
Aankoopkosten deelneming toch aftrekbaar

Inleiding

De fiscale praktijk wordt gekenmerkt door regels die bij voortduring veranderen. Wetgever en Belastingdienst produceren onophoudelijk nieuwe regels. Ook de rechter draagt bij aan deze woekering. Deze keer betreft het een wijziging ten gunste van de belastingbetaler. Eind mei 2002 wees de Hoge Raad een voor de praktijk belangrijk arrest, waarmee hij terugkomt op relatief jonge arresten uit 1996 (BNB 1996/367 en BNB 1996/368). Voorwerp van geschil is ditmaal de aftrek van aankoopkosten die verband houden met een deelneming. In de arresten van 1996 oordeelde de Hoge Raad dat aankoopkosten geactiveerd moeten worden (deze kosten behoren tot de kostprijs van de deelne-

ming). In het arrest van mei 2002 overweegt de Hoge Raad (expliciet erkennende dat dit in afwijking van de arresten uit 1996 is) dat aankoopkosten aftrekbaar zijn in het jaar van aankoop.

De deelnemingsvrijstelling

Krachtens de deelnemingsvrijstelling zijn alle voordelen (zoals dividend en winst bij verkoop) uit hoofde van een 'deelneming' vrijgesteld van vennootschapsbelasting. De deelnemingsvrijstelling komt in beeld zodra sprake is van een aandelenbelang dat een lichaam (vennootschap; hierna ook: Moeder) in een ander lichaam (hierna ook: Dochter) houdt. Als uitgangspunt geldt dat een belang pas dan als deelneming kwalificeert, wanneer de Moeder het niet ter belegging houdt. Voor Dochters die niet in Nederland zijn gevestigd, moet aan verschillende additionele voorwaarden zijn voldaan, alvorens de deelnemingsvrijstelling toepassing vindt.

De strekking van de deelnemingsvrijstelling is om dubbele heffing van vennootschapsbelasting te vermijden: winst die de Dochter behaalt, is bij die Dochter belast; als de Dochter de winst aan de Moeder uitkeert, dient de winst bij deze laatste niet nogmaals in de heffing te worden betrokken. Dit is het zogenoemde 'ne bis in idem'-beginsel. Meerwaarden, gerealiseerd bij verkoop van een aandelenpakket, zijn ook vrijgesteld, omdat zij veroorzaakt worden door reeds behaalde (maar nog niet uitgekeerde) winsten, dan wel in de toekomst nog te behalen winsten van de Dochter. Voor beide oorzaken geldt dat die winst bij de Dochter belast is (zal worden), zodat op het niveau van de aandeelhouder niet nogmaals belasting moet worden geheven.

De wetgever heeft ervoor gekozen om aftrek te verlenen voor kosten die de Moeder maakt in verband met de deelneming in de Dochter. Daarbij dacht men (onder meer) aan financieringskosten. Rente die de Moeder betaalt op een lening die is aangegaan ter financiering van de deelneming in de Dochter, kan dus door de Moeder in mindering worden gebracht bij de berekening van haar belastbare winst (men is niet zo ver gegaan dat de kosten in aftrek komen bij de winstberekening van de Dochter). In de jurisprudentie is diverse malen aan de orde gekomen in hoeverre deze consolidatiegedachte moet worden doorgetrokken. Naast lopende kosten (zoals de hiervoor genoemde rente) kan worden gedacht aan aankoopkosten en verkoopkosten. Voorbeelden van beide laatstgenoemde categorieën zijn: kosten gemoeid met een due diligence-onderzoek, vergoedingen aan adviseurs (accountant, advocaat, bank, notaris) en 'interne' kosten (kosten van de 'M&A-afde-

ling'). In 1988 (BNB 1989/43) oordeelde de Hoge Raad dat de keuze van de wetgever om een aftrek toe te staan voor kosten van de Moeder niet beperkt moest worden uitgelegd. Men heeft, aldus de Hoge Raad, niet beoogd de aftrek van kosten op enigerlei wijze te beperken. In BNB 1989/43 ging het om verkoopkosten en (acht jaar later) in 1996 moest de Hoge Raad oordelen over aankoopkosten (BNB 1996/367 en 1996/368). De Hoge Raad overwoog toen dat zijn arrest uit 1988 niet verhindert dat kosten ter zake van de verwerving van een deelneming tot de kostprijs van die deelneming behoren. Het gevolg van deze jurisprudentie uit 1996 was echter dat deze aankoopkosten in het geheel niet meer in aanmerking konden worden genomen. Een soortgelijke activeringsplicht geldt voor kosten die gemaakt worden bij de aanschaf van (bijvoorbeeld) een kantoorgebouw. Door middel van (jaarlijkse) afschrijving worden de kosten dan echter alsnog in aanmerking genomen. Op deelnemingen kan evenwel (doorgaans) niet worden afgeschreven.

De praktijk zag zich dus enerzijds geconfronteerd met een activeringsplicht voor aankoopkosten (waardoor die niet tot een aftrek leiden), terwijl anderzijds duidelijk was dat de wetgever niet had beoogd om de aftrek van kosten op enigerlei wijze te beperken. In zijn arrest van 24 mei 2002 heeft de Hoge Raad nu geoordeeld dat de bedoeling van de wetgever dient te prevaleren.

Het arrest van 24 mei 2002

De casus die ten grondslag lag aan het arrest van 24 mei, was vrij eenvoudig. De Moeder verwierf in 1990 een deelneming en moest daartoe beursbelasting en een aankoopprovisie betalen. Deze aankoopkosten activeerde de Moeder als onderdeel van de kostprijs van de deelneming. In de loop van het boekjaar 1993/1994 heeft de Moeder de deelneming in de Dochter geheel vervreemd en in de aangifte voor dat jaar heeft zij de aankoopkosten ten laste van haar fiscale resultaat gebracht. Zowel de inspecteur als het Gerechtshof Den Haag wees dit standpunt af. De Hoge Raad memoreert eerst dat de wetgever gekozen heeft voor een vrijstelling waarbij de kosten die met een binnenlandse deelneming verband houden, ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

‘Ook de ter zake van de aankoop van een deelneming gemaakte kosten vormen kosten die verband houden met een deelneming. Zij behoren dus in beginsel bij de moedervernootschap in aftrek te komen. Indien zij, zoals in het algemeen bij ter zake

van de aankoop van een bedrijfsmiddel gemaakte kosten volgens de regels van goed koopmansgebruik moet geschieden, als onderdeel van de kostprijs van de deelneming worden geactiveerd, zouden zij langs de weg van afschrijving op die kostprijs ten laste van het resultaat moeten worden gebracht, maar door de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel deelneming is dit niet mogelijk. Dit in aanmerking genomen is de Hoge Raad thans, in afwijking van de in zijn arresten van 8 juli 1996, nrs. 30918 en 31496, BNB 1996/367 en BNB 1996/368, neergelegde zienswijze, van oordeel dat de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel deelneming meebrengt dat goed koopmansgebruik toelaat kosten ter zake van de aankoop van een deelneming op gelijke wijze als kosten ter zake van de verkoop van een deelneming ten laste van het resultaat te brengen in het jaar waarin zij zijn gemaakt. In gevallen waarin in het verleden kosten ter zake van de aankoop van een deelneming als onderdeel van de kostprijs zijn geactiveerd, zullen die kosten alsnog in aanmerking kunnen worden genomen.’

In deze casus had de Moeder de aankoopkosten dus in 1990 kunnen aftrekken. Nu dat niet mogelijk was vanwege de activering, moesten de kosten alsnog in aanmerking worden genomen. Het feit dat het hierbij de aangifte betrof van het boekjaar waarin de deelneming verkocht werd, lijkt daarbij irrelevant te zijn. Met andere woorden, ook in een later jaar waarin de Moeder de deelneming nog bezit, kan zij de geactiveerde aankoopkosten alsnog in mindering brengen. Voor de praktijk van groot belang is de wijze waarop het ‘omgaan’ van de Hoge Raad verwerkt wordt. Zonder te pretenderen volledig te zijn kan daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de aangifte over het jaar van verkoop al onherroepelijk vaststaat, en gevallen waarin dat nog niet het geval is. Voor de eerstgenoemde groep bestaat het risico dat de fiscus niet wenst terug te komen op definitief vaststaande jaren. Mocht de fiscus dit standpunt gaan innemen, dan kan de (ex-)Moeder mogelijkerwijs alsnog de aftrekpost in de wacht slepen met een beroep op de foutenleer of door de fiscus te verzoeken om een ambtshalve teruggaaf. Voor de tweede groep van gevallen geldt dat de uitvoering van de mogelijkheid ‘alsnog de kosten in aanmerking te nemen’ vorm kan worden gegeven (bijvoorbeeld) door middel van een correctie op het oudste nog openstaande jaar (conform de foutenleer).

De Staatssecretaris van Financiën heeft inmiddels een (louter procedurele) reactie op het arrest van de Hoge

Raad gegeven (Besluit van 12 juni 2002, nr. CPP2002/1737M), waarin hij inspecteurs maant voorshands geen uitvoering aan het arrest te geven totdat hij beleid terzake heeft ontwikkeld.

Op basis van informatie van de Wetgever is besloten door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Buitenlandse deelnemingen

Deze jurisprudentie ziet alleen op binnenlandse deelnemingen. De wetgever heeft met betrekking tot buitenlandse deelnemingen wel beoogd om de kostenaf trek op enigerlei wijze te beperken, te weten tot die kosten die middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst (doorgaans behaalt een buitenlandse deelneming geen winst die in Nederland belastbaar is, zodat de aftrekbeperking volledig is). Bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is op dit moment een procedure aanhangig waarbij de vraag centraal staat of deze beperking van kostenaf trek verenigbaar is met EU-recht (BNB 2001/257). Mocht het Hof van Justitie tot de slotsom komen dat de Nederlandse regelgeving op dit punt onverenigbaar is met het Europese recht, dan zal dit ook gelden voor de aankoopkosten van een Dochter die in de EU is gevestigd.

Slotopmerkingen

De Hoge Raad is met zijn arrest van 24 mei 2002 'omgegaan'. Aankoopkosten van een binnenlandse deelneming zijn, net als verkoopkosten en andere kosten, aftrekbaar voor de moedervennootschap. Niet valt uit te sluiten dat dit ook geldt voor deelnemingen in buitenlandse EU-dochters. Mocht het zover komen, dan zou het effect van deze jurisprudentie op de opbrengst van vennootschapsbelasting wel eens zo aanzienlijk kunnen zijn, dat de wetgever op zijn oorspronkelijke doelstelling (te weten een vrijstelling waarbij de kosten die met een binnenlandse deelneming verband houden, ten laste van de winst kunnen worden gebracht) gaat terugkomen. Het is te verwachten dat op het Ministerie van Financiën de plannen voor reparatiewetgeving al klaarliggen.

*Mr. W. Bon
Loyens & Loeff*