



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Conclusie A-G Wattel 10 september 2014, 14/00486
Vleggeert, J.

Citation

Vleggeert, J. (2014). Conclusie A-G Wattel 10 september 2014, 14/00486. *Ntfr*, 2014(43).
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/39630>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/39630>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

COMMENTAAR VLEGGERT¹

In 2005 is bij belanghebbende een herinvesteringsreserve vrijgevallen van ongeveer € 2,5 mio. Belanghebbendes adviseur verzint een list om deze vrijval te neutraliseren. Belanghebbende richt daartoe in december 2006 een dochtervennootschap op die met ingang van haar oprichtingsdatum wordt gevoegd. Deze dochtervennootschap gaat als commanditaire vennoot participeren in een besloten CV. Op 4 december 2006 verkrijgt de CV, vereenvoudigd weergegeven, putopties op de AEX-index voor ruim € 2,5 mio. Op dat moment staat de AEX-index op 473 terwijl de putopties uitbetalen indien de index op 15 december 2006 lager staat dan 420. De putopties lopen waardeloos af en de dochtervennootschap maakt dus een verlies van ruim € 2,5 mio. Omdat belanghebbende dit verlies niet daadwerkelijk wil lijden, heeft zij een putoptie verkregen die haar het recht geeft om de aandelen in de dochtervennootschap op 30 januari 2007 voor € 18.000 te verkopen. De door de belanghebbende gedroomde fiscale verwerking van deze transacties ziet er als volgt uit. Op grond van art. 5, lid 4, Besluit fiscale eenheid 2003 wordt het verlies van de dochtervennootschap aangemerkt als een verlies van belanghebbende. Dit verlies kan vervolgens worden teruggewenteld naar 2005. De uitoefening van de putoptie op de aandelen in de dochtervennootschap op 30 januari 2007 leidt tot verbreking van de fiscale eenheid. Op grond van art. 14, lid 1, Besluit fiscale eenheid 2003 wordt de vervreemding van de aandelen in de dochtermaatschappij geacht plaats te vinden na de ontvoering van de dochtermaatschappij. Ingevolge art. 15aj, lid 6, Vpb. '69 worden de aandelen in de dochtermaatschappij op het ontvoeringstijdstip teboekgesteld op het in art. 13d, lid 8, Vpb. '69 vastgestelde opgeofferde bedrag. Op grond van de laatstgenoemde bepaling wordt het opgeofferde bedrag gesteld op het vanaf dat tijdstip voor de heffing van de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen eigen vermogen van de dochtermaatschappij. Het eigen vermogen van de dochtermaatschappij is op 30 januari 2007 ruim € 2,5 mio negatief. De aandelen in de dochtermaatschappij dienen daarom te boek te worden gesteld op ruim € 2,5 mio negatief. Omdat de uitoefenprijs van de putoptie € 18.000 is, wordt een winst van ruim € 2,5 mio gerealiseerd. Gelet op de Falconsjurisprudentie is deze winst vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Belanghebbendes droomscenario zou er dus toe leiden dat een verlies wordt gecreëerd dat wordt gebruikt om de vrijval van de herinvesteringsreserve te compenseren terwijl dit verlies niet daadwerkelijk wordt geleden. Op dit scenario valt echter het nodige af te dingen.

Ten eerste is de fiscale eenheid ten onrechte verleend. Het staat namelijk op het voegingstijdstip al vast dat belanghebbende de putoptie op de aandelen in haar dochtervennootschap zal uitoefenen. Gelet op de uitoefenprijs en de zeer korte looptijd van de putopties op de AEX-index is het namelijk nagenoeg zeker (bijna 99%) dat de dochtermaatschappij een verlies van ruim € 2,5 mio zal maken. Er is slechts een zeer kleine kans dat de putopties winst opleveren. Daarvoor is nodig dat de AEX-index in korte tijd sterk daalt. In dat geval zou de CV echter door middel van aanvullend te sluiten soortgelijke contracten alsnog het gewenste verlies realiseren. De putoptie op de aandelen in de

¹ Mr. dr. J. Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

dochtermaatschappij is met andere woorden urgerend. Dit betekent dat belanghebbende op het voegingstijdstip niet de economisch eigenaar is van de aandelen in de dochtermaatschappij. In het aanvraagformulier voor het afgeven van de beschikking fiscale eenheid heeft belanghebbende de belastingdienst niet ingelicht over de putoptie op de aandelen in de dochtermaatschappij. A-G Wattel meent daarom dat de fiscale eenheid beschikking met terugwerkende kracht moet worden ingetrokken. Tegelijkertijd constateert hij dat de literatuur verdeeld is over de vraag of een fiscale eenheid beschikking met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken.

Indien het niet mogelijk is om de fiscale eenheid beschikking met terugwerkende kracht in te trekken, rijst de vraag of de deelnemingsvrijstelling terecht wordt toegepast op de winst van ruim € 2,5 mio die op 30 januari 2007 ter zake van de uitoefening van de putoptie op de aandelen in de dochtermaatschappij wordt gerealiseerd. Op dat moment is belanghebbende immers nog steeds niet de economisch eigenaar van de aandelen in de dochtermaatschappij. In deze gedachtegang staat het ontbreken van de economische eigendom tot 30 januari 2007 niet in de weg aan het bestaan van de fiscale eenheid omdat nu eenmaal een beschikking is afgegeven. De verbreking van de fiscale eenheid moet daarom conform het Besluit fiscale eenheid 2003 worden verwerkt. De aandelen in de dochtermaatschappij worden dus teboekgesteld op ruim € 2,5 mio negatief. Vervolgens worden deze aandelen verkocht voor € 18.000. De fiscale eenheid beschikking lijkt nu niet meer van belang te zijn bij het beantwoorden van de vraag of de verkoopwinst van ruim € 2,5 mio is vrijgesteld. Dat lijkt niet het geval te zijn omdat belanghebbende niet de economisch eigenaar is van de aandelen in de dochtermaatschappij en daarom niet voldoet aan één van de voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. A-G Wattel gaat niet in op deze kwestie, vermoedelijk omdat de winst op de putoptie pas wordt gerealiseerd in 2007 terwijl de procedure betrekking heeft op 2006. In dat kader kan men zich nog afvragen of belanghebbende ultimo 2006 niet verplicht is om de putoptie op ruim € 2,5 mio te waarderen aangezien dan al vaststaat dat de optie zal worden uitgeoefend. In verband met de omvang van dit commentaar laat ik het bij het signaleren van deze problematiek.

A-G Wattel gaat voor twee andere ankers liggen. In de eerste plaats meent hij dat de onzakelijke kostenjurisprudentie van toepassing kan zijn. Hij stelt dat geen weldenkende fiscale eenheid met het oog op het nut voor haar onderneming een 99% kans aangaat op een verlies van ruim € 2,5 mio. Deze redenering kan mij echter niet overtuigen omdat belanghebbende door middel van de putoptie op de aandelen in de dochtervennootschap heeft zeker gesteld dat zij dit verlies niet gaat lijden. In de tweede plaats meent A-G Wattel dat belanghebbendes trapezewerk (en hier citeer ik met instemming de A-G, zie punt 6.39 van zijn conclusie) strandt op *fraus legis*. Daarin kan ik mij wel vinden.