lid 1, Wet Vpb spreekt namelijk van het buiten aanmerking laten van kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van *die* deelneming. Er is geen vervreemding als die beoogde verkoop niet doorgaat.

Het is mogelijk dat na een eerder niet doorgegangene verkoop toch binnen enige tijd een vervreemding plaatsvindt. De kosten zijn dan niet aftrekbaar indien de advieskosten nog enig nut afwerpen bij de onderhandeling en vervreemding aan die volgende gegadigde (causaliteit en voorzichtigheid) en ten tijde van het maken der kosten redelijkerwijs te verwachten is dat bij het afketsen van de eerste deal er toch wel aan een andere partij zal worden verkocht. Dit vereist een feitelijke beoordeling.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

5.e Samenhang met fiscale eenheid en fusie

Aankoopkosten

In het arrest HR 27 oktober 2006 (BNB 2007/65) had belanghebbende in 1995 een deelneming verworven die in 1998 gevoegd werd in de fiscale eenheid met belanghebbende. Belanghebbende wilde toen alsnog de aankoopkosten in aftrek brengen, hetgeen door de Hoge Raad werd afgewezen.

In het arrest HR 29 april 2011 (BNB 2011/185) was sprake van een deelneming die meteen bij verwerving gevoegd werd in de fiscale eenheid. De Hoge Raad overwoog dat het belang dat belanghebbende in de dochtervennootschap had verworven, voldeed aan de omschrijving van een deelneming als bedoeld in artikel 13 Wet Vpb. De wetgever heeft beoogd de aankoopkosten van een dergelijk belang van aftrek uit te sluiten. Daaraan doet niet af, aldus de Hoge Raad, dat de dochtervennootschap onmiddellijk na de verwerving werd opgenomen in een fiscale eenheid met belanghebbende.

Met betrekking tot een juridische fusie overwoog Rechtbank Haarlem in de uitspraak Rb Haarlem 15 maart 2006 (VN 2007/16.22) dat het er niet toe deed dat de verworven vennootschap als gevolg van de fusie geen deelneming meer was. De aankoopkosten blijven wel als (niet aftrekbare) aankoopkosten deelneming te kwalificeren, aldus de Rechtbank.

Verkoopkosten

Indien de aandelen in een dochtermaatschappij die deel uitmaakt van een fiscale eenheid, worden vervreemd, verbreekt de fiscale eenheid. De met de vervreemding van die aandelen samenhangende kosten zijn verkoopkosten en derhalve niet aftrekbaar. Dit heeft de Hoge Raad bij arrest HR 11 januari 2013 (BNB 2013/70) uitgemaakt.

De Hoge Raad overwoog hierbij dat de wetgever heeft beoogd de verkoopkosten van een belang dat voldoet aan de in artikel 13, lid 2, Wet Vpb 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, Wet Vpb 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.

NB: Onder de feiten is opgenomen dat de verkoopkosten gemaakt zijn nadat de intentieovereenkomst tot verkoop was getekend, maar vóór de datum waarop de aandelen in de dochtervennootschap bij notariële akte zijn overgedragen. In de casus was de causaliteit niet in geschil.

5.f Bewijslast

Belastingplichtige moet aannemelijk maken dat er kosten zijn. Als de inspecteur van mening is dat bepaalde kosten niet aftrekbaar zijn, omdat het aan- of verkoopkosten zijn, heeft hij de



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

hoeft (zie hierna).

Commercieel zullen alle kosten ter zake van een verkoop van een deelneming in aftrek van de winst worden gebracht. Het is dus zaak om bij de verkoop van een deelneming alert te zijn en na te gaan welke kosten fiscaal als verkoopkosten van de deelneming moeten worden aangemerkt. Eventuele opmerkingen in de jaarrekening kunnen hiervoor aanknopingspunten bieden.

Zoals reeds eerder opgemerkt, worden verkoopkosten naar analogie van aankoopkosten benaderd, maar er kunnen in de praktijk wel verschillen optreden. Bij verkoop staat de deelneming reeds op de balans, hetgeen de bewijslast voor de inspecteur kan vergemakkelijken. In VN 2016/30.16 wordt in dit verband opgemerkt:

"Wij menen dat dit verschil in de praktijk niet moet worden onderschat. Bij een zoekopdracht naar een deelneming met bepaalde activiteiten in een bepaalde regio zal er naar onze mening nog geen concreet verband met een latere aankoop zijn (behalve wellicht het geval dat de opdracht zo nauw is dat er maar één vennootschap voldoet, ofschoon ook dan onzeker blijft of deze voor aankoop beschikbaar is). Bij een zoekopdracht naar een koper voor een specifieke deelneming is dat verband er mogelijk wel, ook al is er nog geen koper in zicht (ofschoon ook dan voorshands onzekerheid overheerst)."

5.g Jaarrekeningenrecht

De jaarrekening wordt in Nederland opgemaakt volgens de regels van titel 9 BW 2, in combinatie met de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RvJ) of IFRS.

De verwerking van de gemaakte aankoopkosten om die deelneming te verwerven, vindt onder IFRS onder omstandigheden anders plaats dan onder de RvJ. Zie punt 3 hierna. De verwerking van de aangekochte deelneming en de gemaakte aankoopkosten kan ook enigszins verschillen afhankelijk van –zeer kort samengevat– de omvang van het financiële belang of het stemrecht, namelijk: minder dan 20%, minder dan 50% of meer dan 50%.

Nadat het aandelenbelang is verworven, komt de vraag op of de deelneming moet worden geconsolideerd. De commerciële consolidatieregels wijken (uiteraard) af van de regels uit artikel 15 Wet VPB.

Het kan nuttig zijn navraag te doen bij de accountant en/of de belastingadviseur onder welke regels de jaarrekening is opgesteld, onder welke rubriek een deelneming in de jaarrekening is opgenomen en welk criterium bij de initiele waardering van de deelneming en activering van de aankoopkosten is gehanteerd. Uiteraard is het dan goed om zowel een specificatie te vragen van de commerciële, alsook de fiscale aankoopkosten om de verschillen te laten toelichten.

Wij brengen hierbij enkele punten onder de aandacht. Het gaat bij de punten 2 en 3 om de hoofdlijnen, daarop kunnen zich onder omstandigheden dus nuanceringen voordoen.

1. Ga na of wel/geen sprake is van een geconsolideerde jaarrekening en vraag de enkelvoudige jaarrekening op, indien beschikbaar uiteraard.

2. De interne kosten en indirecte kosten worden in het jaarrekeningenrecht –anders dan fiscaal–



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik

geactiveerd, maar deze kosten worden direct ten laste van het resultaat gebracht. Op dit punt wijkt IFRS af van de RvJ.

Wij merken verder op dat in onze optiek in ieder geval is voldaan aan het criterium van 'de redelijke verwachting' vanaf het moment dat de (aankoop)kosten in de jaarrekening zijn verwerkt als onderdeel van de initiële waardering van de deelneming.

6. Conclusie

Als het allocatievraagstuk is opgelost, luidt de vervolgvraag of er sprake is van aan- of verkoopkosten van een deelneming die niet aftrekbaar zijn. Dit is het geval als die kosten in rechtstreeks verband staan tot de deelneming en de kosten worden gemaakt op een moment dat er een redelijke verwachting is dat de aan- of verkoop doorgang vindt.

Het gaat (bij de activering) niet alleen om de koop- dan wel verkoopsomst, maar ook om bijkomende kosten. Het begrip 'kosten' wordt zowel in de wetsgeschiedenis, als in de jurisprudentie ruim opgevat. Zowel de directe, als indirecte kosten moeten in aanmerking worden genomen. Voor activering geldt als uitgangspunt waardering tegen integrale kostprijs. Net zoals bij een in eigen beheer voortgebracht bedrijfsmiddel.

Ook interne en/of indirecte kosten die gemaakt zouden zijn als geen deelneming zou zijn verworven, zoals een deel van het salaris van de directeur die de onderhandelingen voert over de verwerving van de deelneming, en andere kosten die deel uitmaken van het constante deel van de algemene kosten moeten (mits is voldaan aan het vereiste rechtstreeks verband en de redelijke verwachting) worden geactiveerd.

Het criterium dat twee rechtbanken hebben aangelegd om te bepalen of sprake is van verkoopkosten deelneming, namelijk de noodzakelijkheid van de gemaakte kosten, volgen wij niet. Wij menen voldoende argumenten te hebben, ontleend aan de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis, dat dit criterium onjuist is en tot een te enge uitleg leidt van de begrippen aan- en verkoopkosten.



Let op!

Deze handreiking is alleen voor intern gebruik