

Genoteerd

**Fiscale aandachtspunten in de SPA bij
een overname van een vennootschap uit
een fiscale eenheid**

In deze uitgave

- Inleiding
- Enkele basisbepalingen in de SPA
- Belangrijke aandachtspunten bij een overname uit een fiscale eenheid
- Afsluiting

1. Inleiding

In de fusie- en overnamepraktijk komt het veelvuldig voor dat één of meerdere Nederlandse kapitaalvennootschappen (**Target**) uit een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting ex artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (**Wet Vpb**) worden verkocht, hierna aangeduid met 'fiscale eenheid'. De fiscale gevolgen daarvan vormen vaak reden voor verkoper en koper van die Target om specifieke bepalingen in de koopovereenkomst (afgekort **SPA**) op te nemen. In deze Genoteerd worden enkele van deze fiscale aspecten behandeld. Hoewel de fiscale eenheidsregelgeving uitgebreid is en doorwerkt naar veel andere fiscale regelingen, zal deze bijdrage beperkt blijven tot de in de praktijk veel voorkomende aandachtspunten. Om een beter begrip te krijgen worden in onderdeel 2 eerst enkele basisbepalingen in de SPA behandeld. Vervolgens worden in onderdeel 3 de belangrijkste aandachtspunten voor de fiscale eenheid besproken. In onderdeel 4 wordt deze bijdrage afgesloten met een aantal afsluitende opmerkingen.

Bij het schrijven van deze bijdrage is uitgegaan van de volgende situatie:

*'Een binnenlandse koper koopt van de verkoper 100% van de aandelen in het kapitaal van Target. Target bezit op haar beurt 100% van de aandelen in het kapitaal van een andere Nederlandse besloten vennootschap (**Dochter**). De verkoper, Target en Dochter vormen al een aantal jaren een fiscale eenheid. Ook andere dochtervennootschappen van de verkoper die niet worden verkocht maken deel uit van deze fiscale eenheid.'*¹

2. Enkele basisbepalingen in de SPA

2.1 Koopprijsbepaling

Een koopprijs komt doorgaans tot stand door eerst een waarde van de gehele te verkopen onderneming (de **enterprise value**) vast te stellen. Deze waarde

kan op verschillende manieren worden bepaald.

Typische methodes zijn een waardering op basis van een contante waardeberekening van de verwachte toekomstige operationele vrije kasstromen (discounted cash flow (**DCF**) methode) of een waardering op grond van een bepaalde factor (multiple) van de EBIT(DA) (bedrijfsresultaat voor rente, belastingen, afschrijvingen en waardeverminderingen).

Vervolgens wordt de enterprise value in de regel een-op-een verminderd met de netto schulden (i.e. schulden minus liquide middelen) van de onderneming. Daarnaast zal de enterprise value vaak nog aangepast worden voor mutaties in het daadwerkelijke aanwezige netto werkkapitaal, soms gemeten ten opzichte van een bepaald normatief bedrag aan netto werkkapitaal dat geacht wordt benodigd te zijn voor de voortzetting van de normale bedrijfsvoering van de onderneming. Nadat deze aanpassingen hebben plaatsgevonden is de aandeelhouderswaarde (de **equity value**) vastgesteld. De equity value is in principe gelijk aan de koopprijs van de aandelen. De aanpassing voor netto schuld en netto werkkapitaal die gemaakt wordt om de vertaalslag te maken van de enterprise value naar de equity value, wordt in de praktijk vaak aangeduid als de 'equity bridge'.

Over de invulling van de equity bridge en de juiste definitie van netto schuld en netto werkkapitaal, wordt in de praktijk soms flink discussie gevoerd tussen de koper en de verkoper. Doorgaans is er een tegengesteld belang; de koper wil bijvoorbeeld zoveel mogelijk items onder schuld meenemen met als doel koopprijsverlaging terwijl de verkoper dit zo veel mogelijk wil beperken. In deze discussies spelen belastingposten in de commerciële jaarrekening vaak ook een rol. Formele belastingschulden, maar ook voorzieningen voor belastingen die materieel verschuldigd zijn doch nog niet formeel vastgesteld, zullen vaak in de post schulden of werkkapitaal worden meegenomen.

Een aparte categorie vormen de belastinglatenties in de commerciële jaarrekening. Een belastinglatentie wordt opgenomen in het geval er tijdelijke verschillen

¹ In deze situatie is er sprake van een 'normale' fiscale eenheid tussen de verkoper, Target en Dochter. Op basis van artikel 15 Wet Vpb is ook een situatie denkbaar waarin er sprake is van een zogenoemde 'Papillon fiscale eenheid' of een 'zusjes fiscale eenheid'. Voor een uitgebreide behandeling hiervan verwijs ik naar de Genoteerd 'De Wet aanpassing fiscale eenheid', mei 2017, nr. 114. De hierna beschreven aandachtspunten gelden in principe ook bij een vervreemding uit een dergelijke fiscale eenheid, met dien verstande dat in bepaalde gevallen de gevolgen mogelijk anders kunnen uitpakken bijvoorbeeld indien een vennootschap wordt vervreemd die als moedermaatschappij van een 'zusjes fiscale eenheid' is aangewezen. In deze bijdrage wordt hier niet verder op ingegaan.

bestaan tussen de commerciële boekwaarde van een actiefpost of passiefpost en de fiscale boekwaarde. In de loop van de tijd zullen deze verschillen verdwijnen. Afhankelijk van het verschil in waardering op de commerciële en fiscale balans zal een passieve latentie (verplichting) of actieve latentie in aanmerking worden genomen. Een actieve belastinglatentie wordt ook in de commerciële jaarrekening opgenomen in het geval er bijvoorbeeld beschikbare verrekenbare verliezen zijn en het waarschijnlijk is dat deze verliezen zullen worden benut. Bij een fiscale eenheid ligt de verrekenbaarheid van bepaalde verliezen iets gecompliceerder; zie onderdeel 3.5 hierna.

Het is niet altijd duidelijk hoe met de belastinglatenties wordt omgegaan voor de bepaling van de koopprijs. In de praktijk komt het regelmatig voor dat een passieve belastinglatentie niet in schuld of het netto werkkapitaal wordt meegenomen en het dus geen invloed heeft op de equity bridge. Het betreft dan veelal een overname van een operationele onderneming waarbij de koper de onderneming op een going concern-basis koopt. Dit wil echter niet per definitie zeggen dat de passieve belastinglatentie geen invloed heeft gehad op de koopprijs. Bij een adequate DCF-waardering is het goed mogelijk dat al rekening is gehouden met het effect van deze belastinglatentie op de toekomstige winsten en dus op de koopprijs.² Dit lijkt onwaarschijnlijk bij een EBIT(DA) multiple-waardering.³ Of een belastinglatentie in de praktijk inderdaad zal worden meegenomen bij het bepalen van de koopprijs, d.w.z. via de enterprise value of in de equity bridge, is niet altijd bij voorbaat duidelijk en niet zelden onderwerp van de commerciële onderhandelingen.

2.2 Koopprijsmechanisme: completion accounts of locked box

De koopprijs wordt in de meeste transacties bepaald met behulp van een completion accounts mechanisme of via een locked box mechanisme. Deze veelgebruikte mechanismes bepalen, kort gezegd, per welke datum de koopprijs moet worden bepaald en wanneer de onderneming voor rekening en risico van de koper komt.

Bij een completion accounts mechanisme wordt per de datum van daadwerkelijke levering van de aandelen (**completion**) een overnamebalans opgesteld en worden de posten in de equity bridge, netto schuld en het netto werkkapitaal, daarvan afgeleid. De onderneming komt vanaf completion voor rekening en risico van de koper. Aangezien op completion de overnamebalans en overige relevante financiële gegevens van Target en Dochter per diezelfde datum eigenlijk nooit beschikbaar zullen zijn, zal de overnamebalans door partijen na completion moeten worden opgesteld. In de SPA moeten duidelijke afspraken gemaakt worden over de bepaling van de koopprijs en in het bijzonder over de aanpassingen via de equity bridge per completion. De SPA zal daarom gedetailleerde bepalingen bevatten met betrekking tot de definities van netto schuld en netto werkkapitaal. Nadat de overnamebalans uiteindelijk is vastgesteld conform de criteria in de SPA kan de koopprijs worden aangepast voor netto schulden en mutaties in het netto werkkapitaal. Partijen geven in de praktijk vaak de voorkeur om per completion uit te gaan van een koopprijs op basis van geschatte posities voor netto schuld en mutaties in het werkkapitaal. Aan de hand van de later vastgestelde overnamebalans zullen deze schattingen dan worden vergeleken met de daadwerkelijke bedragen en verschillen worden verrekend door middel van een aanpassing van de koopprijs. De vaststelling van de overnamebalans achteraf is een proces waar in de praktijk tussen partijen nogal wat discussie ontstaat; bijvoorbeeld omdat de netto schuld of netto werkkapitaal niet duidelijk is afgebakend. Het kan dus enige tijd duren voordat de koopprijs definitief is vastgesteld.

Mede vanwege de discussies die zich voor en na completion kunnen voordoen in het geval van een completion accounts mechanisme wordt vooral in Europa veelal de voorkeur gegeven aan het 'locked box' mechanisme. Het locked box mechanisme gaat uit van een balans per een effectieve datum die ligt vóór de ondertekening van de SPA (**signing**) en completion. Op basis van die balans wordt de koopprijs, in het bijzonder de aanpassingen via de equity bridge, bepaald.

² Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als bij het bepalen van de vrije kasstromen rekening is gehouden met de fiscale afschrijvingen ter bepaling van de 'outflow' aan vennootschapsbelasting.

³ Meer algemeen geldt dat belastingposten dus ook op een andere wijze invloed kunnen hebben op de koopprijs. Het is belangrijk voor de koper en de verkoper om zo goed mogelijk inzicht te hebben op wat er precies allemaal is meegenomen bij het bepalen van de koopprijs en de onderliggende enterprise value, equity bridge en equity value. Dit is soms lastig omdat transparantie op dit punt niet altijd in het belang is van de koper of verkoper.

De koopprijs staat dan in principe vast; de SPA hoeft dus niet bepalingen te bevatten voor latere koopprijsaanpassingen op basis van de equity bridge. Vanaf die effectieve datum is de koper doorgaans een vergoeding (vergelijkbaar aan rente) verschuldigd over de koopsom, als gevolg van het feit dat de verkoper die pas ontvangt op completion.

De onderneming komt vanaf de effectieve datum voor rekening en risico van de koper. Echter, de koper heeft dan nog geen controle over Target en Dochter, aangezien de aandelen pas op completion worden overgedragen. De koper zal daarom bescherming willen in de SPA dat er vanaf die effectieve datum tot en met completion geen waarde aan de onderneming wordt onttrokken (**leakage**) anders dan in het kader van de normale bedrijfsuitoefening. Het idee is dat op de effectieve datum een deksel op de doos van de onderneming wordt gelegd en dat de koper die gesloten doos (locked box) op completion krijgt. Mocht er desondanks sprake zijn van leakage in de tussenliggende periode, dan zal de SPA doorgaans bepalen dat dit wordt vergoed door de verkoper.

In de regel zal de SPA bepalingen (ook wel 'pre-completion undertakings' genoemd) bevatten die voorschrijven dat specifieke handelingen of besluiten in de periode vanaf signing tot completion voorafgaand dienen te worden goedgekeurd door de koper (vaak onder het beding dat de koper deze goedkeuring niet op onredelijke gronden kan onthouden). Het gaat hier om handelingen of besluiten buiten de normale bedrijfsuitoefening van Target en Dochter die een negatieve impact op de (toekomstige) waarde van de onderneming kunnen hebben.⁴ Denk hierbij bijvoorbeeld aan het uitkeren van dividenden, het inkopen van aandelen, het wijzigen van de statuten, het doen van materiële (des-)investeringen, het aangaan van materiële verplichtingen en het ontslaan van belangrijke werknemers.⁵

Zoals hierboven is aangegeven, vindt op completion de daadwerkelijke levering van de aandelen in Target aan koper plaats. In Nederland gaat het dan om het passeren van de notariële akte van levering. Completion vindt plaats zodra aan alle voorwaarden in de SPA is voldaan. Vaak nemen verkoper en koper opschortende voorwaarden in de SPA op die completion opschorten totdat al deze voorwaarden zijn vervuld of door de koper hiervan afstand is gedaan. Een voor de hand liggend voorbeeld van een dergelijke opschortende voorwaarde is het verkrijgen van goedkeuring van de relevante mededingingsautoriteit.

2.3 Fiscale garanties en vrijwaringen

Bij elke overname worden afspraken gemaakt over de verdeling van risico's, in het bijzonder vaak ook fiscale risico's die specifiek zijn geïdentificeerd in het fiscaal due diligence-onderzoek door koper of waarvan niet kan worden uitgesloten dat zij zich zullen verwezenlijken. Kort gezegd, zijn er voor de koper drie mogelijkheden om deze risico's af te dekken in de SPA: (i) door deze te verdisconteren in de koopprijs, bijvoorbeeld door het mee te nemen als schuld in de equity bridge, (ii) door het opnemen van fiscale garanties, of (iii) door het opnemen van een fiscale vrijwaring. Hoe groter de kans op verwezenlijking van het kwantificeerbare fiscale risico, hoe eerder een koper dat risico af zou willen dekken door een aanpassing van de koopprijs. In andere gevallen zal een koper kiezen voor het opnemen van bepaalde fiscale garanties of een fiscale vrijwaring.

De fiscale garanties omschrijven feiten en omstandigheden met betrekking tot de fiscale positie van Target en Dochter die door de verkoper als juist worden verklaard.⁶ Indien bepaalde feiten en omstandigheden later onjuist blijken te zijn en er sprake is van een inbreuk op een verstrekte garantie, dan is mogelijk sprake van schade waarvoor door de koper vergoeding kan worden gevorderd. Er zijn echter diverse beperkingen, zowel

4 Dergelijke pre-completion undertakings worden bij een completion accounts mechanisme ook vaak in de SPA opgenomen indien er enige tijd gelegen is tussen signing en completion. Hoewel de koper in het geval van een completion accounts mechanisme al een zekere mate van bescherming heeft doordat er op basis van een overnamebalans nog een koopprijsaanpassing voor netto schuld of mutaties in het netto werkkapitaal kan plaatsvinden, worden dergelijke afspraken toch vaak gemaakt. De koper wil niet voor onverwachte (toekomstige) waardeveranderingen komen te staan en wil ook niet het risico lopen dat een verplichting of onttrekking in verband met die handeling of beslissing niet wordt meegenomen in een koopprijsaanpassing. Tevens zal de koper niet willen dat de aard van de gekochte onderneming zal veranderen.

5 Dergelijke verplichtingen worden ook vaak door banken bedongen in leningsdocumentatie om te vermijden dat de aflossingsmogelijkheden van de lening negatief worden beïnvloed.

6 Naast een beschermende werking die fiscale garanties kunnen bieden, is het eisen van dergelijke garanties ook een goed middel om informatie te vergaren over Target en Dochter.

in tijd als omvang, voor claims onder de garanties. Het voert te ver hier nader op in te gaan, maar wel noem ik één belangrijke beperking: de disclosure-bepaling. Deze bepaling bepaalt in de regel dat alles wat een verkoper aan informatie heeft geopenbaard (disclosed) niet onder de garantie valt. De koper kan dan niet claimen onder de garantie indien en voor zover de koper de inbreuk op de garantie had behoren te kennen op basis van de geopenbaarde informatie. Dit sluit daarom de mogelijkheid uit om geïdentificeerde fiscale risico's af te dekken door het laten opnemen van fiscale garanties in de SPA. Het opnemen van een vrijwaring biedt dan in beginsel wel bescherming.

Een vrijwaring wordt over het algemeen bedongen op basis van specifieke bekende feiten en omstandigheden voor risico's die daarmee verband houden. Voor belastingen is het echter niet ongebruikelijk, en een koper neemt ook vaak die positie in, dat een algemene fiscale vrijwaring door verkoper wordt afgegeven op basis van het 'our watch/your watch' principe. Hiermee wordt bedoeld dat de verkoper een vrijwaring afgeeft voor alle belastingschulden met betrekking tot Target en Dochter ten aanzien van de periode tot en met completion, tenzij al rekening is gehouden met de betreffende belastingschuld in de koopprijs. Indien er sprake is van een locked box transactie, dan zal de algemene fiscale vrijwaring voor de periode tussen de effectieve datum en completion in de regel niet van toepassing zijn op belastingen die opkomen in de normale bedrijfsuitoefening. De algemene fiscale vrijwaring wordt meestal afgegeven op een euro-voor-euro basis, met minder beperkingen voor de aansprakelijkheid van de verkoper dan bij de garanties. Zo geldt de disclosure-bepaling doorgaans niet voor de vrijwaring.

De laatste jaren wordt in overnametransacties meer en meer gebruik gemaakt van een warranty & indemnity-verzekering, kortweg de W&I verzekering, waarbij onder meer claims in verband met fiscale garanties en de algemene fiscale vrijwaring in de SPA zoveel mogelijk worden ondergebracht bij een verzekeraar. Hoewel de W&I-verzekering in principe dekking biedt voor claims onder fiscale garanties en de algemene fiscale vrijwaring, zijn er doorgaans veel zaken die worden uitgesloten van dekking. Uitgezonderd zijn bijvoorbeeld zaken die de koper al bekend zijn, fiscale geschillen die hun grond vinden in transfer pricing en in veel gevallen hoofdelijke aansprakelijkheid voor belastingschulden van anderen. Deze laatste categorie heeft onder meer specifiek betrekking op de fiscale eenheid; zie onderdeel 3.6

hierna. Om die reden biedt een W&I-verzekering vaak onvoldoende dekking voor de specifieke kwesties die spelen bij een overname uit een fiscale eenheid. In deze bijdrage wordt hier niet verder op ingegaan.

3. Belangrijke aandachtspunten bij een overname uit een fiscale eenheid

3.1 Wanneer eindigt de fiscale eenheid ten aanzien van Target en Dochter?

Op grond van artikel 15 van de Wet Vpb eindigt de fiscale eenheid tussen verkoper en Target en Dochter wanneer de verkoper niet meer aan de zogenoemde 'bezitseis' voldoet. Deze bezitseis zoals deze thans geldt, houdt kort gezegd in dat de verkoper (i) de gehele juridische en economische eigendom dient te bezitten van (ii) ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van Target en (iii) dat dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten in Target dient te vertegenwoordigen en (iv) in alle gevallen recht dient te geven op ten minste 95% van de winst en het vermogen van Target. Dezelfde eisen gelden voor het bezit van de aandelen in Dochter door Target. Of aan de bezitseis wordt voldaan is een voortdurende toets.

Het is vaak ongewenst dat Target en Dochter voortijdig, dat wil zeggen vóór completion, de fiscale eenheid verlaten ('ontvoeging') met alle ontvoegingsperikelen van dien en een periode van zelfstandige belastingplicht voor Target en Dochter. In de praktijk spreken partijen in de SPA daarom vaak af wat zij beschouwen als het ontvoegingstijdstip van Target en Dochter en dat zij dienovereenkomstige posities zullen innemen. Dit is echter niet beslissend voor de ontvoeging zelf; de wet bepaalt immers dat er sprake is van ontvoeging als niet meer aan de bezitseis wordt voldaan.

3.1.1 Juridische eigendom en stemrecht

De juridische levering van de aandelen in Target aan koper geschiedt op completion. Daarmee wordt er door verkoper in ieder geval vanaf completion niet langer voldaan aan het vereiste dat het bezit van de gehele juridische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van Target ten minste 95% van de statutaire stemrechten in Target vertegenwoordigt. Uit de wetsgeschiedenis volgt echter dat dit juridische eigendoms en stemrechtvereiste niet

alleen formeel maar ook materieel dient te worden getoetst.⁷ Hiermee wordt bedoeld dat de verkoper in civielrechtelijke zin eigenaar dient te zijn van de aandelen in Target en de aan de aandelen statutair toegekende stemrechten hem toekomen. Deze statutaire stemrechten moeten vervolgens niet op een of andere wijze materieel worden uitgehouden.⁸ Dit geldt overigens niet alleen voor de statutaire stemrechten; uit de wetsgeschiedenis lijkt afgeleid te moeten worden dat de juridische eigendom van de aandelen als zodanig niet op een of andere wijze materieel mag worden uitgehouden.⁹

Zoals gezegd, zijn in de SPA bij zowel een completion accounts als locked box transactie vaak 'pre-completion undertakings' opgenomen; die betreffen dan bijvoorbeeld specifieke handelingen of besluiten met betrekking tot Target en Dochter in de periode vanaf signing tot completion die onderworpen zijn aan voorafgaande goedkeuring van de koper. Die specifieke handelingen of besluiten kunnen de aan de aandelen verbonden statutaire stemrechten of anderszins de juridische eigendom van de aandelen als zodanig betreffen, maar ook andere aspecten, zoals zeggenschap of bevoegdheden die het bestuur of de onderneming zelf aangaan. Dit roept de vraag op of deze afspraken de juridische eigendom en stemgerechtigheid zodanig

hebben aangetast, als gevolg waarvan mogelijk al vóór completion, bijvoorbeeld vanaf signing, niet meer aan het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste is voldaan.

Afspraken die de onderneming en het bestuur betreffen en dus geen directe betrekking hebben op de aandelen als zodanig zijn op basis van de wetsgeschiedenis niet van belang voor het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste.¹⁰ Veelvoorkomende fiscale pre-completion undertakingsbepalingen die de bevoegdheid van het bestuur en de onderneming aangaan zijn bijvoorbeeld dat Target of Dochter in principe niet zonder toestemming van de koper voor de fiscale winstberekening kunnen afwijken van een eerder toegepast stelsel ter zake van de toerekening van opbrengsten en kosten en de waardering van activa en passiva noch zonder toestemming belangrijke afspraken kunnen maken met de Belastingdienst. Dat derden over een bepaalde bedrijfshandeling (die uiteindelijk een bestuursverantwoordelijkheid is) effectief zeggenschap hebben, betekent niet dat de aandeelhouder een deel van de statutaire stemrechten zou hebben opgegeven.

Anders ligt het mogelijk bij pre-completion undertakingsbepalingen die de stemgerechtigheid van verkoper inperken en waarbij mogelijk sprake is van

7 Dit volgt onder meer uit Kamerstukken I, 2011-2012, 31 058, nr. E, p. 21-22 met betrekking tot de toets zoals die tot 9 december 2016 gold waarin het volgende is opgemerkt: 'Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is voor het aangaan van een fiscale eenheid vereist dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij. Met deze bezitseis, en dan specifiek het vereiste dat de moedermaatschappij ten minste 95% van de juridische eigendom van de aandelen moet hebben, heeft de wetgever impliciet tot uitdrukking gebracht dat de moedermaatschappij ook ten minste 95% van de stemrechten in de dochter dient te bezitten.' Met ingang van 1 januari 2013 is naar aanleiding van het nieuwe B.V.-recht in de wettekst onder meer expliciet toegevoegd dat het moet gaan om aandelen die statutaire stemrechten vertegenwoordigen, maar hiermee was geen wijziging beoogd van de bestaande praktijk. In de regeling vanaf 9 december 2016 is dit ongewijzigd gehandhaafd en is het woord 'gehele' toegevoegd om expliciet een materiële benadering te benadrukken.

8 In Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 35 is hierover opgemerkt: 'De NOB vraagt of het voldoende is dat de «gehele» juridische eigendom aan de moedermaatschappij toekomt op grond van de statutaire bepalingen, waarbij niet relevant is of de stemrechten op grond van een aandeelhoudersovereenkomst toekomen aan een ander, zodat in dat laatste geval toch een fiscale eenheid kan worden aangegaan. Onder de huidige wettelijke bepalingen is het al niet mogelijk om in de door de NOB geschetste situatie een fiscale eenheid aan te gaan. Op dit punt is geen wijziging van de huidige praktijk beoogd. Hoewel inderdaad op basis van de statutaire bepalingen moet worden beoordeeld welke rechten aan de aandelen zijn verbonden, dient daarbij vervolgens tevens in de beschouwing te worden betrokken of de statutair toegekende rechten op een of andere wijze materieel worden uitgehouden. Als bijvoorbeeld op grond van een stemrechtsovereenkomst of bij verpanding de stemrechten aan een ander dan de betreffende aandeelhouder toekomen, wordt mogelijk niet meer voldaan aan het bezitsvereiste. Het blijft dus wel degelijk relevant of de stemrechten op grond van een aandeelhoudersovereenkomst toekomen aan een ander.'

9 In Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 3, p. 6 is het volgende opgemerkt: 'De juridische eigendom moet daarbij zowel formeel als materieel berusten bij een of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken, dan wel bij een top- of tussenmaatschappij.'

10 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2012-2013, 33 403, nr. 3, p. 25 waarin is opgemerkt: 'Het gaat hierbij om het bezit van (95% of meer van) de statutaire stemrechten. Dit betekent dat bijvoorbeeld overeenkomsten tussen het bestuur van de dochtermaatschappij en andere betrokkenen bij de dochtermaatschappij waarbij die andere betrokkenen een bepaalde mate van zeggenschap of inspraak hebben bij belangrijke beslissingen van die dochtermaatschappij, geen invloed hebben op de vraag of aan het vereiste bezit van de (statutaire) stemrechten wordt voldaan.'

een zodanige inperking dat niet meer aan het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste wordt voldaan, met als gevolg dat Target en Dochter uit de fiscale eenheid ontvoegen. Een belangrijke vraag is wanneer er sprake is van een zodanige inperking. Zo zou gesteld kunnen worden dat het de verkoper bij een pre-completion undertakingsbepaling in beginsel nog steeds vrij staat om geen goedkeuring te vragen voor de daarin genoemde besluiten en handelingen. De koper heeft vaak namelijk geen juridisch afdwingbaar recht om de genoemde besluiten en handelingen tegen te houden, behalve dat er sprake is van wanprestatie en de verkoper dan mogelijk een schadevergoeding verschuldigd is. Dit laatste doet echter niet af aan het feit dat het de verkoper vrij staat zijn aandeelhoudersrechten uit te oefenen. Zij komen dus in principe nog steeds geheel aan de verkoper toe.

De wet en de wetsgeschiedenis geven eigenlijk geen uitsluitsel op de vraag wanneer er sprake is van een zodanige inperking.

Mogelijk geeft het beleid in het besluit BNB 2011/63¹¹ met betrekking tot verpanding van aandelen enig houvast.¹² De staatssecretaris neemt in dit besluit het standpunt in dat niet aan het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste wordt voldaan als een moedermaatschappij/pandgever formeel het stemrecht behoudt, maar bij bepaalde handelingen of besluiten het stemrecht slechts mag uitoefenen na overleg met of na toestemming van de pandhouder.¹³ Het opnemen van dergelijke bepalingen over consultatie of goedkeuring

bij het vestigen van een pandrecht staat volgens de staatssecretaris het vormen van de fiscale eenheid in de weg, ongeacht of er feitelijk inderdaad een consultatie of goedkeuring plaatsvindt, tenzij de goedkeuring of consultatie er louter op gericht is (de waarde van) de aandelen als zekerheidsobject voor de pandhouder te handhaven.¹⁴ In het besluit is een lijst van onderwerpen en besluiten opgenomen. Alhoewel niet limitatief, betreft het onderwerpen en besluiten die eigenlijk uitsluitend de juridische eigendom van de aandelen als zodanig aangaan.¹⁵

Verdedigbaar is dat de goedkeuring in het besluit BNB 2011/63 ook zou moeten gelden voor een SPA met een pre-completion undertakingsbepaling, omdat een pandrecht vaak veel verder gaat dan een pre-completion undertakingsbepaling in een SPA. Zo zal bijvoorbeeld een inbreuk op een pre-completion undertakingsbepaling in de regel niet tot het daadwerkelijk verkrijgen van stemrecht kunnen leiden. Immers, de koper kan de inbreuk niet aanvechten, voorkomen of terugdraaien maar slechts een schadevergoeding eisen onder de SPA indien de verkoper voor completion in strijd met de pre-completion undertakings handelt, terwijl bij een pandrecht op aandelen, de pandhouder daadwerkelijk in een positie is om de stemrechten op te eisen.

Een goedkeuring dat de pre-completion undertakingsbepaling geen gevolgen heeft voor het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste zou ook in lijn zijn met de benadering die geldt voor bijzondere aandelen

11 Het besluit van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, BNB 2011/63, zoals laatstelijk gewijzigd bij het besluit van 16 december 2014, nr. BLKB 2014/2137M, V-N 2015/7.13.

12 Uit Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 6, p. 35 volgt dat dit beleid onverkort van toepassing is gebleven na de wetwijzigingen per 1 januari 2016.

13 Opmerkelijk is dat het besluit noemt dat ook al overleg met betrekking tot bepaalde onderwerpen of besluiten kan resulteren in het niet voldoen aan het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste. Dit standpunt wordt dezerzijds niet onderschreven. Overleg is iets wezenlijks anders dan toestemming. Het staat de pandgever in principe gewoon vrij om te doen wat hij zelf wenst met het stemrecht. De beslissingsbevoegdheid blijft volledig bij de pandgever. Er is naar mijn mening geen sprake van een materiële uitholling van het stemrecht. Dit kan in specifieke gevallen mogelijk anders liggen als de feiten zo zijn dat zelfs bij overleg materieel geen vrije keuze geldt om het stemrecht uit te oefenen.

14 In de literatuur (zie bijvoorbeeld Q.W.J.C.H. Kok, 'De bezitsei in het regime fiscale eenheid', MBB 2013/12, p. 367-373) wordt door diverse auteurs aangenomen dat ook andere besluiten of onderwerpen die de waarde van de aandelen aangaan, zoals het aangaan van verplichtingen door de dochtervennootschap, van belang zijn. Dit standpunt lijkt afgeleid te worden van de benadering in het besluit, maar uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat alleen onderwerpen die de juridische eigendom van de aandelen als zodanig aangaan van invloed lijken te zijn.

15 Het betreft besluiten die de statutair toegekende stemrechten aangaan zoals het besluit tot statutenwijziging bij Target, ontbinding van Target of het uitgeven van nieuwe aandelen door Target, en andere besluiten die de juridische eigendom als zodanig aangaan; bijvoorbeeld het besluit tot verkopen van de aandelen in Target door de verkoper of het toekennen van optierechten op de aandelen in Target door de verkoper.

waaraan specifieke stemrechten zijn verbonden. Uit de wetsgeschiedenis, al dan niet in combinatie met artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003, lijkt afgeleid te kunnen worden dat is toegestaan dat een derde via een bijzonder aandeel bepaalde zeggenschapsrechten in de fiscale eenheidsdochter heeft, zonder dat dit invloed heeft op het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste.¹⁶

Op basis hiervan kan worden beargumenteerd dat een bijzonder aandeel waaraan het recht is verbonden dat bepaalde besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders slechts genomen kunnen worden met toestemming van de houder van dit aandeel, geen probleem zou moeten zijn voor het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste.

Niettegenstaande het hiervoor genoemde redelijkheidsargument en de analogie met een pandrecht op aandelen dan wel bijzondere aandelen, hebben pre-completion undertakingsbepalingen in de praktijk nogal eens discussies met de Belastingdienst opgeleverd. De Belastingdienst nam daarbij de positie in dat per signing niet langer is voldaan aan het juridische eigendoms- en stemrechtvereiste als gevolg van alle pre-completion undertakings, waaronder undertakings die niet eens de aandelen als zodanig aangaan. Dit is uiteraard onwenselijk voor de praktijk, want dit leidt bij een verkoop uit een fiscale eenheid bijna zonder uitzondering tot voortijdige ontvoegingsperikelen. Bij transacties van kleinere omvang is dit al op zijn minst onpraktisch, bij grotere transacties kan het gaan om tientallen vennootschappen die uit de fiscale eenheid vallen, met alle gevolgen van dien,

en voor een korte tijd tot aan completion zelfstandig belastingplichtig zijn. Wij begrijpen dat het Ministerie van Financiën inmiddels heeft aangegeven beleid te ontwikkelen op dit punt, zodat het toch wordt toegestaan pre-completion undertakings in de SPA op te nemen zonder dat dit tot verbreking van de fiscale eenheid leidt.

3.1.2 Economische eigendom

Vervolgens is de vraag wanneer de verkoper als gevolg van de transactie niet meer de gehele economische eigendom heeft van de relevante aandelen die ook ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen vertegenwoordigen. De vraag komt in dit verband op wat onder de 'gehele economische eigendom' moet worden verstaan. De economische eigendom valt doorgaans in drie delen uiteen: het risico op waardeverandering, het risico op beschadiging en tenietgaan en de gerechtigdheid tot de inkomsten.

Hoewel er in de literatuur¹⁷ ook wel andere standpunten zijn ingenomen, volgt uit het vereiste van de gehele economische eigendom voor de bezitsei dat daar niet meer aan wordt voldaan als de verkoper als juridisch eigenaar enig economisch belang bij de aandelen overdraagt. Dit kan ook uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid.¹⁸ Het strookt voorts met het standpunt van de staatssecretaris in het besluit BNB 2011/63 dat opties op aandelen van invloed kunnen zijn op het vereiste van de gehele economische eigendom en dus de bezitsei.

16 Artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003 bepaalt dat als er één bijzonder aandeel is uitgegeven aan een derde met een symbolische nominale waarde en een recht op de winst van minder dan 10% van die waarde, deze gerechtigdheid tot de winst buiten beschouwing blijft voor de beoordeling of de moedermaatschappij voldoet aan de bezitsei. Hoewel artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003 niet expliciet verwijst naar het stemrechtvereiste zou op basis van de wetsgeschiedenis en eerder beleid een dergelijk bijzonder aandeel ook voor het stemrechtvereiste buiten beschouwing moeten worden gelaten. Overigens lijkt uit de wetsgeschiedenis afgeleid te kunnen worden dat artikel 2 van het Besluit fiscale eenheid 2003 überhaupt niet nodig is om een dergelijk bijzonder aandeel te sauveren voor het stemrechtvereiste. Zie Kamerstukken I, 2016-2017, 34 323, D, p. 4 waarin wordt opgemerkt: 'Voorts heeft de NOB om een reactie gevraagd op de in NTFR gepubliceerde opvatting van Cornelisse dat genoemd artikel 2 niet nodig is om de bijzondere zeggenschapsrechten die verbonden zijn aan een bijzonder aandeel buiten beschouwing te laten. Ook deze opvatting kan worden bevestigd. Het feit dat aan een dergelijk aandeel bijzondere zeggenschapsrechten zijn verbonden, laat onverlet dat de door de moeder-, top- of tussenmaatschappij gehouden overige aandelen ten minste 95% van de statutaire stemrechten kunnen vertegenwoordigen.' Simonis merkt in P.H.M. Simonis, 'Wet aanpassing fiscale eenheid (deel 2)', MBB 2016/12, p. 461-481 nog wel terecht op dat het woord 'kunnen' in voornoemde passage in de wetsgeschiedenis mogelijk ook anders geïnterpreteerd moet worden en dergelijke aandelen mogelijk wel van invloed zijn op het stemrechtvereiste. Voor een uitgebreidere behandeling wordt verwezen naar S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.9.2.E.b5, R.P.C Cornelisse, 'Bijzonder aandeel en fiscale eenheid', NTFR 2013/291. en P.H.M. Simonis, 'Wet aanpassing fiscale eenheid (deel 2)', MBB 2016/12, p. 461-481.

17 Zie F.J. van Lemel, 'Wanneer heeft een moedermaatschappij voldoende bezit om een fiscale eenheid te vormen?', WFR 2005/1702, waarin wordt betoogd dat de verkoper als juridisch eigenaar al de gehele economische eigendom in Target bezit voor de bezitsei indien zij de juridische eigendom van de aandelen bezit en daarnaast een zeker waarderisico loopt met betrekking tot de aandelen. Anders geformuleerd: indien de juridisch eigenaar enig economisch belang houdt bij de aandelen is er al sprake van de vereiste gehele economische eigendom van de betreffende aandelen voor de bezitsei.

18 Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 31 en Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, p.13-15.

In een aandelenverkooptransactie kan een aantal momenten worden onderkend waarop gesteld zou kunnen worden dat de verkoper niet langer meer de gehele economische eigendom van de betreffende aandelen in Target en middellijk in Dochter bezit:¹⁹

- (i) De effectieve datum indien er sprake is van een locked box transactie;
- (ii) Signing;
- (iii) Het moment waarop aan alle opschortende voorwaarden in de SPA wordt voldaan (indien deze in de SPA zijn opgenomen); en
- (iv) Completion.

Ad (i)

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat een effectieve datum niet bepalend is voor het moment waarop de verkoper niet meer de gehele economische eigendom van de betreffende aandelen bezit.²⁰ Ook uit de uitspraak van Hof Amsterdam van 30 juni 2004, V-N 2004/59.13 volgt dat een in een SPA gebruikte effectieve datum niet betekent dat op die datum de verkoper (met terugwerkende kracht) niet meer de gehele economische eigendom bezit.

Ad (ii)

Het aangaan van de SPA, de signing, kan onder omstandigheden betekenen dat de verkoper vanaf dat moment niet meer de gehele economische eigendom van de betreffende aandelen bezit. Hiervan zal naar mijn mening in principe slechts sprake kunnen zijn als de SPA niet onder opschortende voorwaarde(n) is aangegaan.²¹ In de praktijk komt het echter zelden voor dat de SPA wordt aangegaan zonder opschortende voorwaarde(n). Zolang niet aan de opschortende voorwaarde(n) is voldaan, kan de koper nog geen aanspraak maken op enig economisch belang bij Target of Dochter. Immers, de verbintenis heeft pas effect als alle voorwaarden zijn vervuld of daarvan afstand is gedaan. Dit gevolg van een opschortende voorwaarde is in de wetsgeschiedenis expliciet onderkend.²² Ook verwijs ik naar het arrest van de Hoge Raad van 16 januari 1985, BNB 1985/143 en

de uitspraak van Hof Amsterdam van 16 juli 2008, V-N 2009/5.15, waarin werd geoordeeld dat pas sprake is van een vervreemding op het moment van vervulling van de opschortende voorwaarde.

In het arrest van 23 september 2016, BNB 2017/11, dat ziet op de behandeling van een schadevergoeding al dan niet als voordeel uit hoofde van een deelneming, overweegt de Hoge Raad dat bij de koper sprake zal zijn van een als bedrijfsmiddel aan te merken deelneming nadat een overeenkomst is gesloten waarbij de wederpartij zich heeft verplicht de aandelen aan hem te leveren en waarbij hij zich heeft verplicht de op verwerving van die aandelen gerichte tegenprestatie(s) te leveren. Het is onduidelijk of de Hoge Raad hier een materiële invulling voorstaat, in die zin dat als er opschortende voorwaarden zijn er pas sprake is van een deelneming voor koper op het moment van vervulling van de laatste opschortende voorwaarden of – in het geval van een completion accounts mechanisme – pas vanaf completion als de prijs voldoende bepaalbaar is. Het is tevens onduidelijk of dit arrest dat in het kader van de deelnemingsvrijstelling is gewezen gevolgen kan hebben voor de bezitsei in het kader van de fiscale eenheid. Anders verwoord, kan deze benadering van de Hoge Raad zonder meer worden toegepast op de bezitsei voor de fiscale eenheid en kan daaruit dan afgeleid worden dat als er bij de koper een bedrijfsmiddel in de vorm van een deelneming ontstaat dit betekent dat de verkoper niet meer de gehele economische eigendom van de betreffende aandelen heeft?

Zonder verduidelijking op deze punten bestaat er op basis van dit arrest theoretisch gezien een risico dat de fiscale eenheid al zou verbreken bij signing, zelfs als er nog niet vervulde opschortende voorwaarden zijn. Dit is uiteraard een onwenselijke situatie voor de praktijk (het voorbeeld in onderdeel 3.1.1 hierboven geldt ook hier). Een dergelijke uitkomst zou ook haaks staan op eerdere uitlatingen in de wetsgeschiedenis en beleid van de staatssecretaris van Financiën met betrekking tot de bezitsei voor de fiscale eenheid. Het besluit van 18 juli 1989, V-N 1989/2825,

19 In sommige gevallen zijn er mogelijk ook nog andere momenten te onderscheiden die doorgaans liggen vóór signing, zoals bijvoorbeeld het moment van tekenen van een 'letter of intent' of een 'signing protocol'. Zonder hier uitgebreid op in te gaan, kan veelal gesteld worden dat deze momenten niet relevant zijn omdat deze liggen vóór signing, i.e. voor ondertekening van de SPA met betrekking tot de betreffende aandelen.

20 Kamerstukken I, 2002-2003, 26 854, nr. 45a, p. 5.

21 Er dient naar mijn mening wel sprake te zijn van reële opschortende voorwaarden, in die zin dat deze voor het doorgaan van de transactie een betekenisvolle onzekerheid vormen.

22 Zie Kamerstukken II, 1999/2000, 26 854, nr. 3, p.31 waarin wordt opgemerkt dat in het kader van een overgang van stemrecht onder opschortende voorwaarde in verband met een verpanding van aandelen, pas niet meer aan de bezitsei wordt voldaan op het moment dat de opschortende voorwaarde optreedt.

welke zag op het 'oude' fiscale eenheidsregime, spreekt over een 'onherroepelijk geworden obligatoire overeenkomst' als moment waarop de verkoper niet meer de gehele economische eigendom bezit.²³ In hetzelfde besluit, hetgeen later is herhaald in de wetsgeschiedenis,²⁴ hanteert de staatssecretaris voorts als algemeen uitgangspunt dat de economische eigendom overgaat bij het sluiten van de obligatoire koopovereenkomst, maar slechts indien de in de obligatoire overeenkomst gehanteerde prijsafspraken zodanig zijn dat de prijs van de aandelen ondubbelzinnig vaststaat, zodat noch de koper noch de verkoper nadien invloed kan uitoefenen op deze prijs. Een materiële invulling in lijn met dit besluit lijkt in ieder geval voor toepassing van de fiscale eenheid beter verdedigbaar.²⁵

Bij een completion accounts mechanisme wordt naar de situatie per completion gekeken om de koopprijs uiteindelijk ondubbelzinnig vast te stellen. Dit gebeurt niet per het moment van signing of vervullen van de opschortende voorwaarde(n) indien dat voor completion ligt. In deze materiële benadering zou dus gesteld kunnen worden dat completion het laatste moment is waarop de fiscale eenheid verbreekt omdat pas dan de koopprijs uiteindelijk ondubbelzinnig vast komt te staan en pas dan niet meer aan het vereiste van gehele economische eigendom wordt voldaan, zelfs als de opschortende voorwaarden eerder zijn vervuld. Bovendien wordt vaak expliciet in de SPA met een completion accounts mechanisme opgenomen dat de verkochte onderneming pas vanaf completion voor rekening en risico van de koper komt, alhoewel dat niet hoeft uit te sluiten dat er al vanaf vervullen van de opschortende voorwaarde(n) enig risico op waardeveranderingen, tenietgaan en/of beschadigingen,

en dus enig economisch belang bij koper ligt. Dit hangt uiteindelijk af van alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Bij een locked box transactie staat de koopprijs in principe wel ondubbelzinnig vast per signing maar zijn er mogelijk nog niet vervulde opschortende voorwaarden opgenomen in de SPA.

Ad (iii)

Zoals hierboven aangegeven zal het moment van vervulling van de laatste opschortende voorwaarde(n) er in een locked box transactie toe kunnen leiden dat de verkoper niet meer de gehele economische eigendom bezit. Bij een completion accounts mechanisme met opschortende voorwaarde(n) bestaat dat risico mogelijk ook (met inachtneming van de opmerkingen onder (ii) hierboven), alhoewel gesteld kan worden dat de koopprijs pas per completion ondubbelzinnig vast komt te staan en daarmee pas dan niet meer sprake is van de gehele economische eigendom. In de praktijk is dit mogelijke risico soms te ondervangen door het vervullen van de laatste opschortende voorwaarde(n) samen te laten vallen met completion.

Ad (iv)

Zoals aangegeven kan completion samenvallen met het vervullen van de laatste opschortende voorwaarde(n) in de SPA. Echter, in de praktijk ligt het tijdstip van vervulling van de laatste opschortende voorwaarden soms enige (vaak korte) tijd voor completion. In een locked box transactie zou dit betekenen dat Target en Dochter vóór completion ontvoegd worden. Bij een completion accounts mechanisme speelt dit risico mogelijk ook (met inachtneming van de opmerkingen onder (ii) hierboven), maar hier zou kunnen gelden dat pas per completion de koopprijs ondubbelzinnig vast komt te staan.

23 Met een onherroepelijke obligatoire koopovereenkomst lijkt in ieder geval bedoeld te zijn een overeenkomst betreffende de koop van de aandelen die een titel oplevert als bedoeld in artikel 3:84 van het Burgerlijk Wetboek. Naar Amerikaans gebruik komt het soms voor dat bij een overname van een Nederlandse target een overeenkomst wordt gesloten die niet beheerst wordt door Nederlands recht, en waarin partijen overeenkomen dat de aandelen verkocht zullen gaan worden ('seller shall sell' of 'seller agrees to sell'). Er lijkt naar Nederlands civiel recht dan nog geen (onvoorwaardelijke) titel te zijn op grond waarvan de juridische en economische eigendom van de aandelen onvoorwaardelijk kan worden overgedragen op de dag van completion en daarmee lijkt er nog geen onherroepelijke obligatoire koopovereenkomst te zijn gesloten door koper en verkoper. In de notariële akte teneinde de levering van de aandelen te formaliseren wordt vervolgens alsnog een titel van koop opgenomen en wordt door verkoper en koper afstand gedaan van het recht de in deze akte neergelegde overeenkomst te ontbinden of ontbinding daarvan te vorderen. Daarnaast zal verkoper veelal bepalingen van non-conformiteit zoals neergelegd in titel 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek willen uitsluiten. Mogelijk kan dan gesteld worden dat de verkoper pas per het moment van het passeren van de akte van koop en levering de gehele economische eigendom van de aandelen overdraagt. Per dat moment is immers pas sprake van een onherroepelijk geworden obligatoire koopovereenkomst tot overdracht van de (juridische en) economische eigendom. Vanzelfsprekend is dit steeds afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval en de betreffende overeenkomst en het is de vraag of een dergelijke benadering in de Nederlandse overnamepraktijk past.

24 Kamerstukken II, 1999/2000, 26 854, nr. 3, p.31.

25 De Hoge Raad heeft in het arrest van 10 januari 2001, V-N 2001/6.20 ook een materiële invulling van de bezitseis toegepast door toe te staan dat een fiscale eenheid kon worden gevormd vanaf het moment van verkrijging van de economische eigendom van aandelen door de koper terwijl de verkrijging van de juridische eigendom van die aandelen door die koper pas later geschiedde.

Vanwege de onzekerheid bij situatie (iii) en (iv), komt het in de praktijk veelvuldig voor dat partijen in zowel een locked box transactie als een completion accounts mechanisme een praktische afspraak maken met de Belastingdienst over ontvoeging van Target en Dochter per completion. Dit hangt van de specifieke omstandigheden af.

Indien het ontvoegingstijdstip van Target en Dochter uit de fiscale eenheid met verkoper is gelegen voor completion, bestaat voor de koper op basis van artikel 4 van het Besluit fiscale eenheid 2003 onder omstandigheden de mogelijkheid om een zogenoemde aansluitende fiscale eenheid met koper te realiseren vanaf voornoemd ontvoegingstijdstip zodat Target en Dochter niet zelfstandig belastingplichtig worden voor completion. Die bepaling keurt namelijk goed dat indien partijen beogen de levering van de gehele juridische eigendom van de betreffende aandelen onverwijld te doen geschieden en dit in ieder geval binnen 5 werkdagen plaatsvindt, de verkrijging van de gehele juridische eigendom geacht wordt gelijktijdig met de verkrijging van de gehele economische eigendom te hebben plaatsgevonden. De koper kan dan vanaf die datum (als aan alle overige voorwaarden is voldaan) een fiscale eenheid vormen. De termijn van 5 werkdagen kan onder omstandigheden op verzoek worden verlengd tot ten hoogste 3 maanden indien levering afhankelijk is van een omstandigheid buiten de invloedssfeer van de koper en de verkoper, bijvoorbeeld goedkeuring door de mededingsautoriteit.

3.2 Zijn alle belastingverdelingsovereenkomsten met Target en Dochter afgewikkeld?

Gedurende de periode dat Target en Dochter deel uitmaken van de fiscale eenheid van verkoper wordt er volgens artikel 15(1) Wet Vpb belasting geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van Target en Dochter (als dochtermaatschappijen), deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de

verkoper als moedermaatschappij. De belasting wordt geheven bij de verkoper als moedermaatschappij en de aanslag vennootschapsbelasting wordt ten name van verkoper gesteld, aldus artikel 24(2) Wet Vpb. In de invorderings sfeer geldt als hoofdregel dat degene op wiens naam de belastingaanslag staat, de verschuldigde belasting dient te voldoen dan wel gerechtigd is tot de belastingteruggaaf.²⁶

De vraag is hoe door de verkoper wordt omgegaan met de vennootschapsbelasting en de verdeling daarvan binnen de fiscale eenheid. Draagt de verkoper de totaal door de fiscale eenheid verschuldigde vennootschapsbelasting, of berekent de verkoper de vennootschapsbelasting door aan Target en Dochter? En hoe wordt omgegaan met verliezen van een vennootschap die deel uitmaakt van de fiscale eenheid die zijn verrekend met winsten van andere tot die fiscale eenheid behorende vennootschappen? Wordt het voordeel van horizontale verliesverrekening doorgegeven aan de vennootschap die het betreffende verlies heeft geleden of niet?

Vanuit fiscaal perspectief is er geen verplichting tot een verdeling van vennootschapsbelasting binnen een fiscale eenheid. Het Nederlandse jaarrekeningenrecht, zoals nader uitgewerkt in de Richtlijn voor de Jaarverslaggeving 272.8, biedt voor de verwerking in de enkelvoudige jaarrekeningen van de vennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid grote vrijheid in de wijze van verdeling van vennootschapsbelasting binnen de fiscale eenheid.²⁷ Daarbij worden vier mogelijkheden onderscheiden: (a) de verkoper rekent met Target en Dochter af alsof deze zelfstandig belastingplichtig zijn, (b) de verkoper rekent af op basis van het fiscale resultaat van Target en Dochter, met inachtneming van een toerekening van de voordelen van de fiscale eenheid aan de verschillende vennootschappen die daar deel van uitmaken, (c) de verkoper rekent af op basis van het commerciële resultaat, of (d) de verkoper draagt de hele belastinglast.

26 Hierop bestaan met betrekking tot de fiscale eenheid enkele uitzonderingen in de Invorderingswet 1990, waaronder de aansprakelijkheidstelling door en verrekeningsmogelijkheid voor de Belastingdienst met betrekking tot vennootschappen die onderdeel uitmaakten van dezelfde fiscale eenheid; zie in dit kader onderdeel 3.6 hierna.

27 De kernbepaling van het Nederlandse jaarrekeningenrecht, artikel 2:362(1) van het Burgerlijk Wetboek, stelt dat de jaarrekening volgens de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dienen te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en het resultaat. Volgens alinea 802 van de Richtlijn voor de Jaarverslaggeving 272.8 heeft bij een geconsolideerde jaarrekening het bestaan van de fiscale eenheid geen bijzondere betekenis voor dit inzicht, maar bij een enkelvoudige jaarrekening wel. Dit lijkt alleen relevant indien de relevante moedermaatschappij of de dochtermaatschappij verplicht is een enkelvoudige jaarrekening op te stellen en bijvoorbeeld het zogenoemde groepsregime uit artikel 2:403 van het Burgerlijk Wetboek niet wordt toegepast. Hoewel een vergelijkbaar inzichtsvereiste geldt onder IFRS en US GAAP, wordt daar verder niet specifiek ingegaan op de problematiek van toerekening van belastingen binnen een fiscale eenheid.

Het verdient volgens de Richtlijn voor de Jaarverslaggeving 272.8 aanbeveling de wijze van verdeling van de vennootschapsbelasting contractueel vast te leggen. Het kan dus voorkomen dat er een schriftelijke belastingverdelingsovereenkomst is gesloten tussen de in de fiscale eenheid gevoegde maatschappijen. Het is echter ook goed mogelijk dat er wel belastingverdeling plaatsvindt, maar dat dit niet schriftelijk is vastgelegd.

De koper zal er in ieder geval zeker van willen zijn dat alle belastingverdelingsovereenkomsten tussen Target en Dochter en de verkopers groep vóór de verkoop zijn beëindigd en alle rechten en plichten uit hoofde daarvan zijn afgewikkeld door in de SPA beschermende bepalingen op te nemen. Zo zal de koper niet geconfronteerd willen worden met een onvoorziene schuld aan de verkoper uit hoofde van belastingverdeling met betrekking tot een periode voor completion.²⁸ Dit sluit aan bij de positie die koper in de regel inneemt met betrekking tot de in onderdeel 2.3 beschreven algemene fiscale vrijwaring onder het 'our watch/your watch' principe. De koper kan overwegen om betalingen onder een belastingverdelingsovereenkomst ook specifiek binnen de werking van deze fiscale vrijwaring te brengen.

Een bijzondere situatie doet zich voor bij een locked box transactie waarbij het economische risico met betrekking tot Target en Dochter vanaf de effectieve datum bij koper ligt. De winsten en verliezen van Target en Dochter zijn dus vanaf die datum voor rekening van koper. Het is echter goed mogelijk dat Target en Dochter nog deel uitmaken van de fiscale eenheid met de verkoper tot een bepaald moment na de effectieve datum, veelal completion; zie onderdeel 3.1 hiervoor. Als er door Target en Dochter winsten zijn gemaakt in die betreffende periode dan zou, zonder een nadere belastingverdelingsregeling, de vennootschapsbelasting over die winsten voor rekening van de verkoper zijn. De verkoper zal daarom doorgaans een specifieke bepaling in de SPA willen opnemen op basis waarvan zij door de koper vergoed wordt voor

de vennootschapsbelasting toerekenbaar aan Target en Dochter over die periode zonder dat een dergelijke vergoeding de koopprijs vermindert. Dit zal de koper doorgaans redelijk vinden voor zover dit toerekenbaar is aan de normale bedrijfsuitoefening van Target en Dochter en de toerekenbaarheid en de berekening van de door de koper te betalen vergoeding voldoende door koper kan worden gecontroleerd en eventueel betwist.²⁹

De koper zal een spiegelbeeldige belastingverdelingsregeling in de SPA willen opnemen voor het geval door Target en Dochter in de betreffende periode verliezen worden gemaakt en deze worden verrekend met de winsten van de andere vennootschappen in de fiscale eenheid in die periode of met de winsten van de fiscale eenheid, inclusief Target en Dochter, van voor de effectieve datum. Verliezen, inclusief mogelijk die van dochtermaatschappijen / Target en Dochter, blijven als hoofdregel achter bij de verkoper (zie onderdeel 3.5 hierna), terwijl ze voor rekening van koper zijn. Hoewel het bij ontvoeging onder voorwaarden mogelijk is om op verzoek verliezen mee te geven aan Target en Dochter op basis van artikel 15af wet Vpb, geldt hierbij een alles-of-niets benadering in die zin dat dan ook alle eventuele fiscale eenheidsverliezen toerekenbaar aan Target en Dochter van voor de effectieve datum aan Target en Dochter worden meegegeven. Het is de vraag of een verkoper hier mee akkoord gaat. Dat hangt af van de commerciële afspraken. Zie onderdeel 3.5 hierna.

3.3 De fiscale ontvoegings- en beginbalans dienen opgesteld te worden

Zoals aangegeven in onderdeel 3.1 hiervoor, eindigt de fiscale eenheid van de verkoper ten aanzien van Target en Dochter door de verkoop van de aandelen in Target. Vanaf het ontvoegingstijdstip neemt voor Target en Dochter in principe de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht een aanvang op grond van artikel 7 Wet Vpb.³⁰

28 Het komt nog wel eens voor dat er op completion nog een schuld openstaat van Target en Dochter aan de verkoper uit hoofde van belastingverdeling over een periode voor completion. Een dergelijke schuld zou normaliter de koopprijs een-op-een verminderen (zie onderdeel 2 hiervoor over netto schulden). Target en Dochter moeten vervolgens ook nog de schuld betalen aan de verkoper. Dat is broekzak-vestzak voor de verkoper en het lijkt dus niet zo zinvol voor de verkoper om dit zo te doen. Zoals hierna wordt uitgelegd, ligt dit echter anders in een locked box transactie voor de periode vanaf effectieve datum indien Target en Dochter nog tot een bepaald moment daarna deel uitmaken van de fiscale eenheid met verkoper.

29 In de praktijk wordt vaak een bepaling in de SPA aangetroffen dat alle bestaande belastingverdelingsovereenkomsten tussen verkoper en Target en Dochter economisch per de effectieve datum worden beëindigd en afgewikkeld en dat er voor de periode vanaf effectieve datum tot ontvoeging uit de fiscale eenheid een specifieke regeling wordt opgenomen over de te berekenen toerekenbare vennootschapsbelasting en de te betalen vergoeding en welke rechten en plichten koper en verkoper hebben.

30 Op basis van artikel 7 Wet Vpb wordt de vennootschapsbelasting in beginsel per boekjaar geheven. Als de ontvoeging tijdens het fiscale boekjaar van de fiscale eenheid met verkoper plaatsvindt, bepaalt artikel 7(4) Wet Vpb specifiek dat het na ontvoeging resterende boekjaardeel een afzonderlijk boekjaar voor Target en Dochter vormt.

Ingevolge artikel 15aj(5) Wet Vpb treden Target en Dochter vanaf het ontvoegingstijdstip met betrekking tot hetgeen zij na de ontvoeging voortzetten in de plaats van de fiscale eenheid met verkoper. Uit deze indeplaatstreding volgt dat Target en Dochter doorgaan met dezelfde boekwaarden en hetzelfde waarderingssysteem dat bij de fiscale eenheid met de verkoper van toepassing was op de vermogensbestanddelen die na ontvoeging tot het vermogen van Target en/of Dochter behoren. Hiervoor wordt op grond van artikel 13 van het Besluit fiscale eenheid 2003 bij de aangifte van de fiscale eenheid van de verkoper over het jaar waarin Target en Dochter zijn ontvoegd, een fiscale vermogensopstelling gevoegd van Target en Dochter (de zogenaamde 'ontvoegingsbalans'). Deze ontvoegingsbalans bepaalt het voortgezette vermogen van Target en Dochter direct na ontvoeging. Het maken van deze ontvoegingsbalans is een aangelegenheid van de verkoper, waar de koper niet bij betrokken is.

De koper heeft echter wel belang bij de ontvoegingsbalans omdat deze in beginsel als basis dient voor de fiscale beginbalans van Target en Dochter welke moet worden opgesteld vanaf ontvoeging ex artikel 7 Wet Vpb. Met betrekking tot de vermogensbestanddelen die van de fiscale eenheid met de verkoper doorschuiven naar Target of Dochter zullen de ontvoegingsbalans en de beginbalans namelijk gelijk moeten zijn.³¹ De beginbalans is relevant voor het bepalen van de fiscale winst van Target en Dochter vanaf het ontvoegingstijdstip waarover jaarlijks vennootschapsbelasting moet worden betaald.

Via het due diligence-onderzoek zal de koper zelf doorgaans een beeld hebben gevormd over hoe bovenstaande ontvoegingsbalans en de beginbalans er uit moeten komen te zien en zal daarmee rekening hebben gehouden bij het bepalen van de koopprijs, bijvoorbeeld doordat een passieve belastinglatentie ten aanzien van de vermogensbestanddelen invloed heeft gehad op de hoogte van de koopprijs. De koper zal dan vervolgens niet voor verrassingen willen komen te staan en zal dus afspraken willen maken in de SPA met betrekking tot de ontvoegingsbalans. Hierbij valt te denken aan een

bepaling dat de verkoper de ontvoegingsbalans op basis van een bestendige gedragslijn opstelt, de verkoper een concept hiervan tijdig aan koper verstrekt, vervolgens het commentaar van de koper in aanmerking neemt en dat de verkoper in de aangifte niet van de ontvoegingsbalans afwijkt tenzij vereist door de wet. Een koper zal mogelijk ook betrokken willen worden wanneer op een later tijdstip na verkoop de Belastingdienst afwijkt van posities in de aangifte van de fiscale eenheid van verkoper en dit gevolgen heeft voor de ontvoegingsbalans.

De verkoper heeft uiteraard ook een belang bij goede afspraken, zoals dat na verkoop in principe niet door de koper of Target en Dochter in de toekomstige aangifte wordt afgeweken van de ontvoegingsbalans.

3.4 Hoe om te gaan met herwaarderingen bij de fiscale eenheid die resulteren in een fiscaal voordeel bij Target of Dochter?

Artikel 15ai Wet Vpb bevat een bepaling op grond waarvan de overdracht (hierna een 'besmette overdracht') binnen een fiscale eenheid van een vermogensbestanddeel waarin ten tijde van de overdracht positieve stille reserves besloten liggen tot een sanctie leidt indien de fiscale eenheid binnen drie dan wel zes kalenderjaren na de overdracht wordt beëindigd ten aanzien van de overdrager of de verkrijger.³² De sanctie houdt in dat het overgedragen vermogensbestanddeel onmiddellijk voorafgaand aan de ontvoeging fiscaal te boek wordt gesteld op (i) de waarde in het economische verkeer op het ontvoegingstijdstip of, op verzoek (ii) de waarde in het economische verkeer op het moment van de interne overdracht verminderd met de afschrijvingen tussen het moment van overdracht en het moment van ontvoeging, berekend conform artikel 15ah(2) (a) Wet Vpb.³³ Indien op het moment van ontvoeging blijkt dat het overgedragen vermogensbestanddeel zich al buiten de fiscale eenheid bevindt (bijvoorbeeld omdat het is doorverkocht), is de sanctie in beginsel niet meer van toepassing, met uitzondering van bepaalde situaties waarin een herinvesteringsreserve is gevormd.

31 Zie ook Hoge Raad 27 november 2015, BNB 2016/36.

32 De 3-jaarstermijn is van toepassing op een overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van de onderneming tegen uitreiking door de overnemer van eigen aandelen.

33 De herwaarderings-sanctie is niet van toepassing als de overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een bij aard en omvang van de overdrager en de overnemer passende normale bedrijfsuitoefening.

Indien Target en/of Dochter betrokken waren bij een besmette overdracht voor de verkoop, treedt bij verbreking van de fiscale eenheid als gevolg van de verkoop van Target in beginsel de sanctie van artikel 15ai Wet Vpb in. De fiscale winst als gevolg van de herwaardering van het overgedragen vermogensbestanddeel leidt tot belastingheffing bij de fiscale eenheid of vermindert de aanwezige (verrekenbare) verliezen van de fiscale eenheid. Als de betreffende vermogensbestanddelen na ontvoeging tot het vermogen van Target en/of Dochter behoren, dan wordt de fiscale boekwaarde daarvan bij Target en/of Dochter in de fiscale beginbalans verhoogd. Dit leidt tot een voordeel in de vorm van een hoger fiscaal afschrijvingspotentieel en/of een lagere stille reserve bij Target of Dochter. De verkoper zal in een dergelijk geval een bepaling in de SPA willen opnemen op basis waarvan zij van de koper een vergoeding ontvangt voor deze hogere fiscale boekwaarde. De hoogte van de vergoeding is afhankelijk van de commerciële afspraken. De verkoper zou de vergoeding bijvoorbeeld kunnen stellen op een bedrag gelijk aan de contante waarde van het (toekomstige) fiscale voordeel bij Target of Dochter.

De vraag is of koper het überhaupt commercieel acceptabel vindt om met een herwaardering op grond van artikel 15ai Wet Vpb in de SPA rekening te houden. Een koper zou doorgaans dan expliciet willen weten of, en zo ja, welke besmette overdrachten er hebben plaatsgevonden. Daar kan bij de verkoper onzekerheid over bestaan. Bovendien kan het zijn dat de koper bij het bepalen van de koopprijs van de aandelen in Target geen rekening heeft gehouden met een aanwezige passieve belastinglatentie en daarom de verkoper niet wil vergoeden voor een dergelijke herwaardering voor zover dat verband houdt met dezelfde belastinglatentie. De koper zou anders economisch gezien de verkoper tweemaal vergoeden.

Ook is het denkbaar dat de sanctie van artikel 15ai Wet Vpb niet daadwerkelijk tot belastingheffing leidt, in welk geval de koper er mogelijk minder voor voelt om

een vergoeding aan de verkoper te betalen. Mocht er toch bereidheid bestaan om een bepaalde mate van vergoeding te accepteren, dan komt de vraag op of het fiscale voordeel bij Target of Dochter pas dient te worden vergoed als het daadwerkelijk is gerealiseerd en tot een besparing heeft geleid. Een vergelijkbare discussie speelt overigens ook bij andere herwaarderingen van activa of passiva bij de fiscale eenheid die resulteren in een (toekomstig) fiscaal voordeel voor Target of Dochter. Denk hierbij bijvoorbeeld aan door de Belastingdienst opgelegde correcties bij de fiscale eenheid voor completion of effective date met betrekking tot aanpassingen van afschrijvingen of transfer pricing die de fiscale boekwaarden van vermogensbestanddelen bij Target en Dochter verhogen.

In bepaalde gevallen kan op verzoek de sanctie van artikel 15ai Wet Vpb niet in werking treden bij de fiscale eenheid van de verkoper, maar wordt de artikel 15ai-claim doorgeschoven naar een nieuw te vormen aansluitende fiscale eenheid. Het besluit BNB 2011/63 voorziet in deze doorschuifmogelijkheid voor een drietal specifiek omschreven situaties. Een in de overnamepraktijk veelvoorkomende situatie die in het besluit wordt geregeld betreft de doorschuifmogelijkheid indien er binnen een fiscale eenheid een overdracht van een vermogensbestanddeel heeft plaatsgevonden tussen gevoegde maatschappijen en er tussen deze partijen een kleinere fiscale eenheid mogelijk was zowel ten tijde van de overdracht als de ontvoeging.³⁴ Hierbij is wel onder meer nog vereist dat de betreffende vennootschappen gelijktijdig ontvoegen uit de grotere fiscale eenheid door dezelfde rechtshandeling en direct aansluitend aan de ontvoeging ook weer worden gevoegd in een nieuwe fiscale eenheid.³⁵

De verkoper heeft dus de mogelijkheid om een verzoek tot doorschuiving van de artikel 15ai-claim in te dienen indien er sprake is geweest van een besmette overdracht tussen Target en Dochter binnen de fiscale eenheid en een nieuwe aansluitende fiscale eenheid tussen Target en Dochter en eventueel de koper wordt gevormd.

34 De andere twee situaties die in het besluit geregeld worden hebben betrekking op een moedermaatschappij van een fiscale eenheid die als verdwijnende rechtspersoon is betrokken bij een juridische fusie waarbij de verkrijgende rechtspersoon wel of niet tot dezelfde fiscale eenheid behoort. In deze bijdrage wordt hier verder niet op ingegaan.

35 Voor de overige vereisten die zijn gesteld voor de doorschuif wordt verwezen naar onderdeel I van paragraaf 8.1 van het besluit BNB 2011/63.

Dit verzoek moet door de verkoper samen met Target en Dochter worden gedaan voordat de aangifte over het betreffende jaar door de fiscale eenheid van de verkoper is ingediend.

Daarbij heeft de verkoper wel de medewerking nodig van de koper. Het verzoek tot doorschuif zal immers veelal door de verkoper pas worden ingediend als Target en Dochter behoren tot de groep van de koper. Bovendien is er voor het doorschuiven een aansluitende fiscale eenheid vereist en bevat het besluit voorts een aanvaardingsvoorwaarde op basis waarvan Target en Dochter en koper, indien die moedermaatschappij is van de aansluitende fiscale eenheid, het doorschuiven en de daaraan verbonden voorwaarden schriftelijk moeten aanvaarden binnen twee maanden na dagtekening van de goedkeuring tot doorschuiving van de artikel 15ai-claim. De verkoper zal in deze gevallen bepalingen in de SPA willen opnemen waarin de koper zich verplicht om mee te werken.

3.5 Worden er fiscale verliezen meegegeven?

Het is mogelijk dat Target of Dochter zelf zogenoemde voorvoegingsverliezen heeft. Dit zijn de nog verrekenbare verliezen van die vennootschap die zij afzonderlijk heeft geleden voordat zij deel uitmaakte van de fiscale eenheid van de verkoper. Op grond van artikel 15af, lid 1 onderdeel a Wet Vpb behoudt die vennootschap na verkoop aan de koper in beginsel het recht om deze verliezen te verrekenen met winsten gerealiseerd door die vennootschap na de verkoop.³⁶

Daarnaast kan de fiscale eenheid van de verkoper verrekenbare verliezen hebben die zijn ontstaan tijdens de periode dat Target en Dochter deel uitmaakten van

die fiscale eenheid. Deze fiscale eenheidsverliezen blijven bij ontvoeging als hoofdregel achter bij de verkoper, als moeder van de fiscale eenheid. Op grond van artikel 15af(1)(b) juncto (2) Wet Vpb kunnen echter fiscale eenheidsverliezen toerekenbaar aan de ontvoegde vennootschap worden meegegeven aan die betreffende vennootschap indien daarom wordt verzocht door de verkoper en de relevante ontvoegde vennootschap. Hierbij geldt volgens de staatssecretaris een alles-of-niets benadering; het gedeeltelijk meegeven van toerekenbare fiscale eenheidsverliezen is niet mogelijk.³⁷

Onder fiscale eenheidsverliezen worden op basis van het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2011, BNB 2011/217 verstaan alle fiscale eenheidsverliezen per de ontvoegingsdatum. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het resultaat van de fiscale eenheid na ontvoeging geen invloed heeft op de hoogte van de eventueel mee te geven fiscale eenheidsverliezen. Er dient dus een 'knip' te worden aangebracht op het moment van ontvoeging. Deze benadering kan in de praktijk tot bijzondere situaties leiden. Stel dat de fiscale eenheid met verkoper tot en met het boekjaar 2017 beschikt over 10.000 aan compensabele verliezen die toerekenbaar zijn aan Target en deze verliezen bij beschikking zijn vastgesteld. Het boekjaar van de fiscale eenheid is gelijk aan het kalenderjaar. In de eerste 8 maanden van boekjaar 2018 maakt Target zelf een verlies van 1.000. De verkoper en Dochter maken geen winst of verlies in deze periode. Op 1 september 2018 worden Target en Dochter ontvoegd uit de fiscale eenheid van verkoper. Over het resterende deel van 2018 maakt de verkoper een winst van 2.000. Hoewel het verlies van 1.000 over de eerste 8 maanden van het boekjaar 2018 van de fiscale eenheid niet bij beschikking wordt vastgesteld en daarmee in principe niet een formeel verrekenbaar verlies is, kwalificeert het in de benadering van de Hoge Raad wel als een verrekenbaar

36 Behoudens de verliesverrekeningbeperkingen zoals op grond van artikel 20(2) Wet Vpb (beperking voorwaartse verliesverrekening maximaal 9 jaar onder huidig recht), 20(4) Wet Vpb (houdster- en financieringsverliesregeling) en artikel 20a Wet Vpb.

37 Deze alles-of-niets benadering volgt uit paragraaf 7.1 van het besluit BNB 2011/63. De staatssecretaris baseert dit op de wettekst. In de literatuur (zie bijvoorbeeld Q.W.J.C.H. Kok, 'de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort 2005, p. 490-491 en S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.9.6.D.b3.V) wordt door diverse auteurs geconcludeerd dat het wel mogelijk is om slechts gedeeltelijk verliezen mee te geven. Dit zou onder meer kunnen worden afgeleid uit de in de wettekst gehanteerde terminologie 'voorzover' en het feit dat de belastingplichtige het bedrag aan mee te geven verliezen 'aannemelijk moet maken'. Daarmee lijkt het mogelijk om slechts een gedeelte van het toe te rekenen verlies aannemelijk te maken.

verlies voor de toepassing van deze bepaling en kan het tezamen met het bedrag van de bij beschikking vastgestelde verliezen (i.e. 10.000) worden meegegeven.³⁸ In totaal kunnen dus 11.000 verliezen op verzoek worden meegegeven aan Target, terwijl de verkoper over 2.000 winst vennootschapsbelasting moet betalen. Het is dus mogelijk dat een hoger verlies wordt meegegeven dan de fiscale eenheid in het hele boekjaar uiteindelijk lijdt.

De wet vereist dat de toerekenbaarheid van deze fiscale eenheidsverliezen aan de ontvoegde vennootschap aannemelijk moet worden gemaakt. Hierbij kunnen de commerciële jaarstukken met wat fiscale aanpassingen als basis dienen.³⁹ Ook de in artikel 15ah Wet Vpb opgenomen winstsplitsingsregels kunnen hierbij behulpzaam zijn, maar uit BNB 2011/217 volgt dat deze niet verplicht van toepassing zijn.

Het verzoek tot het meegeven van de fiscale eenheidsverliezen moet worden gedaan bij de aangifte van de fiscale eenheid van verkoper in het laatste jaar dat de betreffende vennootschap, Target of Dochter, daarvan deel uitmaakte. Daarbij is dus de medewerking van de verkoper vereist. De verkoper zal vaak alleen bereid zijn om medewerking te verlenen als de fiscale waarde van de verliezen de koopprijs hebben verhoogd (zie onderdeel 2 hiervoor). Denk hierbij bijvoorbeeld aan een actieve belastinglatentie opgenomen in de relevante commerciële jaarrekening of completion accounts ter zake van deze verliezen die is meegenomen bij het bepalen van de koopprijs. Als de verkoper na verkoop zelf geen

verrekeningspotentieel meer heeft kan dit van invloed zijn op de omvang van de vergoeding voor de fiscale verliezen.

Of, en zo ja, hoeveel de koper bereid is te betalen voor fiscale verliezen, zijnde voorvoegingsverliezen van Target en Dochter en aan Target en Dochter toerekenbare fiscale eenheidsverliezen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De koper zou normaliter niet bereid zijn om de koopprijs te verhogen met een bedrag gelijk aan de nominale waarde van de fiscale verliezen. Bovendien zal de koper in een locked box transactie geen vergoeding willen betalen voor fiscale eenheidsverliezen van de verkoper die toerekenbaar zijn aan Target en Dochter na de effectieve datum omdat die economisch al aan koper toebehoren; zie onderdeel 3.2 hiervoor. De koper zal een eigen inschatting maken van de mogelijkheid de fiscale verliezen te verrekenen gelet op de toekomstverwachting binnen de kopende groep, en bovendien van de termijn waarop deze verrekening zal plaatsvinden.⁴⁰ De uitkomst bepaalt de (contante) waarde van de fiscale verliezen voor de koper en welk bedrag de koper eventueel bereid is hiervoor te betalen.

In de praktijk zal ten tijde van de overname de hoogte van de (mee te geven) fiscale verliezen vaak nog niet vaststaan omdat nog niet alle aangiftes van de fiscale eenheid, Target en Dochter zijn ingediend en de Belastingdienst ook nog niet alle relevante aanslagen en beschikkingen heeft opgelegd. Het is dan van belang voor de koper om voldoende bescherming in de SPA op te nemen,

38 Artikel 20(2) Wet Vpb stelt dat een verlies wordt verrekend mits het verlies is vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking. Artikel 20b(1) Wet Vpb bepaalt dat de inspecteur het bedrag van een verlies van een jaar vaststelt bij voor bezwaar vatbare beschikking gelijktijdig met de aanslag over dat jaar. Op grond van artikel 7 Wet Vpb is het jaar in dit verband in principe gelijk aan het statutaire boekjaar van de belastingplichtige, i.e. de verkoper als moeder van de fiscale eenheid, tenzij er geen sprake is van regelmatig boekhouden met geregelde jaarlijkse afsluitingen. In dat geval geldt kalenderjaar als jaar. De ontvoeging van Target en Dochter beëindigt niet het lopende boekjaar van de verkoper. Het gedeelte van het boekjaar 2017 tot ontvoeging wordt daarom niet aangemerkt als een afzonderlijk jaar en het verlies over die periode wordt niet formeel vastgesteld bij beschikking als bedoeld in artikel 20 en artikel 20b Wet Vpb. Toch oordeelt de Hoge Raad in BNB 2011/217 dat ook dit verlies kan worden meegegeven voor voorwaartse verrekening. Deze benadering sluit aan bij de letterlijke tekst van artikel 15af(1) Wet Vpb waarin expliciet wordt verwezen naar artikel 20(2) Wet Vpb: 'vanaf het tijdstip van ontvoeging van een dochtermaatschappij worden voor de toepassing van artikel 20, tweede lid, de volgende verliezen verrekend (...)'

39 Kamerstukken II, 2000-2001, 26854, nr. 6, p. 26-27.

40 Hierbij dient de koper zich bewust te zijn dat bij het meegeven van verliezen na een ontvoeging versnippering van verliezen kan optreden. De gevolgen hiervan mogen niet worden onderschat. Stel dat de fiscale eenheid met verkoper een fiscaal verlies van 500 heeft in 2017 dat voor 400 toerekenbaar is aan Target en voor 100 aan Dochter. Als gevolg van de transactie worden Target en Dochter ontvoegd. Zij vormen samen onmiddellijk een nieuwe aansluitende fiscale eenheid. Op verzoek wordt bij ontvoeging het 400 verlies aan Target meegegeven en 100 verlies aan Dochter. Deze verliezen zijn voor Target en Dochter vervolgens eigen voorvoegingsverliezen en kunnen in principe alleen met winst van de nieuwe fiscale eenheid worden verrekend voor zover die winst toerekenbaar is aan de ontvoegde vennootschap, aldus artikel 15ae(1) Wet Vpb. Dus als de nieuwe fiscale eenheid 200 winst maakt dat volledig toerekenbaar is aan Dochter, dan kan alleen voor 100 verliesverrekening plaatsvinden en betaalt de nieuwe fiscale eenheid vennootschapsbelasting over 100. Uit paragraaf 7.3 van het van het besluit BNB 2011/63 volgt dat de staatssecretaris helaas niet bereid is het effect van deze versnippering te verzachten door voor Target en Dochter een groepsdeelbenadering toe te staan.

bijvoorbeeld in de vorm van een specifieke fiscale vrijwaring, als blijkt dat de daadwerkelijk (meegegeven) verrekenbare fiscale verliezen lager zijn dan partijen hadden afgesproken.

3.6 Aansprakelijkheidstelling door en verrekeningsmogelijkheid voor de Belastingdienst

Alle vennootschappen die deel uitmaken van een fiscale eenheid zijn op grond van artikel 39 van de Invorderingswet 1990 (**IW**) hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelasting die over een tijdvak wordt geheven van die fiscale eenheid indien zij in dat tijdvak deel uitmaakten van die fiscale eenheid. Dit geldt dus eveneens voor Target en Dochter voor de tijdvakken dat zij deel uitmaakten van de fiscale eenheid van de verkoper.

Artikel 39 IW spreekt over ‘de vennootschapsbelasting die over een tijdvak is geheven van de fiscale eenheid’. Met deze term lijkt in principe te worden bedoeld op het boekjaar van de fiscale eenheid.⁴¹ Stel dat het boekjaar van de fiscale eenheid van de verkoper gelijk is aan het kalenderjaar en dat Target en Dochter gedurende 2017 worden ontvoegd uit deze fiscale eenheid. Op basis van een letterlijke lezing van de wettekst zou gesteld kunnen worden dat Target en Dochter aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de vennootschapsbelastingsschuld van die fiscale eenheid voor heel 2017, dus ook voor het deel dat materieel toerekenbaar is aan de periode na de ontvoeging.⁴² Het komt mij voor dat dit niet de bedoeling kan zijn van artikel 39 IW, maar dat hier een materiële benadering moet worden toegepast en dat slechts gekeken moet worden naar de periode dat Target en Dochter deel uitmaakten van de fiscale eenheid. Dit

komt ook overeen met de benadering van de Hoge Raad in het arrest BNB 2011/217 dat een ‘knip’ moet worden aangebracht bij het ontvoegingstijdstip voor artikel 15af Wet Vpb. Deze benadering lijkt ook steun te vinden in de wetsgeschiedenis.⁴³ Dit betekent dat als de verkoper als moeder van de fiscale eenheid in gebreke blijft met de betaling van vennootschapsbelastingsschuld die toerekenbaar is aan een periode dat Target en Dochter deel uitmaakten van die fiscale eenheid, de ontvanger de mogelijkheid heeft om Target of Dochter hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor die schuld.

Het is voor de koper van belang om voldoende bescherming tegen deze aansprakelijkheid op te nemen in de SPA.⁴⁴ De in onderdeel 2.3 beschreven algemene fiscale vrijwaring ziet vaak op schulden ter zake van belastingen geheven van de Target en de Dochter zelf en niet op aansprakelijkheidstellingen door de Belastingdienst. Het is dus verstandig voor de koper om nog een specifieke fiscale vrijwaring hiervoor in de SPA op te nemen. Alleen een specifieke fiscale vrijwaring biedt echter mogelijk onvoldoende bescherming. Als de verkoper namelijk in gebreke blijft met betaling van de vennootschapsbelastingsschuld aan de Belastingdienst, dan ligt het niet voor de hand dat er wel een betaling onder deze vrijwaring valt te verwachten door dezelfde verkoper. Indien er een bijzondere zorg speelt met betrekking tot een mogelijke aansprakelijkheid zal koper daarom aanvullende bescherming kunnen overwegen.

Ingevolge artikel 24(1)(b) IW is de ontvanger gerechtigd om bij een vennootschap onder voorwaarden alle uit te betalen bedragen terzake van belastingen te verrekenen met de nog te innen bedragen ter zake van belastingen. Dit is van toepassing op alle rijksbelastingen en andere

41 Met tijdvak wordt bedoeld jaar. Op basis van artikel 7 Wet Vpb wordt de vennootschapsbelasting immers per jaar geheven. Zoals hierboven aangegeven, is het jaar doorgaans gelijk aan het statutaire boekjaar van de belastingplichtige, dus verkoper als moeder van de fiscale eenheid, tenzij er geen sprake is van regelmatig boekhouden met geregelde jaarlijkse afsluitingen. In dat geval geldt het kalenderjaar als jaar.

42 De verkoper als moedermaatschappij van de fiscale eenheid sluit haar fiscale boekjaar niet af bij ontvoeging. Artikel 7(4) Wet Vpb ziet slechts op Target en Dochter als ontvoegde vennootschappen.

43 Zie Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 12, p. 2 waarin wordt opgemerkt: ‘Naar ik aanneem doet de heer Groot hier op vennootschapsbelastingsschulden. Iedere maatschappij die deel uitmaakt van een fiscale eenheid – dus zowel de moedermaatschappij als elke dochtermaatschappij – is op grond van het hiervoor al genoemde artikel 39 van de IW 1990 hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde vennootschapsbelasting van de fiscale eenheid. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid vervalt niet op het moment van ontvoeging. De aansprakelijkheid betreft dus alle vennootschapsbelasting die verschuldigd is over de periode dat de betreffende maatschappij onderdeel was van die fiscale eenheid, ook als er daarna ontvoegd is.’

44 Indien Target of Dochter deel uitmaakt van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting met de verkoper speelt op grond van artikel 43(1) IW een vergelijkbaar risico op hoofdelijke aansprakelijkheid voor de omzetbelastingsschulden van deze fiscale eenheid. Bovendien bepaalt artikel 43(1) IW dat zelfs als er geen sprake meer is van een fiscale eenheid de hoofdelijke aansprakelijkheid blijft bestaan maar dan voor de omzetbelasting die verschuldigd wordt door andere onderdelen die voorheen deel uitmaakten van de fiscale eenheid indien de Belastingdienst niet schriftelijk in kennis is gesteld van beëindiging van de fiscale eenheid. Een koper wil natuurlijk ook tegen deze aansprakelijkheid beschermd worden en zal voorts in de SPA willen opnemen dat verkoper en Target of Dochter tijdig de Belastingdienst informeren.

belastingen en heffingen voor zover de invordering en inning daarvan aan de ontvanger is opgedragen, zoals vennootschapsbelasting, omzetbelasting, loonbelasting, overdrachtsbelasting, etc. Deze verrekeningsmogelijkheid geldt ook als vennootschappen deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid. In dat geval is de ontvanger gerechtigd om een belastingteruggaaf van Target of de Dochter te verrekenen met alle belastingschulden van andere vennootschappen die met Target en de Dochter deel uitmaken van de fiscale eenheid van de verkoper, en vice versa. Deze verrekeningsmogelijkheid is alleen van toepassing voor zover de belastingteruggaaf en belastingschuld betrekking heeft op een tijdvak waarin Target en de Dochter en de andere relevante vennootschap deel uitmaakten van dezelfde fiscale eenheid, zelfs als deze formeel pas opkomen na het verbreken van de fiscale eenheid.⁴⁵ De koper en de verkoper hebben beide belang om dit goed te regelen in de SPA en, voor zover relevant, over weer vrijwaringen af te geven.

4. Afsluiting

In deze bijdrage is ingegaan op belangrijke aandachtspunten voor de verkoper en de koper in de SPA bij een overname uit een fiscale eenheid. Om deze aandachtspunten goed te kunnen beoordelen is het van belang om eerst een beter begrip te krijgen van enkele basis aspecten in de SPA, zoals de wijze waarop de koopprijs tot stand is gekomen en welk kooprijmsmechanisme wordt gehanteerd. Afhankelijk van de relevante omstandigheden moeten er vervolgens eventueel specifieke bepalingen voor de volgende belangrijke aandachtspunten in de SPA worden opgenomen:

- ontvoegingstijdstip van Target en Dochter;
- afwikkelen van belastingverdelingsovereenkomsten met de verkoper's groep;
- opstellen van een fiscale ontvoegings- en beginbalans voor Target en Dochter;
- herwaarderingen bij de fiscale eenheid met een voordeel voor Target en/of Dochter;
- meegeven van fiscale verliezen aan Target en/of Dochter; en
- bescherming tegen aansprakelijkheidstellingen door en verrekeningsmogelijkheid voor de Belastingdienst.

Tot slot wordt opgemerkt dat in deze bijdrage niet is ingegaan op de mogelijke gevolgen voor de fiscale eenheid als gevolg van het wetsvoorstel 'Wet spoedreparatie fiscale eenheid' dat het ministerie van Financiën op 6 juni 2018 heeft gepubliceerd.⁴⁶ De - al eerder aangekondigde - spoedreparatiemaatregelen in het wetsvoorstel zijn een reactie op het arrest dat het Europese Hof van Justitie op 22 februari 2018 heeft gewezen in twee zaken betreffende de toepassing van de zogenaamde 'per element' benadering op het Nederlandse fiscale eenheidsregime.⁴⁷

De spoedreparatiemaatregelen houden in dat bepaalde regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting moeten worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. Het wetsvoorstel voorziet voor de meeste spoedreparatiemaatregelen in een terugwerkende kracht tot en met 25 oktober 2017, 11.00 uur. Het ministerie van Financiën heeft ook aangegeven dat de spoedreparatiemaatregelen op termijn zullen moeten worden opgevolgd door een concernregeling die toekomstbestendig is. Voor de vormgeving van een dergelijke nieuwe concernregeling zal ook overleg plaatsvinden met het bedrijfsleven, belangenorganisaties en de wetenschap. Een nieuwe concernregeling zal vermoedelijk nog enige tijd op zich laten wachten. Het zal moeten worden gezien of, en zo ja welke van, de hiervoor beschreven aandachtspunten in de nieuwe concernregeling eventueel niet meer relevant zijn voor de SPA.

45 Ook hier wordt de term 'tijdvak' gehanteerd. Op basis van hetzelfde argument als bij artikel 39 IW moet deze term materieel worden geïnterpreteerd als 'periode' en wordt er bij het ontvoegingstijdstip een knip aangebracht.

46 Kamerstukken II, 2017-2018, 34 959, nr. 2.

47 Arrest van het Europese Hof van Justitie van 22 februari 2018, de gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16, ECLI: EU:C:2018:110.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd worden aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteur van deze bijdrage is Louis Lutz
(louis.lutz@loyensloeff.com)

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
prof. dr. R.P.C. Cornelisse
mw. mr. E.H.J. Hendrix
mw. mr. drs. A.N. Krol
prof. mr. C.W.M. Lieverse
mr. W.C.M. Martens
prof. mr. W.J. Oostwouder
prof. mr. D.F.M.M. Zaman

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Arnhem, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich