

Fiscale aspecten van koopprijsmechanismes in overnamecontracten

Ondernemingsrecht 2019/23

Een aandelenkoopovereenkomst kan zijn gebaseerd op het *Locked Box Mechanisme* (LBM) of het *Closing Accounts Mechanisme* (CAM). Wordt gebruik gemaakt van het LBM dan betaalt de koper over de periode die aanvangt bij de effectieve datum van overdracht tot het moment van levering van de aandelen een “rente”-vergoeding aan de koper. Deze vergoeding is fiscaal geen rente.

De staatssecretaris van Financiën heeft 20 augustus 2018 goedgekeurd dat overdracht van zeggenschapsrechten in een aandelenkoopovereenkomst aan de koper niet hoeft te leiden tot verbreking van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen verkoper en doelvennootschap. In het Besluit fiscale eenheid 2003 is goedgekeurd dat een fiscale eenheid tot stand kan komen tussen koper en doelvennootschap voordat de aandelen in de doelvennootschap aan koper zijn geleverd. In deze bijdrage wordt de reikwijdte van beide goedkeuringen onderzocht.

1. Inleiding

In het artikel Koopprijsmechanismes in overnamecontracten: een vergelijkend overzicht doet Van Leeuwen Boomkamp² onderzoek naar het *Locked Box Mechanisme* (LBM) en het *Closing Accounts Mechanisme* (CAM). In deze bijdrage wordt ingegaan op enkele fiscale aspecten van beide mechanismes. In het bijzonder worden onderstaande vragen beantwoord:

- Is bij het LBM de “rente”-vergoeding die koper aan verkoper betaalt over de periode die begint bij de effectieve datum en eindigt bij de levering van de aandelen in de doelvennootschap (de interim-periode) in fiscale zin te beschouwen als rente?
- Leiden *gap controls* (beperkende voorwaarden) in een koopovereenkomst ertoe dat een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen de verkoper en de doelvennootschap wordt verbroken?
- Wanneer kan een doelvennootschap worden opgenomen in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met de koper?

In deze bijdrage sluit ik aan bij de terminologie die Van Leeuwen Boomkamp in zijn artikel gebruikt.

2. Rente over interim-periode

Bij het LBM wordt de koopprijs vastgesteld in de aandelenkoopovereenkomst. In de koopovereenkomst wordt vastgelegd dat de resultaten van de doelvennootschap vanaf de effectieve datum voor rekening van koper zijn. Koper betaalt de koopsom pas bij levering van de aandelen in de doelvennootschap. Omdat de verkoper gedurende de interim-periode de winst van de doelvennootschap mist en ook de koopsom nog niet heeft ontvangen, ontvangt de verkoper over de periode een “rente”-vergoeding. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting is deze vergoeding geen rente. Van rente kan slechts sprake zijn indien een vordering-schuldverhouding bestaat. Verkoper krijgt eerst bij levering een vordering op koper. De “rente”-vergoeding is fiscaal geen rente maar onderdeel van de koopsom.

3. Invloed gap controls op fiscale eenheid tussen verkoper en doelvennootschap

Een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen een moedermaatschappij (verkoper) en dochtermaatschappij (doelvennootschap) heeft verschillende voor- en nadelen. Een van de voordelen is dat de doelvennootschap niet zelfstandig belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. Haar vermogen en resultaat worden toegerekend aan de verkoper en komen in de aangifte vennootschapsbelasting van de verkoper tot uitdrukking. Hierdoor kunnen verliezen en winsten van in een fiscale eenheid gevoegde maatschappijen met elkaar worden verrekend. Een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is slechts mogelijk indien de moedermaatschappij de gehele juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij.³

Wanneer verkoper zeggenschapsrechten overdraagt aan de koper heeft de verkoper (in fiscale zin) niet meer de gehele juridische eigendom van de aandelen. Een koopovereenkomst met gap controls leidt dus in beginsel tot verbreking van de fiscale eenheid tussen verkoper en doelvennootschap. Omdat de koper bij het afsluiten van de koopovereenkomst ook nog niet de gehele economische en juridische eigendom verkrijgt, wordt de doelvennootschap voor korte tijd zelfstandig belastingplichtig. Om dit te voorkomen, heeft de staatssecretaris van Financiën 20 augustus 2018 het volgende goedgekeurd:⁴

“Ik keur goed dat de beperking van de zeggenschap door een overeenkomst tot verkoop van de aandelen

¹ Hans van Sonderen is belastingadviseur te Delft, hoogleraar belastingrecht en redacteur van dit tijdschrift.

² J.A.E.F. van Leeuwen Boomkamp, ‘Koopprijsmechanismes in overnamecontracten: een vergelijkend overzicht’, *Ondernemingsrecht* 2019/22.

³ Zie art. 15, lid 1 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969).

⁴ Besluit Fiscale Eenheid in de vennootschapsbelasting, *Stcrt.* 2018, 49422 (regelingnummer 2018/121069).

in de dochtermaatschappij voor de toepassing van de bezitser buiten aanmerking blijft in de volgende situatie. Dit betreft het geval dat de verkoper in afwachting van juridische levering van de aandelen voor bepaalde rechtshandelingen de toestemming nodig heeft van de koper. De beperking van de zeggenschap door een aandelenverkoopovereenkomst mag slechts ten doel hebben te voorkomen dat de waarde van de aandelen van de dochtermaatschappij in afwachting van de juridische levering door de verkoper wordt verminderd. De fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de te verkopen dochtermaatschappij eindigt dan dus nog niet op het moment van sluiten van de aandelenverkoopovereenkomst. Om gebruik te kunnen maken van deze goedkeuring dienen de verkoper en de gevoegde dochtermaatschappij binnen twee weken na het sluiten van de aandelenverkoopovereenkomst een schriftelijk verzoek in bij de bevoegde inspecteur, die hierop beslist. De goedkeuring geldt als tussen het moment van sluiten van de aandelenverkoopovereenkomst en de juridische levering van de aandelen in de dochtermaatschappij een korte termijn verloopt. Een termijn korter dan drie maanden is in dit verband in ieder geval een korte termijn. Belooft de termijn om zwaarwegende redenen meer dan drie maanden, dan kan de verkoper voorafgaand aan het verlopen van de eerste drie maanden van deze termijn een schriftelijk verzoek indienen bij de bevoegde inspecteur, die hierop beslist.”

De goedkeuring is een belangrijke handreiking. Gap controls in een koopovereenkomst hoeven nog niet tot verbreking van de fiscale eenheid tussen een verkoper en doelvennootschap te leiden. In de toelichting op het Besluit wordt als voorbeeld van toegelaten beperkende voorwaarden genoemd, het vragen van toestemming voor een dividenduitkering en het aannemen of ontslaan van bestuurders. Andere beperkingen van zeggenschap van koper zijn ook toegelaten, mits deze tot doel hebben te voorkomen dat de waarde van de aandelen in de doelvennootschap vermindert. Te denken valt aan:

- statutenwijziging of ontbinding;
- het toekennen van optierechten op de aandelen;
- het uitgeven van nieuwe aandelen;
- het verminderen van de nominale waarde van de aandelen;
- het inkopen van aandelen;
- fusie en splitsing van de doelvennootschap.

De goedkeuring ziet echter niet op de voorwaarde dat de verkoper de gehele economische eigendom van de aandelen in de doelvennootschap moet bezitten.

Bij het LBM komen partijen overeen dat de economische eigendom van de doelvennootschap met terugwerkende kracht naar de effectieve datum overgaat. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt de terugwerkende kracht niet gevolgd. Bij het afsluiten van de koopovereenkomst of bij latere vervulling van opschortende voorwaarden gaat de economische eigendom van de doel-

vennootschap over. Tot dan kan de fiscale eenheid met de verkoper blijven bestaan.

Bij het CAM houdt de verkoper tot de levering een belang bij de resultaten van de doelvennootschap.

Bij het sluiten van de koopovereenkomst, of later bij het vervullen van opschortende voorwaarden, krijgt de koper echter ook een economisch belang bij de doelvennootschap. Waardemutaties van de *enterprise value* gaan immers de koper aan. Ook bij het CAM kan de fiscale eenheid tussen de verkoper en de doelvennootschap slechts tot het sluiten van de koopovereenkomst, of later bij het vervullen van opschortende voorwaarden, blijven bestaan.

4. **Wanneer kan een doelvennootschap worden opgenomen in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met koper?**

Een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting kan pas tot stand komen zodra de koper de gehele juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in de doelvennootschap heeft verkregen. Het Besluit fiscale eenheid 2003 kent echter een tegemoetkoming. Art. 4 lid 1 van het Besluit uit 2003 maakt het mogelijk om al bij het verkrijgen van de economische eigendom van de aandelen een fiscale eenheid tussen koper en doelvennootschap te vormen. Voorwaarde is dat de aandelen in de doelvennootschap onverwijld, binnen vijf werkdagen na de verkrijging van de economische eigendom, worden geleverd. Indien door omstandigheden die zijn gelegen buiten de invloedssfeer van partijen de termijn van vijf werkdagen niet haalbaar is, kan de termijn op verzoek worden verlengd tot ten hoogste drie maanden. Omstandigheden die buiten de invloedssfeer van partijen liggen zijn bijvoorbeeld:

- het decertificeren van aandelen in de doelvennootschap;
- de verkrijging van toestemming voor de overname van de doelvennootschap door mededingingsautoriteiten.

De tegemoetkoming in het Besluit fiscale eenheid 2003 maakt het mogelijk bij het LBM een fiscale eenheid tussen koper en doelvennootschap te vormen vanaf het sluiten van de koopovereenkomst. Voorwaarde is wel dat de aandelen in de doelvennootschap tijdig worden geleverd.

Bij het CAM houdt de verkoper tot de levering een belang bij de resultaten van de doelvennootschap. Bij het CAM kan pas vanaf de levering een fiscale eenheid tussen koper en doelvennootschap worden gevormd.

5. **Slot**

De goedkeuring in het Besluit fiscale eenheid uit 2018 inzake de instandhouding van een fiscale eenheid lijkt niet helemaal te zijn afgestemd met de mogelijkheden die het Besluit fiscale eenheid 2003 biedt om reeds voor de levering van de aandelen een fiscale eenheid te vormen tussen koper en doelvennootschap. De doelvennootschap kan nooit gelijktijdig onderdeel zijn van twee verschillende fiscale een-

heden. Veelal zal het onwenselijk zijn dat de doelvennootschap van geen van beide fiscale eenheden deel uitmaakt en hierdoor kortstondig zelfstandig belastingplichtig is. De strekking van de goedkeuring van het Besluit uit 2018 is om kortstondige belastingplicht te voorkomen. In geval van twijfel over de reikwijdte van beide regelingen verdient overleg met de Belastingdienst aanbeveling.