

Hof Amsterdam beslist over aftrekbaarheid van emissiekosten

Inleiding

Op 22 maart 2006 heeft de belastingkamer van het Gerechtshof Amsterdam zich uitgesproken over de vraag of een beursgenoteerde vennootschap bepaalde kosten die verband houden met een openbare aandelenemissie, in aftrek kan brengen op haar fiscale winst. In geschil was tevens de vraag of de vennootschap bepaalde rente-inkomsten ter zake van een lening aan haar Duitse dochtermaatschappij tot haar belastbare winst moest rekenen. Hier ga ik in deze bijdrage niet nader op in. Na een korte bespreking van de relevante feiten zullen de belangrijkste overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam worden besproken.

Feiten

Een NV, beursgenoteerd aan de effectenbeurs van Euronext Amsterdam, is de moedervenootschap van een in Nederland gevestigd, internationaal opererend concern dat zich bezighoudt met de productie en verkoop van kantoormeubilair en kantoorinrichtingen. In het jaar 1994 heeft de NV een meerderheidsbelang verworven in een in Duitsland gevestigde beursgenoteerde vennootschap. Enkele dagen na de aankoop van deze aandelen heeft de NV een openbare aandelenemissie aangekondigd, waarbij een groot aantal nieuwe (certificaten van) aandelen van de NV wordt uitgegeven en geplaatst.

Voorafgaand aan deze aandelenemissie heeft de NV een overeenkomst gesloten met een aantal financiële instellingen ten aanzien van de begeleiding van de emissie. De banken zijn op grond van deze overeenkomst ('underwriting agreement') verplicht de aandelen tegen een vaste koers te verwerven, indien het niet gelukt is om deze te plaatsen bij beleggers. Op deze manier heeft de NV zich onder meer verzekerd van een bepaalde emissieopbrengst.

Als tegenprestatie voor de diensten die de banken hebben verleend, wordt aan de NV een aantal kosten in rekening gebracht, bestaande uit: (a) een 'selling commission' van NLG 0,63 per nieuw uitgegeven aandeel, (b) een 'management & underwriting commission' van 2% van de totale emissieopbrengst, en (c) een bereidstellingsprovisie van 1% van de totale emissieopbrengst. De selling commission betreft een vergoeding die betrekking heeft op de inspanningen van de banken om op zoek te gaan naar kopers van de nieuw uit te geven aandelen. De management & underwriting commission voorziet in een vergoeding voor alle werkzaamheden die de banken hebben verricht om de emissie te laten plaatsvinden, en een betaling voor de verplichting van de 'underwriters' om niet-geplaatste aandelen zelf, tegen de emissieprijs, te nemen. De bereidstellingsprovisie is verschuldigd door de NV ter zake van de

door de Nederlandsche Bank aan de onderwriters gestelde solvabiliteitseisen in verband met het door de onderwriters over te nemen plaatsingsrisico.

Daarnaast is er een garantieregeling totstandgekomen met de banken, op grond waarvan de banken recht hebben op een deel van de meeropbrengst, indien de uitgifteprijs uitkomt boven een bepaald bedrag.

De NV is van mening dat de door de banken in rekening gebrachte kosten ter zake van de emissie ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht. De inspecteur meent echter dat de uitgaven niet als bedrijfskosten kunnen worden beschouwd, maar dat sprake is van een lagere emissieopbrengst voor de NV. Tevens stelt de inspecteur dat de banken voor eigen rekening en risico hebben gehandeld en dat aldus überhaupt geen sprake was van het verlenen van een dienst aan de NV.

Overwegingen Hof Amsterdam

Het Hof Amsterdam overweegt in de eerste plaats dat als hoofdregel geldt dat kosten die worden gemaakt ter vergroting van het kapitaal van een vennootschap, ten laste van de winst van de desbetreffende vennootschap kunnen komen. Voorzover dit niet reeds is af te leiden uit de algemene fiscale winstbepalingsartikelen (art. 7 Wet op de inkomstenbelasting 1964 in samenhang met art. 8 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, hierna: Wet Vpb 1969), is dit nadrukkelijk bepaald in artikel 9 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 (tekst: 1994-1995). In de huidige wet is deze bepaling te vinden in artikel 9 lid 1 onderdeel d. Dit artikel luidt als volgt: 'Bij het bepalen van de winst komen mede in aftrek (...) oprichtingskosten, alsmede kosten van wijziging van het kapitaal.'

Volgens het hof zijn de door de banken verleende diensten naar hun essentiële kenmerken te kwalificeren als het tegen een premie overnemen van het risico van het niet slagen van de emissie. Het hof meent dat de kosten van de onderwriters op gelijke wijze dienen te worden behandeld als de premie die uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst verschuldigd zou zijn. Dit betekent derhalve dat de NV de kosten die uit hoofde van de onderwriting agreement verschuldigd zijn, in mindering kan brengen op de belastbare winst. De omstandigheid dat de NV geen verlies in aanmerking had kunnen nemen uit hoofde van het niet welslagen van de emissie indien de NV geen onderwriting agreement zou zijn aangegaan met de banken – omdat dit verlies zich in de kapitaalsfeer zou hebben voorgedaan – doet volgens het hof niet terzake.

De omstandigheid dat de onderwriters voor eigen rekening en risico hebben gehandeld, laat volgens het hof onverlet dat ten opzichte van de NV sprake is van het verlenen van een dienst. Het door middel van de onderwriting agreement uitsluiten van het plaatsingsrisico betekent volgens het hof niet dat de opbrengst van de emissie geacht moet worden te zijn opgesplitst, met als gevolg dat een gedeelte van de

opbrengst van de emissie niet aan de NV, maar aan de banken zou toekomen. Het feit dat het risico van het welslagen van de emissie niet (meer) voor rekening van de NV kwam, neemt volgens het hof niet weg dat de (bruto-)opbrengst van de emissie in de eerste plaats aan de NV toekwam, ten laste van welk bedrag vervolgens de hiervoor genoemde kosten in mindering komen.

Ten aanzien van het bedrag dat door de NV aan de banken verschuldigd is onder de 'garantieregeling', stelt het hof de inspecteur in het gelijk. Voorzover de meeropbrengst ten goede komt aan de banken, moet het belang bij de aandelenemissie volgens het hof worden geacht te zijn opgesplitst en kan (het daarop betrekking hebbende deel van) de emissieopbrengst niet tot de aan de NV toekomende emissieopbrengst worden toegerekend. De kosten die de NV ter zake van de garantieregeling in aanmerking heeft genomen, zijn derhalve niet aftrekbaar van de belastbare winst, maar liggen in de kapitaalsfeer, met een lagere emissieopbrengst tot gevolg.

De bereidstellingsprovisie dient, hoewel deze niet als zodanig in de onderwriting agreement is vermeld, volgens het hof op gelijke voet te worden behandeld als de andere, wel in de onderwriting agreement genoemde vergoedingen. Dit betekent dan ook dat het bedrag van de bereidstellingsprovisie eveneens een kostenpost is die ten laste van de winst van de NV kan worden gebracht.

Bespreking

In 1994 heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld dat indien ter zake van de verwerving van een buitenlandse deelneming aandelenkapitaal wordt uitgegeven, de daarmee gepaard gaande kosten van de kapitaalsbelasting aftrekbaar zijn van de winst.¹ De aftrekbaarheid van de kosten van de kapitaalsbelasting, alsmede overige met de emissie verband houdende kosten, zoals kosten ter zake van due diligence, juridisch advies, prospectuskosten enzovoort, stond in de thans besproken procedure derhalve niet ter discussie. De vraag of de kosten die voortvloeiden uit onder andere de onderwriting agreement, op dezelfde wijze konden worden behandeld, is nu door het Hof Amsterdam bevestigend beantwoord.

Reeds in een ver verleden heeft de rechter² geoordeeld dat het begrip 'emissiekosten' alle kosten behelst die in adequaat oorzakelijk verband staan met de uitgifte van de aandelen. Ook in de literatuur is men van oordeel dat artikel 9 lid 1 onderdeel e Wet Vpb 1969 (huidig onderdeel d) ruim moet worden uitgelegd.³

1. HR 2 maart 1994, BNB 1994/164.

2. RvB Amsterdam 17 november 1947, opgenomen in HR 30 maart 1948, B. 8513.

3. N.H. de Vries & R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, onderdeel 2.2.0.G, 'Oprichtingskosten en kosten van wijziging van het kapitaal' (art. 9 lid 1 onderdeel d).

De uitspraak zal ongetwijfeld enthousiast zijn ontvangen door de Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen, die op dit moment wellicht in vergelijkbare discussies met de Belastingdienst verwickeld zijn. De Staatssecretaris van Financiën heeft zich niet neergelegd bij de uitspraak en heeft beroep in cassatie ingesteld.

*Mr. W.P.A. Ouwehand
Stibbe*