

Voordelen uit hoofde van een deelneming

De causaliteitseis van de deelnemingsvrijstelling

Auteur: T.W.J. Timmermans
Studie: Fiscale economie
ANR: 828931
SNR: 1274811
Datum: Mei 2018
Examencommissie: Dr. A.W. Hofman
Prof. dr. A.J.A. Stevens



School of Economics and Management

Inhoudsopgave

1	Inleiding en probleemstelling	3
1.1	Inleiding	3
1.2	Probleemstelling	3
1.3	Opzet	4
2	De deelnemingsvrijstelling	5
2.1	Algemeen	5
2.2	Ratio van de deelnemingsvrijstelling	5
2.3	Karakter van de deelnemingsvrijstelling	6
2.4	Voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling	6
3	Voordelen uit hoofde van een deelneming	8
3.1	Algemeen	8
3.2	Valutareresultaten	9
3.3	Earn-outregeling en balansgarantie	10
3.3.1	De earn-outregeling	10
3.3.2	Balansgarantie	11
4	Afgeleid economisch belang	13
4.1	Algemeen	13
4.2	Het Falconsarrest	13
4.2.1	De Falcons casus	13
4.2.2	Het oordeel van de HR	14
4.3	Hoe verhoudt het Falconsarrest zich met andere jurisprudentie?	15
4.3.1	Werknemersoptiearresten	15
4.3.2	Relatie met BNB 1986/118	16
4.3.3	Opties op nieuw uit te geven aandelen	17
4.3.4	Relatie met het putwarrantarrest	17
4.4	Het schadevergoedingsarrest	18
5	Conclusie	22
5.1	Samenvatting	22
5.2	Persoonlijke opvatting en conclusie	23
	Literatuurlijst	26
	Jurisprudentieoverzicht	27

1 Inleiding en probleemstelling

1.1 Inleiding

Om te voorkomen dat dezelfde winst bij de moeder en dochter B.V. dubbel belast wordt, is de deelnemingsvrijstelling ingevoerd. De eerste vorm van de deelnemingsvrijstelling was in vergelijking met de huidige stand van zaken behoorlijk summier.¹ Door de loop van de jaren is de regeling verder uitgewerkt tot ze haar huidige vorm zoals opgenomen in artikel 13 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) aannam.

De huidige regeling voor de deelnemingsvrijstelling is zeer uitgebreid en complex. Er is dan ook veel literatuur over geschreven en jurisprudentie over gewezen. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen van Schuls en Knops over schadevergoedingen² en de Falconsjurisprudentie waarin de Hoge Raad (hierna: HR) zijn oordeel geeft over voordelen verkregen uit opties op aandelen.³ Beide onderwerpen zullen in deze thesis aan bod komen.

Ik ben zelf dit jaar voor het eerst uitgebreid in aanraking gekomen met de vennootschapsbelasting en specifiek de deelnemingsvrijstelling, tijdens de colleges van het vak Grondslagen Vennootschapsbelasting. Hoe vennootschappen belast worden, vond ik eigenlijk direct interessant. Bij mijn keuze voor het onderwerp van deze bachelor thesis dacht ik dus meteen aan een onderwerp binnen de vennootschapsbelasting. Daarnaast hoop ik bij dit onderwerp mijn eigen zienswijze goed naar voren te kunnen brengen.

1.2 Probleemstelling

De deelnemingsvrijstelling is veel te uitgebreid om volledig te bespreken, daarom zal deze thesis zich grotendeels beperken tot de voordelen uit hoofde van een deelneming. Tegenwoordig zijn kortgezegd alle voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld,⁴ met uitzondering van liquidatieverliezen.⁵ Het is echter niet altijd direct duidelijk wat nu precies een voordeel uit hoofde van een deelneming is, zoals de wetgever in het eerste lid van artikel 13 Wet Vpb bedoeld heeft. Er moet namelijk een causaal verband zijn tussen het voordeel en het aandeelhouderschap in de deelneming voordat de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden.

Aan de hand van jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur zal een antwoord worden gezocht op de volgende probleemstelling: ‘Wanneer is er sprake van voldoende causaliteit om te spreken van een voordeel uit hoofde van een deelneming zodat de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden en hoe verhoudt de jurisprudentie omtrent deze vraag zich met de ratio van de deelnemingsvrijstelling?’

¹ Van der Geld 1994, p. 1.

² Schuls & Knops 2015.

³ Onder andere HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34.

⁴ Artikel 13 lid 1 Wet Vpb.

⁵ Artikel 13d Wet Vpb.

Dit zal gedaan worden aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wat is de deelnemingsvrijstelling?
- Waarom is de deelnemingsvrijstelling ingevoerd?
- Wat zijn voordelen uit hoofde van een deelneming?
- Baseert de HR zijn beslissingen altijd (terecht) op de ratio van de deelnemingsvrijstelling?
- Wanneer is er sprake van een afgeleid economisch belang?
- Wat is beslist in het Falconsarrest en wat voor invloed heeft de Falconsjurisprudentie gehad op de deelnemingsvrijstelling?
- Hou verhoudt het Falconsarrest zich met andere jurisprudentie?
- Is de Falconsdoctrine door te trekken op de problematiek omtrent schadevergoedingen?

1.3 Opzet

Deze thesis zal een antwoord geven op elk van de bovenstaande deelvragen, om zo de probleemstelling te kunnen beantwoorden. In hoofdstuk twee zal de deelnemingsvrijstelling in het algemeen aan bod komen. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op het karakter en de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling en wat de ratio achter de regeling is.

Vervolgens zullen in hoofdstuk drie de voordelen uit hoofde van een deelneming behandeld worden. Na een algemene introductie zal in dit hoofdstuk specifiek worden ingegaan op valutaresultaten, de ‘earn-out’-regeling en balansgarantie.

In het vierde hoofdstuk zal de problematiek omtrent het zogenaamde afgeleide economisch belang aan bod komen, waar de Falconsjurisprudentie de aanzet voor heeft gegeven. Het gaat in de Falconsjurisprudentie kortgezegd over de vraag of de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden op voordelen verkregen uit opties op aandelen. De HR spreekt hier voor het eerst over het opsplitsen van het belang bij een aandeel, wat grote gevolgen zal hebben voor de deelnemingsvrijstelling. In dit hoofdstuk zal eerst de Falcons casus weergegeven worden. Daarna zal worden ingegaan op het oordeel van de HR en zullen enkele relevante arresten besproken worden. Tot slot zal in dit hoofdstuk het schadevergoedingsarrest aan bod komen. In dit arrest gaat de HR nader in op de vraag wanneer er sprake is van het opsplitsen van het belang bij een aandeel.

Tot slot zal in het laatste hoofdstuk een korte samenvatting gegeven worden van de gevonden resultaten en zal ik mijn eigen zienswijze naar voren brengen. Tevens zal in dit hoofdstuk een antwoord gegeven worden op de probleemstelling van deze thesis.

2 De deelnemingsvrijstelling

2.1 Algemeen

De vennootschapsbelasting wordt geheven over het belastbare bedrag van de in artikel 2 en 3 Wet Vpb genoemde lichamen. Het meest voorkomende lichaam dat in deze artikelen is opgenomen, is de besloten vennootschap (hierna: B.V.). In het vervolg van deze thesis zal enkel nog gesproken worden over de B.V.

Het belastbare bedrag voor een B.V. is kortgezegd de in een jaar genoten winst verminderd met de te verrekenen verliezen.⁶ Over dit bedrag betaalt de B.V. dus vennootschapsbelasting. Tot dusverre nog geen probleem.

2.2 Ratio van de deelnemingsvrijstelling

Zodra er een concernstructuur ontstaat, in haar eenvoudigste vorm een moeder- en dochtervennootschap, ontstaat er echter wel een probleem wanneer de winst van de dochter aan de moeder uitgekeerd wordt. Zonder ingrijpen van de wetgever zou er namelijk een cumulatie van vennootschapsbelasting ontstaan, immers zal de winst die bij de dochter al belast is, nogmaals tot het belastbare bedrag van de moeder gerekend worden. Dit probleem wordt natuurlijk groter wanneer er niet alleen sprake is van een moeder- en een dochtervennootschap, maar ook nog kleindochter(s), achterkleindochter(s) enzovoorts. Er ontstaat dan als het ware een kettingbelasting.⁷

Dit probleem heeft de wetgever opgelost door de deelnemingsvrijstelling in te voeren. Door de deelnemingsvrijstelling blijven voordelen uit hoofde van een deelneming bij het bepalen van de winst buiten aanmerking.⁸ De wetgever wil dus voorkomen dat hetzelfde object (de winst) twee keer belast wordt bij verschillende subjecten (de lichamen). Dit wordt ook wel het ne-bis-in-idembeginsel genoemd en is een van de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling.⁹ Deze gedachte wordt ver doorgetrokken in de jurisprudentie, zoals duidelijk te zien is in de Falconsjurisprudentie waar in hoofdstuk vier dieper op zal worden ingegaan.

Naast het ne-bis-in-idembeginsel wordt in de literatuur ook de verlengstukgedachte genoemd als een van de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling.¹⁰ Dit houdt simpelweg in dat de dochter gezien moet worden als een verlengstuk van de onderneming van de moeder. Dit moet overigens niet te strikt uitgelegd worden, het kan immers zo zijn dat de moedervernootschap enkel dient als een houdstervernootschap en verder geen economische activiteiten uitoefent. Het zou volgens deze gedachte niet juist zijn om de winst die de dochtervennootschap maakt nogmaals te belasten bij de moedervernootschap.

⁶ Artikel 7 lid 1, 2 en 3 Wet Vpb.

⁷ J.L. van de Streek, *Cursus belastingrecht Vpb.2.4.0.A.a1*.

⁸ Artikel 13 lid 1 Wet Vpb.

⁹ K.E. Tijsterman, *Commentaar bij art. 13 Wet Vpb 1969, NDFR*.

¹⁰ K.E. Tijsterman, *Commentaar bij art. 13 Wet Vpb 1969, NDFR*.

Aangezien de wetgever geen vereiste stelt aan de plaats van vestiging van de deelneming (dit kan dus zowel in Nederland als in het buitenland zijn) is de deelnemingsvrijstelling ook een middel om internationale dubbele belastingheffing te voorkomen.

2.3 Karakter van de deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is een imperatieve regeling.¹¹ Dit houdt in dat de vrijstelling van toepassing is zodra aan de vereisten van artikel 13 Wet Vpb voldaan wordt. Er is geen mogelijkheid om af te zien van de regeling; het is dus geen faciliteit op verzoek.

Daarnaast is het zo dat alle voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld zijn. Dit houdt in dat de winsten van de dochter niet in de belastingheffing van de moeder betrokken worden, maar tevens ook dat door de dochter geleden verliezen niet bij de moeder afgetrokken kunnen worden. Een uitzondering hierop is liquidatieverliesregeling, die regelt dat liquidatieverliezen op een deelneming onder strikte voorwaarden wel aftrekbaar zijn.¹²

Een ander kenmerk van de deelnemingsvrijstelling is dat het een bruto vrijstelling is.¹³ Dit betekent dat alle kosten die verband houden met de deelneming in aftrek mogen worden gebracht (bij een netto vrijstelling zou eerst de winst gesaldeerd moeten worden). Een moeder B.V. kan dus bijvoorbeeld de financieringskosten die verband houden met de deelneming aftrekken. Overigens is in artikel 13l Wet Vpb wel een renteaftrekbeperking opgenomen met betrekking tot deelnemingsrente. Daarnaast heeft de wetgever in het eerste lid van artikel 13 Wet Vpb expliciet de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van de deelneming vrijgesteld. Aan- en verkoopkosten van de deelneming zijn dus niet aftrekbaar.

2.4 Voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling

Voor de volledigheid zullen hier nog kort de (cumulatieve) voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, zoals deze in artikel 13 Wet Vpb opgenomen zijn, genoemd worden. Deze vallen samengevat in drie voorwaarden uiteen.

1. *Er moet sprake zijn van een deelneming.*

Hiervan is sprake wanneer de moeder B.V. ten minste vijf procent van het nominaal gestorte kapitaal van de dochter B.V. heeft.¹⁴ De HR heeft overigens geoordeeld dat niet alleen de juridisch eigenaar, maar ook degene die het gehele economische belang bij de aandelen heeft fiscaal gezien als

¹¹ K.E. Tijsterman, Commentaar bij art. 13 Wet Vpb 1969, NDFR.

¹² Artikel 13d Wet Vpb.

¹³ HR 19 oktober 1988, nr. 25 425, BNB 1989/43 (concl. Verburg, m.nt. G. Slot).

¹⁴ Artikel 13 lid 2 sub a Wet Vpb.

aandeelhouder wordt aangemerkt.¹⁵ Dit arrest zal in hoofdstuk vier verder besproken worden, waar gekeken zal worden of dit nog wel de norm is naar aanleiding van het Falconsarrest.

2. De non-voorraadseis.

Deze eis staat sinds de inwerkingtreding van de Wet werken aan winst niet meer expliciet in de wet.¹⁶ Het doel van de non-voorraadseis was te voorkomen dat handel in lege of kasgeldvennootschappen onder de deelnemingsvrijstelling viel. Voordelen behaald met zo'n transactie zijn volgens de staatssecretaris namelijk een dienstverleningsvergoeding en geen vermogensresultaat. Volgens de staatssecretaris geldt ook nu nog dat de deelnemingsvrijstelling in die gevallen niet van toepassing is.¹⁷ De non-voorraadseis is daarom wel degelijk nog relevant.

Deze eis houdt simpelweg in dat de aandelen in de vennootschap niet als voorraad aangehouden mogen worden. Overigens zijn aandelen die tijdens of onmiddellijk na de verwerving van de deelneming worden vervreemd volgens de HR geen als voorraad gehouden aandelen, zelfs niet wanneer de belastingplichtige geen risico heeft gelopen met betrekking tot die deelneming.¹⁸ In een eerder arrest heeft de HR aangegeven wat onder aandelen die als voorraad worden gehouden moet worden verstaan, namelijk '...aandelen die door de belastingplichtige zijn bestemd voor de verkoop en behoren tot diens vlottende kapitaal, en betrekking hebben op vennootschappen welke geen onderneming in materiële zin (meer) drijven en welke geen activa hebben, of (nagenoeg) geen andere activa dan liquide middelen en/of bezittingen die onverwijld zonder noemenswaardig verlies in liquide middelen kunnen worden omgezet.'¹⁹

3. De deelneming mag niet ter belegging gehouden worden.

De deelnemingsvrijstelling geldt niet voor beleggingsinstellingen²⁰ en is tevens niet van toepassing op voordelen uit hoofde van een als belegging gehouden deelneming (beleggingsdeelneming), tenzij er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming.²¹

Om te oordelen of een deelneming als belegging gehouden wordt, moet in eerste instantie uitgegaan worden van het subjectieve oogmerk van de belastingplichtige. Er moet dus gekeken worden naar de intentie van de belastingplichtige; houdt hij de deelneming ter belegging of niet? Daarnaast staan er in de wet twee ficties wanneer de deelneming geacht wordt een beleggingsdeelneming te zijn.²² De problematiek omtrent (kwalificerende) beleggingsdeelnemingen is zeer uitgebreid en strekt te ver om hier volledig te bespreken.

¹⁵ HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118.

¹⁶ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 14.

¹⁷ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 4, p. 26-27; tevens bevestigd door de HR in BNB 2007/61, r.o. 3.5.

¹⁸ HR 13 oktober 2006, nr. 42 725, BNB 2007/61.

¹⁹ HR 23 februari 2000, nr. 34 253, BNB 2000/215.

²⁰ Artikel 13 lid 8 Wet Vpb.

²¹ Artikel 13 lid 9 Wet Vpb.

²² Artikel 13 lid 10 Wet Vpb.

3 Voordelen uit hoofde van een deelneming

3.1 Algemeen

Artikel 13 lid 1 Wet Vpb geeft aan dat bij het bepalen van de winst ‘de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van de deelneming’ buiten aanmerking blijven. De wetgever stelt hier dus in feite *alle* voordelen uit hoofde van een deelneming vrij. Deze ruime omschrijving past bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling, omdat op deze manier in principe geen enkele winst van de dochter dubbel belast wordt bij de moeder.

Verder is hierbij van belang de zinsnede ‘uit hoofde van’, die impliceert dat er een causaal verband moet zijn tussen het behaalde voordeel en het aandeelhouderschap in de deelneming. Het voordeel dat de moeder ontvangt, moet genoten worden in haar hoedanigheid als aandeelhouder.²³

De moederverenootschap kan namelijk naast de aandeelhouderrelatie ook nog een andere relatie hebben met de dochtervennootschap, bijvoorbeeld een huurder/verhuurdersrelatie. De huur die een moederverenootschap in verband hiermee ontvangt, valt niet onder de deelnemingsvrijstelling en hoort bij de moeder ‘gewoon’ tot de belastbare winst.

Er moet dus altijd gecontroleerd worden of het voordeel genoten wordt bij de moeder in de hoedanigheid van aandeelhouder, dan is er immers sprake van een causaal verband. Het voorbeeld bij uitstek waar dit het geval is, is dividend. Ook verkapt dividend valt onder de deelnemingsvrijstelling,²⁴ mits aan de voorwaarden van een uitdeling wordt voldaan. Dit is het geval wanneer er sprake is van een bewuste vermogensverschuiving van de dochter naar de moeder.

Daarnaast moet de vennootschap winst hebben en moet de oorzaak van de uitdeling gelegen zijn in de aandeelhouderssfeer.

Het is echter niet altijd zo duidelijk als bij dividend dat een voordeel behaald wordt uit hoofde van een deelneming. Er zijn dan ook veel zaken uit de jurisprudentie waarbij de rechter moet beoordelen of er sprake is van voldoende causaliteit tussen het voordeel en het aandeelhouderschap.²⁵ Hierbij beslist de rechter vaak op basis van de feitelijke situatie waardoor er niet gemakkelijk een algemene regel gevormd kan worden.

Op twee specifieke gevallen uit de jurisprudentie, namelijk voordelen uit opties op aandelen en schadevergoedingen, zal in hoofdstuk vier worden ingegaan.

In dit hoofdstuk zullen verder valutaresultaten aan bod komen alsmede de earn-outregeling en balansgarantie. Er zijn natuurlijk nog veel meer vormen van (al dan niet) vrijgestelde deelnemingsvoordelen waarvoor bijvoorbeeld Cursus belastingrecht, onderdeel Vpb.2.4.4.E geraadpleegd kan worden.

²³ J.L. van de Streek, Cursus belastingrecht Vpb.2.4.4.C.a.

²⁴ HR 23 april 1958, nr. 13 509, BNB 1958/179 (m.nt. A.J. van Soest).

²⁵ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 15 januari 1981, nr. 91/80, BNB 1982/118 of HR 6 maart 1985, nr. 22 572, BNB 1985/200.

3.2 Valutaresultaten

Wanneer een moeder vennootschap een deelneming in het buitenland heeft, kan er een valutaresultaat optreden. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een moeder een deelneming koopt in het Verenigd Koninkrijk met Britse ponden. Als de koers van het pond ten opzichte van de euro stijgt, behaalt de moeder vennootschap een positief koersresultaat. Dit valutaresultaat valt onder de deelnemingsvrijstelling en is dus bij de moeder vrijgesteld.²⁶ Overigens is het (uiteraard) zo dat negatieve valutaresultaten ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen en dus niet aftrekbaar zijn. Daarnaast vallen resultaten behaald met het afdekken van een valutarisico met betrekking tot de deelneming ook onder de deelnemingsvrijstelling, mits de inspecteur dit bij voor bezwaar vatbare beschikking heeft vastgesteld.²⁷

Met de ratio van de deelnemingsvrijstelling in het achterhoofd is het niet vanzelfsprekend dat valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling vallen. De belangrijkste gedachte achter de deelnemingsvrijstelling is namelijk dat de winsten van de dochter vennootschap niet dubbel belast worden bij de moeder. Dit is bij valutaresultaten ook niet het geval. Deze resultaten zijn niet bij de dochter opgekomen, in het buitenland wordt namelijk gewoon tegen de lokale valuta gewaardeerd. Om diezelfde reden zullen ze in de toekomst ook nooit opkomen bij de dochter.

Van de Streek stelt in Cursus Belastingrecht dat valutaresultaten op een deelneming op grond van het ne-bis-in-idembeginsel bij de moeder buiten aanmerking blijven.²⁸ Dit is mijns inziens dus geen goede redenatie; valutaresultaten komen niet op bij de dochter en dus is er geen risico op dubbele belasting.

Zoals Tijsterman opmerkt, heeft de wetgever valutaresultaten waarschijnlijk om uitvoeringstechnische redenen toch als vrijgestelde deelnemingsvoordelen aangemerkt.²⁹ Op deze manier hoeft namelijk niet bij elk deelnemingsvoordeel dat opkomt bij de moeder gecontroleerd te worden of dit ook gerealiseerd is bij de dochter.

Naar aanleiding van het Deutsche Shell arrest is er enige tijd twijfel geweest over de vraag of negatieve valutaresultaten toch in aftrek gebracht moeten kunnen worden.³⁰ In dit arrest achtte het Hof van Justitie (hierna: HvJ) het niet in aftrek toestaan van een definitief geleden valutaverlies met betrekking tot een vaste inrichting in strijd met de vrijheid van vestiging. Een wetswijziging, enkele arresten en prejudiciële vragen van de HR later,³¹ is op 22 februari 2018 door het HvJ duidelijkheid verschaft. Volgens het HvJ verzet het EU-recht zich niet tegen een deelnemingsvrijstelling die

²⁶ HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230.

²⁷ Art. 13 lid 7 Wet Vpb.

²⁸ J.L. van de Streek, Cursus belastingrecht Vpb.2.4.4.E.m2.II.

²⁹ K.E. Tijsterman, Commentaar bij art. 13 Wet Vpb 1969, NDFR.

³⁰ Zie HvJ 28 februari 2008, C-293/06, NTFR 2008/561.

³¹ Kamerstukken II 2010/2011, 32 818, nr. 3 (MvT); HvJ 10 juni 2015, C-686/13, NTFR 2015/1761; Hof Den Haag 13 januari 2015, V-N 2015/10.15; HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10.

negatieve valutaresultaten niet in aftrek laat aangezien dit de keerzijde vormt van de vrijstelling voor positieve valutaresultaten.³²

Heithuis stelt mijns inziens terecht dat de HR in het arrest van 8 juli 2016 ook had kunnen terugkomen op zijn arrest van 9 juni 1982 door simpelweg alle valutaresultaten van de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten.³³ Misschien is de HR in 1982 te snel geweest om te concluderen dat valutaresultaten een voordeel uit hoofde van een deelneming zijn zoals artikel 13 lid 1 Wet Vpb eist.

3.3 Earn-outregeling en balansgarantie

3.3.1 De earn-outregeling

In de praktijk komt het geregeld voor dat bij de vervreemding van een deelneming de vergoeding (mede) afhankelijk is van de toekomstige ontwikkelingen van de deelneming.³⁴ De verkoper heeft dan bijvoorbeeld recht op vijf procent van de winsten die de deelneming in de komende vijf jaar maakt. Op deze manier wordt een deel van het risico dat de koper een kat in de zak koopt, verplaatst naar de verkoper. De prijs van de deelneming is immers (mede) afhankelijk van de resultaten die de deelneming in de toekomst zal behalen.

De vraag die hierbij opkomt is hoe omgegaan moet worden met deze zogenaamde earn-outregeling en daarop betrekking hebbende waardeveranderingen in verband met de deelnemingsvrijstelling.

In het earn-outarrest heeft de HR geoordeeld dat waardeveranderingen van een recht op toekomstige uitkeringen dat bij de verkoop van een deelneming is verkregen, kunnen leiden tot winsten of verliezen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.³⁵ Volgens de HR dient de opbrengst van de deelneming bij de verkoop te worden bepaald met inachtneming van de geschatte waarde van dat recht, en kunnen waardeveranderingen van dat recht, die zich naderhand voordoen, niet worden aangemerkt als voordelen uit hoofde van de deelneming, als bedoeld in artikel 13 Wet Vpb. Het bedongen recht op toekomstige uitkeringen vormt een zelfstandige bron van winsten en verliezen.

In eerste instantie lijkt dit een logische beslissing, de waardeveranderingen van het recht op toekomstige uitkeringen zijn namelijk afhankelijk van de resultaten van een vennootschap die geen deelneming (meer) vormt voor de verkoper. Bij nader inzien heeft de verkopende partij echter wel nog een afgeleid belang bij de deelneming. Partijen hebben door de earn-outregeling het belang bij het aandeel namelijk opgesplitst, de winst van de verkoper is immers afhankelijk van de

³² HvJ 22 februari 2018, C-398/16, NTFR 2018/563.

³³ Heithuis 2016, p.2.

³⁴ J.L. van de Streek, Cursus belastingrecht Vpb.2.4.4.E.11.

³⁵ HR 3 maart 1993, nr. 28 598, BNB 1993/180 (m.nt. G. Slot).

winstontwikkeling van de deelneming in de toekomst. Zoals in hoofdstuk vier besproken zal worden, kan een afgeleid belang (tegenwoordig) ook toegang geven tot de deelnemingsvrijstelling.

Belangrijk is dus dat de onzekere elementen in de verkoopprijs van een deelneming zo goed mogelijk geschat moeten worden naar de omstandigheden van het tijdstip van de vervreemding. De waardeveranderingen die betrekking hebben op feiten en omstandigheden die spelen op het tijdstip van de vervreemding vallen onder de deelnemingsvrijstelling, waardeveranderingen die afhankelijk zijn van toekomstige ontwikkelingen niet.

Deze waardering geldt uiteraard voor zowel de verkoper als de koper van de deelneming. In de praktijk ontstonden echter situaties dat verkoper en koper het recht op toekomstige uitkeringen anders waardeerden. De verkoper heeft er belang bij om dit recht zo hoog mogelijk in te schatten, dit valt immers onder de vrijstelling, zodat eventueel tegenvallende ontvangsten aftrekbaar waren van de winst. De koper daarentegen heeft er belang bij om het recht zo laag mogelijk in te schatten, wanneer in de toekomst blijkt dat meer betaald moet worden is dit aftrekbaar van de winst.³⁶

Omdat de fiscus op deze manier tekort kwam, heeft de wetgever ingegrepen en de earn-outregeling expliciet in de wet onder de deelnemingsvrijstelling laten vallen (oorspronkelijk in het eerste lid, tegenwoordig opgenomen in het zesde lid).³⁷

De wetgever heeft hier dus om budgettaire redenen de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling uitgebreid en daarmee de jurisprudentie van de HR omtrent de earn-outregeling buiten spel gezet. Zoals eerder gezegd is deze beslissing daarentegen wel in lijn met de jurisprudentie omtrent het afgeleide economisch belang.

3.3.2 Balansgarantie

Een soortgelijk verhaal valt te vertellen over de balansgarantie. Bij de (ver)koop van een deelneming kan de verkoper een balansgarantie verlenen aan de koper. Dit houdt in principe in dat de verkoper garandeert dat de balansposten van de deelneming correct zijn gewaardeerd. Mochten er lijken in de kast zitten, dan krijgt de koper een vordering op de verkoper.

Wezenlijk hierbij is dat bij een (ver)koop met balansgarantie er eigenlijk een tweeledige transactie plaatsvindt.³⁸ Er wordt namelijk een deelneming verworven en tevens een vordering bedongen. Uit het balansgarantie-arrest blijkt dat de vordering in mindering komt op de kostprijs van de deelneming en dat de vordering gewaardeerd moet worden naar de feiten en omstandigheden ten tijde van de verwerving van de deelneming.³⁹ Onduidelijk blijft echter wanneer en voor welk bedrag de vordering op de fiscale balans moet worden opgenomen. Als bij de (ver)koop al vaststaat dat de balans van de

³⁶ J.L. van de Streek, Cursus belastingrecht Vpb.2.4.4.E.12.III.

³⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 2.

³⁸ E. Aardema in zijn noot bij HR 12 juli 2002, nr. 37 136, BNB 2003/61.

³⁹ HR 12 juli 2002, nr. 37 136, BNB 2003/61 (m.nt. E. Aardema).

deelneming niet klopt, zullen partijen immers simpelweg de verkoopprijs daarop aanpassen.

Activering van de vordering op een later tijdstip lijkt ook vreemd, aangezien de HR voorschrijft dat de vordering gewaardeerd moet worden naar de feiten en omstandigheden ten tijde van de verwerving van de deelneming.

Een andere belangrijke vraag die hierbij speelt, is hoe omgegaan moet worden met waardeveranderingen van die vordering. De HR geeft aan dat latere waardeveranderingen van de vordering door ontwikkelingen *na de verwerving van de deelneming* in de winst vallen. Hieruit kan mijns inziens worden afgeleid dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen waardeveranderingen van de vordering die het gevolg zijn van feiten en omstandigheden ten tijde van de (ver)koop en waardeverandering van de vordering die het gevolg zijn van feiten en omstandigheden die zich pas na de verwerving van de deelneming hebben voorgedaan. Waardeveranderingen vallen in het eerste geval onder de deelnemingsvrijstelling. Hierbij kan gedacht worden aan schattingsfouten die bij de verwerving gemaakt zijn. Waardeveranderingen vallen in het tweede geval echter in de belastbare winst. Hierbij kan gedacht worden aan de (gedeeltelijke) oninbaarheid van de vordering die het gevolg zijn van een wanbetaling van de verkoper. In dat geval is er immers geen causaal verband meer tussen de waardeverandering en de deelneming, sterker nog, die verandering heeft niks met de deelneming te maken.

Inmiddels heeft de wetgever ook hier ingegrepen en artikel 13 lid 6, tweede volzin Wet Vpb in de wet opgenomen.⁴⁰ Hierin is bepaald dat alle waardeveranderingen (dus ook die hun oorsprong vinden in omstandigheden die het gevolg zijn van feiten en omstandigheden die na de verwerving van de deelneming plaatsvinden) van de vordering uit hoofde van de balansgarantie zijn vrijgesteld.

Opvallend bij het voorgaande is mijns inziens dat de HR bij de earn-outregeling en balansgarantie een duidelijke grens trekt met betrekking tot de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling, terwijl de wetgever vervolgens de reikwijdte weer uitbreidt door de wet aan te passen.

⁴⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28 478, nr. 3 (MvT).

4 Afgeleid economisch belang

4.1 Algemeen

Uit de hierna te bespreken jurisprudentie kan afgeleid worden dat ook het hebben van een zogenaamd afgeleid economisch belang bij een aandeel toegang kan geven tot de deelnemingsvrijstelling. Dit is opvallend omdat de wet een harde eis van tenminste vijf procent aandeelhouderschap voorschrijft. In de werknemersoptiearresten trekt de HR voor het eerst de optiehouder gelijk met de aandeelhouder en bestempelt deze als een soort pseudo-aandeelhouder. Deze gedachtegang werd later in het Falconsarrest doorgetrokken waar de HR spreekt over het opsplitsen van het belang bij een aandeel. Volgens de HR is de deelnemingsvrijstelling bij zo'n opsplitsing bij beide belanghebbenden van dat aandeel van toepassing. In het schadevergoedingsarrest gaat de HR nader in op deze zogenaamde opgesplitstbelangdoctrine.

4.2 Het Falconsarrest

4.2.1 De Falcons casus

In het Falconsarrest ging het kortgezegd over de vraag of optievoordelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen.⁴¹ Belanghebbende, X BV, had een deelneming in A NV. Bij de oprichting van A NV is ook een obligatielening uitgegeven die na verloop van tijd via de beurs bij beleggers is geplaatst. Om de obligaties aantrekkelijker te maken, kregen obligatiehouders de mogelijkheid om zogenaamde falcons te kopen voor 40 gulden per stuk. Falcons staat voor 'fixed term agreements for long term call options on existing securities', wat in principe een optie met langere looptijd dan normaal is. Een falcon belichaamt het recht om tussen 1 juli 1988 en 30 juni 1992 een gewoon aandeel in A NV te kopen voor 140 gulden.

Om aan de verplichting die voortvloeit uit de falcons te voldoen, zijn X BV en andere aandeelhouders van A NV overeengekomen dat iedereen de juridische eigendom van 25 procent van zijn aandelen overdraagt aan een administratie- en trustkantoor. Deze aandelen werden geblokkeerde aandelen genoemd. Het economisch belang van de geblokkeerde aandelen bleef wel bij belanghebbende liggen, dit was overigens wel een beperkt belang: waardestijgingen boven de 140 gulden kwamen immers niet meer aan belanghebbende toe.

In de jaren hierop volgend heeft belanghebbende op de markt geblokkeerde aandelen en falcons bijgekocht alvorens zij in 1990 haar gehele belang in A NV (gewone aandelen, geblokkeerde aandelen, preferente aandelen en falcons) aan een derde verkocht.⁴²

In geschil was met name de vraag of het resultaat behaald met de verkoop van de falcons onder de deelnemingsvrijstelling viel. Belanghebbende betoogde (weliswaar subsidiair) dat de falcons

⁴¹ HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34 (m.nt. R.J. de Vries).

⁴² Zie conclusie A-G Wattel bij HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34 (m.nt. R.J. de Vries), onderdeel 1.1 t/m 1.9.

onlosmakelijk verbonden zijn met de deelneming die zij in A NV houdt en dat daarom de deelnemingsvrijstelling van toepassing moet zijn. De inspecteur neemt het standpunt in dat de falcons zelfstandig verhandelbare vermogensrechten zijn en dus niet dusdanig verband houden met de deelneming dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou moeten zijn.

4.2.2 Het oordeel van de HR

De HR stelt belanghebbende in het gelijk en geeft daarbij de volgende beoordeling: ‘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...’⁴³ De HR noemt daarbij enkele overwegingen die in acht genomen moeten worden.⁴⁴

Wanneer de *houder* van een als deelneming in de zin van artikel 13 Wet Vpb aan te merken pakket aandelen een calloptie (het recht om zijn aandelen te kopen voor een vastgestelde prijs) verleent op een of meer van zijn aandelen, valt de vergoeding die hij daarvoor krijgt onder de deelnemingsvrijstelling. Deze systematiek geldt eveneens voor putopties (het recht om de aandelen tegen een vastgestelde prijs te verkopen). De HR noemt hier expliciet een eerder door hem gewezen arrest waaruit afgeleid zou kunnen worden dat dit niet het geval zou zijn voor putopties, de HR is wat dit betreft dus ‘omgegaan’.⁴⁵

Vervolgens geeft de HR aan dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt op het resultaat op de optie voor de *verkrijger* van de deelneming bij uitoefening van de optie. Als verkrijgingsprijs wordt hierbij aangemerkt de uitoefenprijs, vermeerderd – in geval van een putoptie verminderd – met de betaalde vergoeding voor het verkrijgen van de optie.

Zelfs wanneer de optie uiteindelijk niet wordt uitgeoefend, valt voor de houder van een calloptie de betaalde vergoeding en voor de schrijver van een putoptie de ontvangen vergoeding onder de deelnemingsvrijstelling. Van essentieel belang hierbij is dat de houder respectievelijk de schrijver van de optie een deelneming zou verkrijgen bij de uitoefening van de optie.

Ook wanneer het calloptierecht wordt vervreemd of de putoptieverplichting wordt overgedragen, geldt de deelnemingsvrijstelling voor het hiermee behaalde resultaat, mits de houder van de calloptie respectievelijk de schrijver van de putoptie bij uitoefening van de optie een deelneming zou hebben verkregen.

⁴³ R.o. 3.3.1 bij HR, BNB 2003/34.

⁴⁴ R.o. 3.3.2 t/m 3.3.7 bij BNB 2003/34.

⁴⁵ Zie HR 6 maart 1996, BNB 1996/365. Hier kom ik op terug in onderdeel 4.3.4.

4.3 Hoe verhoudt het Falconsarrest zich met andere jurisprudentie?

4.3.1 Werknemersoptiearresten

Voor het Falconsarrest had de HR al arresten gewezen met betrekking tot de vraag hoe de relatie van een optiehouder tot een vennootschap geduid moest worden. Voorbeelden hiervan zijn de werknemersoptiearresten, die gezien kunnen worden als een opstap naar het Falconsarrest.⁴⁶

In de werknemersoptiearresten had een moedermaatschappij van een fiscale eenheid aan de werknemers van haar concern optierechten toegekend. De waarde van die rechten is na de toekenning gestegen, zodat ze op het moment van uitoefening meer waard zijn geworden. Belanghebbende wenste deze waardeverhoging ten laste van de fiscale winst te brengen, dit weigerde de HR echter.

Volgens de HR staat de houder van een optierecht op aandelen in de vennootschap die het optierecht heeft verleend namelijk in een rechtsbetrekking tot die vennootschap die overeenkomt met een aandeelhouder in die vennootschap. De HR bestempelt de optiehouder hier dus als een soort pseudo-aandeelhouder, waardoor alle transacties tussen de optiehouder en de vennootschap, net als voor de aandeelhouder, buiten de winstsfeer vallen. Dit wordt in de literatuur ook wel de pseudo-aandeelhouderleer genoemd.⁴⁷ Deze gedachtegang heeft HR in de volgende jaren doorgetrokken.⁴⁸

In eerdere jurisprudentie leek de HR nog een andere gedachtegang te hebben. In 1981 overwoog de HR namelijk het volgende: ‘de deelnemingsvrijstelling heeft uitsluitend betrekking op de voordelen welke worden genoten uit hoofde van het aandeelhouderschap van een vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, zodat deze vrijstelling voor het door belanghebbende uit hoofde van het conversierecht genoten voordeel geen toepassing kan vinden.’⁴⁹ Hier wordt de vergelijking met de aandeelhouder dus helemaal niet gemaakt.

In 2005 heeft de HR de pseudo-aandeelhouderleer van de werknemersoptiearresten echter ook doorgetrokken naar de houder van een converteerbare obligatie, zodat ook betalingen die gedaan zijn in verband met de conversie buiten de winstsfeer vallen.⁵⁰ De HR verwijst in deze overweging expliciet naar de werknemersoptiearresten.

Hoewel deze arresten niet specifiek over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling gingen, laten ze wel zien dat de HR de relatie van een houder van een optie of bijvoorbeeld een converteerbare obligatie tot een vennootschap gelijktrekt met die van een aandeelhouder. Na de werknemersoptiearresten was het dus nog maar een betrekkelijk kleine stap naar het Falconsarrest.

⁴⁶ HR 21 februari 2001, nr. 35 074, BNB 2001/160 en HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161.

⁴⁷ J.L. van de Streek, Cursus belastingrecht Vpb.2.4.1.C.b3.II.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld HR 22 maart 2002, nr. 36 392, BNB 2002/185 (concl. Van Kalmthout, m.nt. J.A.G. van der Geld).

⁴⁹ HR 16 december 1981, nr. 20 914, BNB 1982/72 (m.nt. J. Verburg).

⁵⁰ HR 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260 (concl. Van Ballegooijen, m.nt. R.J. de Vries).

4.3.2 Relatie met BNB 1986/118

Een vraag die opkwam naar aanleiding van het Falconsarrest is of er nog enige betekenis moet worden toegekend aan HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118. In dit arrest heeft de HR besloten dat een deelneming ook aanwezig is indien een belastingplichtige niet de juridische eigendom, maar wel het *gehele* (economische) belang bij de aandelen in een vennootschap toekomt. De HR overwoog dat, gelet op de strekking van de deelnemingsvrijstelling – namelijk voorkomen dat hetzelfde resultaat tweemaal in de heffing betrokken wordt – de term aandeelhouder in artikel 13 lid 2 sub a Wet Vpb niet alleen de eigenaar van de aandelen omvat, maar 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. De HR gebruikt in dit arrest dus hetzelfde argument als in het Falcons arrest, namelijk de strekking van de deelnemingsvrijstelling: het ne-bis-in-idembeginsel.

De meest voorkomende vorm van een gesplitst juridisch en economisch eigendom is de certificering van aandelen. Hierbij worden de aandelen ondergebracht bij een administratiekantoor, die vervolgens certificaten uitdeelt. De certificaathouder heeft het recht op dividend en meestal nog enkele andere rechten (de certificaathouder heeft het economische belang), terwijl het administratiekantoor de stemrechten en tevens de juridische eigendom van het aandeel heeft.

Een optiehouder heeft echter niet zoals een certificaathouder het *gehele* economische belang bij een aandeel. Bij de opties uit het Falconsarrest had de optiehouder bijvoorbeeld enkel belang bij een waardeinstijging boven de 140 gulden. De falcons belichaamde immers het recht om een gewoon aandeel te kopen voor 140 gulden. Wanneer het aandeel minder dan 140 gulden waard wordt/blijft zal de optie niet uitgeoefend worden.

Aangezien de optiehouder volgens het Falconsarrest toch recht heeft op de deelnemingsvrijstelling (mits de optiehouder een deelneming zou hebben verkregen bij uitoefening van de optie) lijkt het criterium niet langer het gehele economische belang te zijn, maar is een gedeeltelijk economisch belang voldoende. Omdat de HR in het Falconsarrest zich niet heeft uitgelaten over vraag hoe dat arrest zich verhoudt met BNB 1986/118, bleef het aanvankelijk onduidelijk of het arrest uit 1985 achterhaald was.⁵¹

Deze onduidelijk heeft de HR later weggenomen in HR 14 oktober 2005, nr. 41 275, BNB 2006/7, waar de conclusie uit getrokken kan worden dat inderdaad een gedeeltelijk economisch belang voldoende is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

In dit arrest werd de overweging uit het Falconsarrest overgenomen en gaf de HR aan dat in het onderhavige geval, net als in het Falconsarrest, sprake was van het opsplitsen van het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel. In dit zogenaamde netwerkorganisatie-arrest had belanghebbende haar pakket aandelen, dat een deelneming vormde, verkocht aan een derde. Hierbij had zij het recht bedongen dat wanneer de koper in de toekomst de aandelen weer zou verkopen voor

⁵¹ Zie bijvoorbeeld M.J. Peters 2003, M.A. van der Zande & F. van Horzen 2003, M.D. Bosch 2003.

een hogere prijs, haar een deel van die meerwaarde toekwam. Volgens de HR valt het uit hoofde van dit recht ontvangen bedrag onder de deelnemingsvrijstelling. Bij de koper vindt de deelnemingsvrijstelling toepassing op het bedrag van het verkoopresultaat verminderd met het aan de verkoper doorbetaalde bedrag. Met De Vries concludeer ik dat de HR het aandeelhouderschap veel ruimer interpreteert dan voorheen het geval was. De Vries geeft aan dat ‘BNB 1986/118c* definitief een achterhaald arrest [is] in die zin dat het daarin geformuleerde criterium van het volledige economische belang niet langer maatgevend is voor het antwoord op de vraag of een lichaam zonder juridische eigendom van de desbetreffende aandelen recht heeft op toepassing van de deelnemingsvrijstelling.’⁵²

4.3.3 Recht op nieuw uit te geven aandelen

Een andere vraag die na het Falconsarrest opkwam is of de deelnemingsvrijstelling ook geldt voor het recht op nieuw uit te geven aandelen. De HR overweegt in het Falconsarrest dat er bij een calloptie sprake is van een afsplitsing van het belang bij een aandeel. Bij een recht op een nieuw uit te geven aandeel kan er echter nog geen sprake zijn van afsplitsing van het belang, het aandeel wordt immers pas bij de uitoefening van de optie geëmitteerd. Met andere woorden: er is nog geen aandeel waarbij het belang opgesplitst kan worden. De HR heeft echter geoordeeld dat dit onderscheid niet van belang is en dat de deelnemingsvrijstelling ook geldt op het recht op nieuw uit te geven aandelen.⁵³ In het arrest waar de HR deze beslissing nam, had belanghebbende de aandelen in een dochter overgedragen aan een derde die in ruil hiervoor nieuwe aandelen zou uitgeven. Dit moest binnen drie maanden gebeuren, waardoor belanghebbende in die periode een afgeleid economisch belang heeft verkregen in de nieuw uit te geven aandelen.

4.3.4 Relatie met het putwarrantarrest

Zoals in onderdeel 4.2.2 al vermeld is, lijkt het dat de HR in het Falconsarrest het putwarrantarrest buitenspel heeft gezet. In het putwarrantarrest had belanghebbende zijn deelneming verkocht voor 30 gulden per aandeel en heeft daarbij de kopers de garantie verleend dat ze de aandelen voor 25 gulden in de toekomst kunnen verkopen aan een stichting.⁵⁴ Dit recht werd ten tijde van de vervreemding op 1,65 gulden gewaardeerd. Belanghebbende had de verplichting aan het eind van het jaar afgewaardeerd naar nihil en wenste de hiermee verband houdende winst als vrijgestelde winst aan te merken. Het Hof, en later de HR, ging hier echter niet in mee. Het Hof oordeelde namelijk dat een garantieverplichting als de onderhavige, waarvan de waarde ten tijde van de verkoop vaststaat, maar waarvan het uiteindelijke beloop op het moment van verkoop onzeker is en niet afhangt van feiten en

⁵² R.J. de Vries in zijn noot bij HR 14 oktober 2005, nr. 41 275, BNB 2006/7.

⁵³ HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254 (m.nt. D. Juch).

⁵⁴ HR 6 maart 1996, nr. 30 093, BNB 1996/365 (concl. Van Soest, m.nt. A.H.M. Daniels).

omstandigheden die rechtstreeks verband houden met de waarde van de deelneming ten tijde van de vervreemding, maar van het toekomstige waarde verloop van de verkochte aandelen, in mindering moet komen op de verkoopopbrengst van de aandelen. Latere waardeveranderingen van de garantieverplichting vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling.

Deze uitspraak is volledig in lijn met de eerder besproken earn-outregeling en balansgarantie.⁵⁵

De vraag die cruciaal is, is of het recht om de aandelen te verkopen tegen een vaststaande prijs, zoals in het onderhavige putwarrantarrest, gezien moet worden als een putoptie of een balansgarantie. Als het gezien moeten worden als een optie, moet de Falconsdoctrine gevolgd worden en is het putwarrantarrest achterhaald. Wordt het recht echter gezien als een soort balansgarantie (wat te beargumenteren valt: belanghebbende garandeert dat de aandelen in ieder geval niet minder dan 25 gulden waard zijn), dan is het putwarrantarrest niet in strijd met het Falconsarrest; het gaan dan om twee verschillende gevallen. In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld.⁵⁶

Ik merk hierbij op dat deze vraagstelling enkel nog academisch is, aangezien tegenwoordig (na de in onderdeel 3.3 besproken wetswijziging) de uitkomst voor beide situaties hetzelfde is. Wanneer de Falconsdoctrine gevolgd moet worden geldt de deelnemingsvrijstelling, wanneer het bestempeld wordt als een balansgarantie geldt óók de deelnemingsvrijstelling.⁵⁷

4.4 Het schadevergoedingsarrest

Tot slot een belangrijk arrest van de HR waarin duidelijkheid is verschaft over de vraag wanneer er nu precies sprake is van het opsplitsen van het belang bij een aandeel zoals bedoeld in het Falconsarrest. Tevens geeft de HR aan wanneer er voor het eerst sprake is van een deelnemingsverhouding. De HR borduurt in dit zogenaamde schadevergoedingsarrest dus voort op de opgesplitstbelangdoctrine die in het Falconsarrest is ontstaan.⁵⁸

De casus in dit arrest was als volgt: belanghebbende had een 50 procent deelneming in C, de andere 50 procent werden door een derde (G) gehouden. In de oprichtingsakte van C was een voorkeursrecht opgenomen zodat in bepaalde gevallen (zoals een belangrijke aandeelhouderswisseling), de aandeelhouder verplicht is om zijn aandelen aan de andere aandeelhouder aan te bieden. Bij G vond een belangrijke aandeelhouderswisseling plaats, wat reden was voor belanghebbende om een beroep te doen op het voorkeursrecht. Hier werd echter geen gehoor aan gegeven, wat uiteindelijk heeft geleid tot een schadevergoeding die G aan belanghebbende moest betalen. In geschil was of deze schadevergoeding onder de deelnemingsvrijstelling viel.

⁵⁵ Zie onderdeel 3.3 van deze thesis.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld M.D. Bosch 2003 en E.B. van der Stok 2003.

⁵⁷ Op grond van artikel 13 lid 6 Wet Vpb.

⁵⁸ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (concl. Wattel, m.nt. W.F.E.M. Egelie).

Belanghebbende meende dat de door haar ontvangen vergoeding is opgekomen uit hoofde van een door haar gehouden belang bij het door G gehouden 50 procent-aandelenpakket. Belanghebbende doet dus in feite in beroep op het Falconsarrest door te stellen dat het belang in de door G gehouden aandelen is opgesplitst en dat zij hierin een afgeleid economisch belang heeft.

Dit standpunt werd door de HR afgewezen door de opgesplitstbelangdoctrine uit het Falconsarrest nader in te vullen.

Allereerst geeft de HR aan dat er geen sprake is van een deelnemingsverhouding wanneer partijen nog in de precontractuele fase zitten met betrekking tot de (ver)koop van een pakket aandelen. Hiervan is eerst sprake wanneer een overeenkomst is gesloten waarbij (1) de wederpartij zich heeft verplicht de aandelen aan hem te leveren en (2) de belastingplichtige zich heeft verplicht de op verwerving van die aandelen gerichte tegenprestatie(s) te leveren. Als aan deze voorwaarden voldaan is, dit is het geval wanneer er daadwerkelijk een contract is afgesloten, zijn eventuele schadevergoedingen als het gevolg van het niet nakomen van dat contract wél vrijgesteld. De totstandkoming van een verkoopovereenkomst is dus het omslagpunt met betrekking tot de vraag of schadevergoedingen al dan niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.⁵⁹

Vervolgens geeft de HR aan wanneer er sprake is van een opgesplitst belang als bedoeld in het Falconsarrest. Dit is het geval wanneer partijen (1) een dergelijke opsplitsing hebben beoogd en (2) in een overeenkomst (afgesplitste) rechten op het desbetreffende aandeel hebben gecreëerd. Volgens de HR kan er geen sprake zijn van een opgesplitst belang in de precontractuele fase.

Wanneer de precontractuele fase nog niet is afgerond is de deelnemingsvrijstelling voor de beoogde koper dus niet van toepassing. Dit is het geval wanneer de beoogde koper de schadevergoeding ontvangt, maar ook wanneer hij deze moet betalen.⁶⁰ In het eerste geval is er nog geen sprake van een deelnemingsverhouding ten opzichte van het pakket aandelen waar de schadevergoeding betrekking op heeft, hier heeft de koper namelijk geen afgeleid economisch belang bij. In het tweede geval kan de betaalde schadevergoeding niet aan een verworven deelneming toegerekend worden, de schadevergoeding heeft immers betrekking op het niet verworven pakket aandelen.

Opvallend hierbij is dat de HR aangeeft dat het met de strekking van de deelnemingsvrijstelling (het ne-bis-in-idembeginsel) strookt de schadevergoeding in beide gevallen bij de koper en de verkoper gelijk te behandelen.⁶¹ De strekking heeft dus niet alleen een verticale werking (tussen moeder en dochtervennootschap) zoals voor dit arrest nog het uitgangspunt was, maar ook een horizontale werking (tussen koper en verkoper).

⁵⁹ J.L. van de Steek, *Cursus belastingrecht*, Vpb.2.4.4.C.c3.

⁶⁰ R.o. 2.4.5 bij HR, BNB 2017/11.

⁶¹ R.o. 2.4.6 bij HR, BNB 2017/11.

Bij opties is deze horizontale symmetrie te verdedigen omdat de resultaten van zowel de houder als de schrijver van de optie afhankelijk zijn van de waardeveranderingen van de deelneming. Ditzelfde argument kan gebruikt worden bij schadevergoedingen. De hoogte van de schadevergoeding zal immers grotendeels afhankelijk zijn van de misgelopen winsten/waardeveranderingen van de deelneming.

Op dit laatste is wel enige kritiek denkbaar. Het verband tussen de hoogte van de schadevergoeding en de waardeveranderingen van de deelneming is mijns inziens minder direct dan het verband tussen het resultaat op opties en de waardeveranderingen van de deelneming.⁶² De hoogte van de schadevergoeding hoeft namelijk niet volledig bepaald te worden door de omvang van misgelopen winsten of waardeveranderingen van de deelneming, deze kan ook afhankelijk zijn van bijvoorbeeld geleden reputatieschade doordat de aandelenkoop niet is doorgegaan.

Daarnaast bestaat er mijns inziens in principe geen direct causaal verband tussen de schadevergoeding en de deelneming. De schadevergoeding vindt zijn oorsprong in de wanprestatie van de tegenpartij, namelijk het niet nakomen van het contract en houdt niet zozeer verband met de deelneming zelf. Zoals A-G Wattel in zijn conclusie aangeeft, verandert de wijze van de schadebegroting het karakter van de schadevergoeding niet en is een recht op vergoeding van een onrechtmatig onthouden voordeel (het mislopen van winsten) niet hetzelfde als dat voordeel.⁶³ Het is mijns inziens dan ook niet vanzelfsprekend dat dit hetzelfde behandeld zou moeten worden.

Ondanks de hierboven genoemde kritiek is het evenwicht dat de HR bewerkstelligt door de schadevergoeding bij de koper en verkoper gelijk te behandelen wenselijk. Het is immers logisch dat hetzelfde object bij verschillende subjecten gelijk behandeld wordt. Op deze manier wordt er geen belasting misgelopen en wordt er ook niet te veel geheven.

Tot slot speelt de vraag nog hoe het schadevergoedingsarrest zich verhoudt met BNB 1985/200. Over deze vraag laat de HR zich namelijk niet uit in het schadevergoedingsarrest. In BNB 1985/200 oordeelde de HR dat de schadevergoeding (ondanks dat de precontractuele fase was afgesloten) niet onder de deelnemingsvrijstelling viel, omdat de oorzaak van de schadevergoeding gelegen was in de wanprestatie van de wederpartij.⁶⁴ In dit arrest achtte de HR het ontbreken van causaliteit dus doorslaggevend.

⁶² W.F.E.M. Egelie in zijn noot bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11; Anders: Schuls & Knops 2015, p.1. Zij argumenteren dat de schadevergoeding de afkoop van een aandeelhoudersrecht betreft dat onlosmakelijk verbonden is aan het (eigen) aandelenbezit van belanghebbende in de betreffende vennootschap.

⁶³ A.G. Wattel in zijn conclusie bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, onderdeel 6.22 t/m 6.23.

⁶⁴ HR 6 maart 1985, nr. 22 572, BNB 1985/200 (m.nt. Verburg).

Naar aanleiding van het schadevergoedingsarrest zal het arrest uit 1985 als achterhaald beschouwd moeten worden. Wanneer de huidige schadevergoedingsleer op dat arrest losgelaten zou worden, zou immers tot een andere conclusie gekomen worden, namelijk dat de schadevergoeding vrijgesteld zou zijn.

5 Conclusie

5.1 Samenvatting

In deze thesis is een onderzoek gedaan naar de vraag wanneer er sprake is van voldoende causaliteit om te spreken van een voordeel uit hoofde van een deelneming zodat de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden en hoe de jurisprudentie omtrent deze vraag zich verhoudt met de ratio van de deelnemingsvrijstelling.

In hoofdstuk twee is de deelnemingsvrijstelling in het algemeen behandeld, meer specifiek is gekeken naar de ratio en het karakter van de regeling en wat de voorwaarden zijn alvorens de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Het voornaamste wat uit dit hoofdstuk geconcludeerd kan worden, is dat de grondslag van de deelnemingsvrijstelling het voorkomen van dubbele belastingheffing is. Dit zogenaamde ne-bis-in-idembeginsel wordt vaak ruim uitgelegd door de HR waardoor de deelnemingsvrijstelling al ‘snel’ van toepassing is. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de Falconsjurisprudentie.

In het derde hoofdstuk zijn de voordelen uit hoofde van een deelneming aan bod gekomen. De wet stelt alle voordelen uit hoofde van een deelneming vrij, wat bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling past. Belangrijk is dat er een causaal verband bestaat tussen het voordeel en het aandeelhouderschap in de deelneming: de moeder vennootschap moet het voordeel genieten in haar hoedanigheid van aandeelhouder. Vervolgens werd ingegaan op een aantal specifieke gevallen, namelijk valutaresultaten, de earn-outregeling en balansgarantie. Ik heb aangegeven dat er bij valutaresultaten geen risico bestaat op dubbele belasting, dus met het oog op de strekking van de deelnemingsvrijstelling is het niet logisch dat deze resultaten toch vrijgesteld zijn. Waarschijnlijk heeft de wetgever valutaresultaten om uitvoeringstechnische redenen vrijgesteld. Ik kom hier in de volgende paragraaf op terug. Bij de earn-outregeling en balansgarantie is er sprake van een (ver)koop van een deelneming waarbij de vergoeding op het moment van vervreemding nog niet volledig vaststaat. De HR oordeelde kortgezegd dat de waarde van de onzekere vergoeding op het moment van de vervreemding zo goed mogelijk moet worden ingeschat en tot dusverre is vrijgesteld. Verdere waardeverandering van het recht op de vergoeding vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling wanneer deze afhankelijk zijn van resultaten van de deelneming in de toekomst. Omdat deze uitkomst in de praktijk zorgde voor waarderingsmismatches bij koper en verkoper heeft de wetgever de earn-outregeling en balansgarantie alsnog onder de deelnemingsvrijstelling gerangschikt.

Tot slot is in hoofdstuk vier de belangrijke problematiek omtrent het zogenaamde afgeleid economisch belang besproken. Uit de in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie blijkt namelijk dat ook het hebben van een afgeleid economisch belang kan volstaan om toegang te krijgen tot de

deelnemingsvrijstelling, terwijl de wet (vijf procent) aandeelhouderschap vereist. In het Falconsarrest geeft de HR aan dat het met de strekking van de deelnemingsvrijstelling strookt om de deelnemingsvrijstelling toe te passen bij beide belanghebbenden wanneer het belang bij een aandeel is opgesplitst. Dit is het eerste arrest waar de HR het heeft over het opsplitsen van het belang bij een aandeel. In het Falconsarrest ging het concreet om opties op aandelen. De HR geeft aan dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op resultaten behaald met opties, mits de houder van de optie een deelneming zou verkrijgen als deze uitgeoefend zou worden. Verder is in dit hoofdstuk relevante jurisprudentie besproken. Zo heeft het Falconsarrest BNB 1986/118 achterhaald waardoor niet meer het gehele economisch belang, maar een gedeeltelijk economisch belang bij een deelneming al toegang kan geven tot de deelnemingsvrijstelling. In het schadevergoedingsarrest is de opgesplitstbelangdoctrine door de HR verder uitgewerkt. Van het opsplitsen van het belang bij een aandeel is sprake als beide partijen die opsplitsing hebben beoogd en dit ook in een overeenkomst hebben vastgelegd. Dit was bij opties dus het geval, bij een schadevergoeding is dat niet zo als de partijen nog in de precontractuele fase zitten (dan is er immers nog geen overeenkomst). Het omslagpunt is dus het moment dat een overeenkomst gesloten wordt. Tevens blijkt uit het schadevergoedingsarrest dat de deelnemingsvrijstelling niet alleen een verticale (tussen moeder en dochter), maar ook een horizontale (tussen koper en verkoper) werking heeft.

5.2 Persoonlijke opvatting en conclusie

Wat me het meest is opgevallen tijdens het schrijven van deze thesis is dat de deelnemingsvrijstelling erg ruim uitgelegd moet worden. De vrijstelling strekt in ieder geval verder dan het ne-bis-in-idembeginsel. Het meest voor de hand liggende voorbeeld waarbij dit het geval is, is de vervreemding van een deelneming waarbij de verkoper simpelweg een (te) hoge prijs heeft bedongen. Boekwinsten, die onder de deelnemingsvrijstelling vallen, zijn lang niet altijd een afspiegeling van eerder of nog te belasten winsten bij de dochter. Ze kunnen ook het gevolg zijn van, zoals Aardema het beschrijft, een sukkel die simpelweg een te hoge prijs voor de deelneming betaalt.⁶⁵ Hetzelfde geldt voor valutaresultaten zoals ik in hoofdstuk drie heb aangehaald, ook hier is er geen sprake van eerder of nog te belasten winsten bij de dochter. De redenatie van de wetgever om valutaresultaten om uitvoeringstechnische redenen vrij te stellen vind ik dan ook geen logische. Ik begrijp dat het praktisch niet uitvoerbaar is om bij *elk* voordeel dat opkomt bij de moeder te controleren of het ook daadwerkelijk belast is of belast gaat worden bij de dochter. Bij goodwill is dit bijvoorbeeld lastig: op het moment dat een deelneming met daarin goodwill vervreemd wordt, is het nog niet vast te stellen of die goodwill in de toekomst ook daadwerkelijk gerealiseerd gaat worden. Valutaresultaten zijn echter een ander verhaal omdat hierbij al vaststaat dat ze nooit bij de dochter zullen opkomen. Dit

⁶⁵ E. Aardema 1989.

hoeft dan ook niet meer gecontroleerd te worden, waardoor er mijns inziens geen uitvoeringstechnische problemen zijn.

Daarnaast geven de in hoofdstuk drie besproken onderdelen een goede illustratie van de ruime strekking van de deelnemingsvrijstelling. Zo legt de HR de deelnemingsvrijstelling (te) ruim uit bij valutaresultaten en daar waar de HR een grens trekt (bij de earn-outregeling en balansgarantie), springt de wetgever in om (weliswaar om budgettaire redenen) de deelnemingsvrijstelling alsnog van toepassing te laten zijn. De wetswijziging met betrekking tot de earn-outregeling en balansgarantie was mijns inziens wel nodig. Na het earn-outarrest was er namelijk een heffingslek ontstaan doordat de koper en verkoper van de deelneming het earn-out recht anders waardeerden. De wetswijziging heeft dit probleem opgelost en is tevens in lijn met de latere jurisprudentie omtrent het afgeleid economisch belang. Het resultaat dat met het earn-out recht behaald wordt, is namelijk afhankelijk van de toekomstige winstontwikkeling van de deelneming.

Toch baseert de HR zijn beslissingen vaak op de strekking van de deelnemingsvrijstelling. Dit doet hij bijvoorbeeld expliciet in het Falconsarrest. Dit is mijns inziens een terechte zienswijze: het resultaat dat op de optie behaald wordt, is immers afhankelijk van de waardeveranderingen van de deelneming. Een waardestijging van de onderneming van de deelneming is bij de deelneming belast en zou zonder toepassing van de deelnemingsvrijstelling in principe ook belast zijn bij de optiehouder (de optie zal hierdoor namelijk meer waard worden).

Een duidelijke grens trekt de HR in het schadevergoedingsarrest. Daarin is bepaald dat geen recht op de deelnemingsvrijstelling bestaat wanneer er nog geen overeenkomst is gesloten. Wat hieruit afgeleid kan worden, is dat iemand geen afgeleid economisch belang bij een aandeel kan hebben wanneer nog geen overeenkomst is gesloten. Daarnaast blijkt uit het schadevergoedingsarrest dat de deelnemingsvrijstelling ook een horizontale werking heeft. Hoewel ik enige kritiek heb geuit op deze horizontale werking, denk ik dat het bereikte evenwicht tussen koper en verkoper een goede zaak is. Zoals ik in hoofdstuk vier heb aangegeven, is het logisch dat hetzelfde object hetzelfde behandeld wordt bij verschillende subjecten. Wel ben ik van mening dat de HR in het schadevergoedingsarrest de relevantie van de causaliteitseis enigszins heeft ingeperkt. De oorzaak van de schadevergoeding ligt namelijk in de wanprestatie van de tegenpartij. Hieruit zou strikt gezien geconcludeerd kunnen worden dat de deelnemingsvrijstelling niet zou moeten gelden voor de schadevergoeding, hetgeen de HR ook in BNB 1985/200 beslist heeft. In het schadevergoedingsarrest kijkt de HR echter niet zozeer naar de vraag wat de oorzaak van het voordeel is, maar of er sprake is van een deelnemingsverhouding. De HR heeft bepaald dat zodra er een deelnemingsverhouding is, het voordeel in principe is vrijgesteld.

Geconcludeerd kan worden dat er al snel sprake is van een causaal verband tussen een voordeel en het aandeelhouderschap in een deelneming. Uit de besproken jurisprudentie blijkt eigenlijk dat vrijwel alle voordelen vrijgesteld zijn zodra de belastingplichtige vijf procent aandeelhouder is in de deelneming. Dit gaat zelfs verder dan alleen wanneer er sprake is van aandeelhouderschap, zo is gebleken uit hoofdstuk vier. Ook het hebben van een afgeleid economisch belang bij een aandeel geeft namelijk toegang tot de deelnemingsvrijstelling. Van belang hierbij is dat de belanghebbende wel recht moet hebben op minimaal vijf procent van de aandelen in de deelneming, zo blijkt uit het Falconsarrest.

Deze ruime interpretering blijkt duidelijk uit de jurisprudentie omtrent de vraag of een voordeel opkomt uit hoofde van de deelneming of uit anderen hoofde. Ik vind de ruime reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling een goede zaak zolang de doelstelling het voorkomen van dubbele belasting blijft. In de praktijk zijn er zoals gezegd echter bepaalde gevallen waarin de vrijstelling verder gaat dan het ne-bis-in-idembeginsel. Wat dat betreft is de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling in mijn optiek te ruim geworden.

Literatuurlijst

- E. Aardema, *Deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief*, Belastingbeschouwingen, Kluwer 1989
- E. Aardema bij HR 12 juli 2002, nr. 37 136, BNB 2003/61 (noot)
- M.D. Bosch, *Het Falcon-arrest. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op opties*, MBB 2003/1
- W.F.E.M. Egelie bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (noot)
- J.A.G. van der Geld, *Evolutie en toekomstperspectief van de deelnemingsvrijstelling*, WFR 1994/987
- E.J.W. Heithuis, *HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10: gemiste kans!*, WFR 2016/170
- M.J. Peters, *Van de regen in de drup?*, WFR 2003/501
- Schuls & Knops, *Schadevergoedingen en deelnemingsvrijstelling (deel 1)*, WFR 2015/1046
- Schuls & Knops, *Schadevergoedingen en deelnemingsvrijstelling (deel 2)*, WFR 2015/1069
- E.B. van der Stok, *Falcons: duidelijkheid over fiscale behandeling opties?*, WFR 2003/3
- J.L. van de Streek, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting) 2017-2018*, Kluwer
- K.E. Tijsterman, Commentaar bij art. 13 Wet Vpb 1969, NDFR
- R.J. de Vries bij HR 14 oktober 2005, nr. 41 275, BNB 2006/7 (noot)
- A.G. Wattel bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (conclusie)
- M.A. van der Zande & F. van Horzen, *Opties op aandelen na het falcons-arrest*, WFR 2003/507
-
- Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 2
- Kamerstukken II 2001/02, 28 478, nr. 3 (MvT)
- Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 (MvT)
- Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 4
- Kamerstukken II 2010/2011, 32 818, nr. 3 (MvT)

Jurisprudentieoverzicht

HR 23 april 1958, nr. 13 509, BNB 1958/179

Hof 's-Gravenhage 15 januari 1981, nr. 91/80, BNB 1982/118

HR 16 december 1981, nr. 20 914, BNB 1982/72

HR 9 juni 1982, nr. 21 142, BNB 1982/230

HR 6 maart 1985, nr. 22 572, BNB 1985/200

HR 16 oktober 1985, nr. 23 033, BNB 1986/118

HR 19 oktober 1988, nr. 25 425, BNB 1989/43

HR 3 maart 1993, nr. 28 598, BNB 1993/180

HR 6 maart 1996, nr. 30 093, BNB 1996/365

HR 23 februari 2000, nr. 34 253, BNB 2000/215

HR 21 februari 2001, nr. 35 074, BNB 2001/160

HR 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161

HR 22 maart 2002, nr. 36 392, BNB 2002/185

HR 12 juli 2002, nr. 37 136, BNB 2003/61

HR 22 november 2002, nr. 36 272, BNB 2003/34

HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254

HR 20 mei 2005, nr. 40 038, BNB 2005/260

HvJ 28 februari 2008, C-293/06, NTFR 2008/561

Hof Den Haag 13 januari 2015, BK-14/00254, V-N 2015/10.15

HvJ 10 juni 2015, C-686/13, NTFR 2015/1761

HR 8 juli 2016, nr. 15/00878, V-N 2016/36.10

HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11