

De verkoop van een 'HIR-lichaam'

Een lichaam dat op grond van artikel 8, lid 1 Wet VPB 1969 juncto artikel 3.54 Wet IB 2001 een herinvesteringsreserve (HIR) vormt, heeft een latente belastingverplichting. Het spreekt vanzelf dat bij de verkoop van de aandelen in een dergelijk lichaam (HIR-lichaam) deze latente verplichting bijzondere aandacht verdient. In deze bijdrage ga ik in op de volgende aspecten:

- vrijval HIR in verband met verkoop van HIR-lichaam;
- geen HIR bij desinvestering voorafgaand aan verkoop HIR-lichaam;
- ontvoeging en/of voeging in fiscale eenheid;
- aansprakelijkheid verkoper voor VPB HIR-lichaam;
- waardering latente VPB.

Ik sluit af met een advies in de vorm van een checklist.

VENNOOTSCHAPSELASTING

Vrijval HIR in verband met verkoop van HIR-lichaam

De wetgever vindt de handel in HIR-lichamen ongewenst. Daarom is er een toetsing opgenomen die vergelijkbaar is met die inzake de verliesverrekening. De sanctie bestaat uit de verplichte vrijval van de HIR.

Waarom zou de handel in HIR-lichamen ongewenst zijn? Een HIR-lichaam dat overweegt om niet opnieuw te investeren, zal met een (hoge) acute fiscale last geconfronteerd worden. Als dit HIR-lichaam – eventueel via een fiscale eenheid – gebruik kan maken van het investeringsvoornemen van een ander lichaam, dan valt een financieel voordeel te behalen. Dat voordeel is gelijk aan het verschil tussen de contante waarde van de toekomstige VPB vanwege lagere afschrijvingen en de acute VPB over de vrijval van de HIR. Bij verkoop van een HIR-lichaam wordt dit voordeel via de verkoopprijs verdeeld tussen de koper en de verkoper. Ik denk dat er in zo'n geval sprake is van strijd met de geest van de HIR. De verkoper had geen investeringsvoornemen meer en daarom hoort de HIR vrij te vallen. Anderzijds kan men ook zeggen dat een dergelijke constructie past binnen het concept van

de vennootschapsbelasting waarin een lichaam apart wordt gezien van zijn leden/vennoten/aandeelhouders.

Artikel 12a (van 2001 tot en met 2006 artikel 15e) Wet VPB 1969 bepaalt dat de HIR vrijvalt als er sprake is van een wijziging in belangrijke mate van het uiteindelijke belang in het lichaam. In belangrijke mate betekent 30%. Het gaat daarbij niet om de directe gerechtigheid in het HIR-lichaam, maar om de uiteindelijk gerechtigde. De terminologie en de toelichting in de wetsgeschiedenis is gelijk aan die bij artikel 20a Wet VPB 1969. Ook het stramen van artikel 12a Wet VPB 1969 is grotendeels identiek: er zijn wijzigingen die niet meetellen (lid 2) en de sanctie van lid 1 is niet van toepassing bij 'normale beurshandel' (lid 3). De sanctie van lid 1 geldt verder niet als aan een 'activiteitentoets' wordt voldaan (lid 1 laatste volzin). Overigens gaat het om de optelsom van alle belangwijzigingen. Als er bijvoorbeeld twee keer 25% verkocht wordt (tussen desinvestering en herinvestering) is artikel 12a Wet VPB 1969 van toepassing, ook als het twee verschillende kopers zijn.

Ook voor lid 2 en 3 zijn de terminologie en de toelichting in de wetsgeschiedenis gelijk aan die bij artikel 20a Wet VPB 1969. Wijzigingen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht tellen niet mee; de verkrijgers nemen de plaats in van de oorspronkelijke eigenaars. Hetzelfde geldt voor de uitbreiding van een (uiteindelijk) belang van een natuurlijk persoon die bij het begin van het jaar waarin de HIR gevormd werd al een belang van ten minste een derde hield. De 'beurshandeluitzondering' geldt voor wijzigingen waarmee het HIR-lichaam niet bekend is en had kunnen zijn, mits de wijziging niet uitgaat boven hetgeen als gebruikelijk kan worden aangemerkt. Ik vind de wettekst altijd wat merkwaardig als je de toelichting leest, maar de strekking is duidelijk. Bij een beursvennootschap speelt artikel 12a Wet VPB 1969 niet, tenzij het gaat om een bekende grote acquisitie of als blijkt dat er extreem veel aandelen verhandeld zijn.

De term 'belang' heeft dezelfde betekenis als bij artikel 20a en artikel 10a, lid 4 Wet VPB 1969. Niet alleen aandelen, maar ook opties op aandelen, winstdelende leningen en andere

Dr. F.P.J. Snel

verbonden aan SNEL Corporate Tax + Law in Amsterdam



hybride instrumenten vallen onder dit begrip. En niet alleen gerechtigdheid tot voordelen, maar ook stemrecht speelt een rol.

Wat de 'activiteitentoets' betreft verschilt artikel 12a wel van artikel 20a Wet VPB 1969. De sanctie van artikel 12a is niet van toepassing als het HIR-lichaam aantoonbaar gedurende de laatste drie maanden voorafgaand aan de belangwijziging zijn bezittingen voor minder dan de helft uitbeleggingen hebben bestaan. Anders dan bij artikel 20a is inkrimpen of wijzigen van de werkzaamheden geen probleem. Het HIR-lichaam mag geen beleggingslichaam zijn. Het gaat daarbij om de bezittingen van het lichaam zelf. De bezittingen van eventuele dochtermaatschappijen tellen niet mee, maar de deelneming in de dochtermaatschappij wel.

Het begrip 'belegging' moet in beginsel conform de bestaande algemene jurisprudentie worden uitgelegd. Maar in lid 4 wordt het begrip belegging voor artikel 12a wel beperkt en uitgebreid.

Liquide middelen en onroerende zaken die bestemd zijn om (direct of indirect) aan andere dan verbonden lichamen ter beschikking te worden gesteld, worden aangemerkt als beleggingen. Naar de letter van de wet zijn rechten op onroerende zaken, zoals erfpacht- en opstalrecht, geen zaken maar vermogensrechten en vallen deze niet onder de uitbreiding van het begrip belegging, ook niet als ze ter beschikking worden gesteld aan derden. Maar in een ander kader heeft de minister van Financiën blijk gegeven van een beperkte kennis van het goederenrecht en werden rechten op onroerende zaken gezien als zaken. Niet uit te sluiten valt dat het ministerie van Financiën eenzelfde opvatting ook voor artikel 12a, lid 4 Wet VPB 1969 huldigt. Beleggingen in financiële instellingen die ze aanhouden in het kader van hun onderneming tellen voor lid 1 niet mee als beleggingen.

Kort samengevat, bij verkoop van een HIR-lichaam dwingt artikel 12a Wet VPB 1969 tot een vrijval van de HIR, tenzij het gaat om een beursvennootschap, een verkoop aan een kwalificerende zittende aandeelhouder of wanneer het HIR-lichaam geen 'beleggingslichaam' is.

Daarnaast merk ik op dat – los van artikel 12a Wet VPB 1969 – de verkoop van een HIR-lichaam relevant kan zijn voor het vervangingsvoornemen. In verband met de verkoop kunnen (her)investeringsplannen wijzigen. Dat kan blijken uit een persbericht rond de verkoop, de verkoopovereenkomst of bestuursnotulen, maar ook uit overleg met de ondernemingsraad of de wijziging van de samenstelling van het bestuur of een wijziging van de huisbankier.

Geen HIR bij desinvestering voorafgaand aan verkoop HIR-lichaam

Artikel 12a Wet VPB 1969 is ook van toepassing op de vorming van een HIR indien het besluit tot desinvestering genomen is voordat het uiteindelijke belang in het lichaam in belangrijke mate wijzigt. Dit heeft uiteraard alleen relevantie indien de feitelijke desinvestering zich afspeelt nadat de belangwijziging heeft plaatsgevonden.

De staatssecretaris van Financiën neemt het standpunt in dat een herinvestering die vóór de formele belangwijziging plaatsvindt in feite de verkoop van een HIR-lichaam betreft. Dit ondanks het feit dat aannemelijk is dat deze herinvestering gebeurt voor de persoon/personen die ná de belangwijziging direct of indirect een belang verkrijgt/verkrijgen in de belastingplichtige. Een dergelijke situatie valt naar zijn mening ook onder artikel 12a Wet VPB 1969. De redenering is dat hier in feite sprake is van een herinvestering onder de nieuwe aandeelhouder(s). Ik denk dat dit standpunt theoretisch verdedigbaar is. In de praktijk zal het alleen moeilijk bewijsbaar zijn als de betrokken partijen zorgvuldig en discreet te werk gaan.

Ontvoeging en/of voeging in fiscale eenheid

Bij verbreking van een fiscale eenheid vennootschapsbelasting wordt een fiscale eenheid HIR toegerekend aan de maatschappij die het bedrijfsmiddel vervreemd heeft. Op het tijdstip voorafgaand aan de verbreking mag de totale HIR van de fiscale eenheid niet hoger zijn dan de HIR(s) die de gevoegde maatschappijen op stand alone-basis hadden kunnen vormen. Onmiddellijk na de splitsing treedt de ontvoegde maatschappij in de plaats van de fiscale eenheid en neemt de HIR over. Er kan dus na ontvoeging ook geen hogere HIR gevormd worden.

Ook oplettten bij des-/herinvestering kort na/voor verkoop lichaam

Als een HIR-lichaam gevoegd wordt in fiscale eenheid leidt de voeging als zodanig niet tot een (verplichte) vrijval van de HIR. Na voeging worden niet alleen eventuele investeringen van het HIR-lichaam, maar ook die van andere fiscale eenheidsmaatschappijen in aanmerking genomen als herinvesteringen waarbij de HIR aangewend moet worden. Bij de 'winstsplitsing' voor (onder andere) de verliesverrekening moet de aanwending van de HIR geëlimineerd worden uit het resultaat dat de investerende maatschappij krijgt toegekend (artikel 15a Wet VPB 1969). Aanwending van de HIR binnen fiscale eenheid door een andere maatschappij is een 'overdracht van een vermogensbestanddeel of fiscale reserve' die in de zes volgende jaren bij ontvoeging leidt tot de sanctie van artikel 15a Wet VPB 1969.

Aansprakelijkheid verkoper voor VPB HIR-lichaam

De Invorderingswet 1990 (IW 1990) kent in artikel 40 een bijzondere aansprakelijkheid voor degene die een HIR-lichaam vervreemdt. Onder welke omstandigheden bestaat deze aansprakelijkheid? Er moet sprake zijn van:

- een lichaam met een HIR, een andere fiscale reserve of een stille reserve; en
- het, direct of indirect, zelf of samen met zijn partner en zijn bloedverwanten in de rechte lijn houden van ten minste een derde van het geplaatste kapitaal; en
- de bezittingen van het lichaam bestaan in belangrijke mate uit beleggingen.

In de literatuur wordt verdedigd dat artikel 40 IW 1990 alleen geldt voor natuurlijke personen. Alleen een natuurlijk persoon kan een partner en/of bloedverwanten hebben. En artikel 40 IW 1990 noemt juist niet 'verbonden lichamen'. De Leidraad Invordering 2008 stelt dat ze ook geldt voor lichamen.

Indien het HIR-lichaam geen in aandelen verdeeld kapitaal heeft, geldt als vervangend criterium de gerechtigdheid tot minimaal een derde van het vermogen of van het resultaat van een lichaam (artikel 40, lid 4 IW 1990).

Bij artikel 40 IW 1990 gaat het om het belang dat de verkoper had. Dat belang moet ten minste een derde zijn. Of dat

aan een of meerdere kopers verkocht wordt, doet niet ter zake voor de vraag of artikel 40 IW 1990 van toepassing is.

Onder beleggingen wordt mede begrepen liquide middelen. Zoals gezegd, in belangrijke mate betekent 30%. Er is geen bijzondere aandacht voor vastgoed en evenmin voor financiële instellingen, zoals dat wel het geval is bij artikel 12a Wet VPB 1969.

De aansprakelijkheid geldt voor de VPB over het jaar waarin de vervreemding plaats heeft plus de drie daarop volgende jaren (artikel 40, lid 1 IW 1990).

Verkoper mogelijk aansprakelijk voor vennootschaps- belasting

De aansprakelijkheid geldt pro rata voor het vroegere belang in de vennootschap (artikel 40, lid 3 IW 1990). Dit valt af te leiden uit de wetsgeschiedenis. Op basis van de wettekst en doel en strekking van de wettekst valt ook te verdedigen dat de aansprakelijkheid slechts pro rata geldt naar het vervreemde belang. Dit standpunt wordt ook in de literatuur verdedigd. Echter, indien slechts een gedeelte van het belang verkocht

wordt en vervolgens met medewerking van de verkopende aandeelhouder, die medeaandeelhouder blijft, geld aan het HIR-lichaam wordt onttrokken waardoor betaling van de belasting niet meer mogelijk is, biedt ook die medewerking aanknopingspunten om de verkopende aandeelhouder annex medeaandeelhouder aansprakelijk te stellen.

Disculpatie is mogelijk, voor zover er voldoende zekerheid gesteld is voor de latente VPB (artikel 40, lid 2 IW 1990). Er is geen aansprakelijkheid als bewezen wordt dat het niet aan de voormalig aandeelhouder is te wijten dat het vermogen van de vennootschap ontoereikend is voor het voldoen van de VPB (artikel 40, lid 5 IW 1990).

Overigens denk ik dat, op grond van algemene leerstukken uit het burgerlijke recht, een verkoper met een belang van minder dan een derde die willens en wetens meewerkt aan een transactie met als doel om geld aan het HIR-lichaam te onttrekken én de belastingschuld onbetaald te laten, het risico loopt aansprakelijk te zijn.



Waardering latente VPB

Bij de verkoop van een HIR-lichaam wordt feitelijk een belastinglatentie (mee)verkocht. Dat betekent dat deze latentie gewaardeerd moet worden.

Boekhoudkundig mag de latentie op de nominale waarde worden gezet tegen het algemene tarief van 25% van de HIR. De werkelijke waarde is veelal lager. Deze kan geschat worden door de nominale waarde contant te maken over de afschrijvingstermijn van het vervangende activum. In formulevorm:

$$\begin{aligned} & ((\text{commerciële afschrijving}_{\text{jaar 1}} \text{ -/ - fiscale afschrijving}_{\text{jaar 1}}) / \\ & (1 + \text{rentevoet})) + \\ & ((\text{commerciële afschrijving}_{\text{jaar 2}} \text{ -/ - fiscale afschrijving}_{\text{jaar 2}}) / \\ & (1 + \text{rentevoet})^2) + \\ & ((\text{commerciële afschrijving}_{\text{jaar 3}} \text{ -/ - fiscale afschrijving}_{\text{jaar 3}}) / \\ & (1 + \text{rentevoet})^3) + \text{enzovoorts...} \end{aligned}$$

Meer dan een benadering is het niet. Immers welke rentevoeten men kiest, is altijd discutabel. Bovendien veronderstelt het een gelijkblijvend belastingtarief. Bij bedrijfsmiddelen waarop meer dan twintig jaar wordt afgeschreven – zoals vastgoed of schepen – is een waardering op de helft van de nominale waarde niet ongebruikelijk.

Als de waardering van de aandelen, inclusief de waardering van de latente verplichting, zo hoog is dat de koper duidelijk te duur koopt, dan is dat een aanwijzing dat de koper van plan is om feitelijk niet te betalen. In dat geval is er een groot risico op aansprakelijkstelling op grond van artikel 40 IW 1990.

Advies

Ter afronding denk ik dat het goed is bij verkoop van een HIR-lichaam de volgende checklist af te lopen.

1. Belang in HIR-lichaam
 - a. Hoe groot is het belang dat nu verkocht wordt?
 - b. Zijn er andere transacties geweest of te verwachten?
 - c. Is er sprake van een uitgezonderde belangwisseling?
 - > Op basis van het antwoord op vraag 1a t/m 1c moet vastgesteld worden of artikel 12a Wet VPB 1969 van toepassing is.
 - d. Hoe groot was het belang van de verkoper?
 - > Indien kleiner dan een derde, dan in beginsel geen aansprakelijkheid verkoper.

2. Herinvesteringsvoornemen

a. Is het herinvesteringsvoornemen goed gedocumenteerd?

-> Zo nee, dan waarschijnlijk geen HIR.

b. Leidt de voorgenomen verkoop van het HIR-lichaam tot een wijziging in de omstandigheden waardoor er geen sprake meer is of lijkt te zijn van een herinvesteringsvoornemen?

-> Ja, waarschijnlijk vrijval HIR bij verkoop.

3. Waaruit bestaan de bezittingen van het HIR-lichaam?

a. Bestaan deze de laatste drie maanden voor verkoop voor de helft of meer uit beleggingen?

-> Zo ja, vrijval HIR (tenzij geen relevante belangwisseling).

b. Bestaan deze bij verkoop voor 30% of meer uit beleggingen? Bestaan deze op het moment van levering van het HIR-lichaam voor ten minste 30% uit beleggingen?

-> Zo ja, dan mogelijk aansprakelijkheid voor belasting (tenzij geen een derde belang).

4. Waardering

a. Hoe worden de aandelen gewaardeerd?

b. Hoe wordt daarin de waarde van de latente VPB-verplichting gewaardeerd?

-> 4a en b. Is deze waardering commercieel verdedigbaar? Zo nee, dan nadere analyse van de situatie.

5. Zijn er overigens redenen om aan te nemen dat de HIR op korte termijn vrijvalt of niet gevormd had kunnen worden? Wanneer eindigt de driejaarstermijn?

Geraadpleegd

- Kamerstukken II en I, 1999/2000, 27209
- Leidraad Invordering 2008, laatst gewijzigd bij besluit van 8 februari 2012, nr. BLKB 2011/2328M, Fida 20121202
- Besluit van 9 december 2011, nr. BLKB 2011/2061M; Fida 20116891
- Hof Amsterdam 16 februari 2012, 11/00066; Fida 20122252
- Rechtbank Amsterdam 9 april 2003, 165469/H 98.3806; Fida 20031293