

Masterscriptie Fiscale Economie

Schadevergoedingen en de deelnemingsvrijstelling

Samenvatting

In dit onderzoek is de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling getoetst aan de criteria voor goede regelgeving: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Lange tijd werd het arrest BNB 1985/200 als het meest belangrijke arrest op dit gebied, maar in 2016 is de schadevergoedingsleer ingrijpend gewijzigd met de komst van het arrest BNB 2017/11. De nieuwe schadevergoedingsleer is meer in lijn met de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid dan voorheen. Niettemin zijn er nog meerdere onderdelen waar verbetering mogelijk is.

Student: Wouter (W.J.) van der Linde

Studentnummer: 361494

Begeleider: Drs. M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: Dr. Y.M.Tigelaar-Klootwijk

Datum: 16 februari 2018

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	5
1.1	Aanleiding.....	5
1.2	Onderzoeksvraag.....	6
1.3	Methodologie.....	8
1.4	Afbakening.....	8
2.	Schadevergoedingen in het civiele recht.....	10
2.1	Inleiding.....	10
2.2	Doeleinden van schadevergoedingen.....	11
2.3	Schade.....	12
2.3.1	Vermogensschade.....	13
2.3.2	Het vaststellen van de schade.....	14
2.3.3	Negatief en positief belang.....	15
2.4	Causaliteit en toerekening.....	15
2.4.1	Verschillende toerekeningsleren.....	16
2.5	Civiele aspecten van de verschillende schadevergoedingen.....	18
2.5.1	Contractuele schadevergoedingen.....	19
2.5.2	Buitencontractuele schadevergoedingen.....	20
2.6	Conclusie.....	22
3.	De deelnemingsvrijstelling.....	25
3.1	Inleiding.....	25
3.2	Kern, doel en grondslag van de deelnemingsvrijstelling.....	25
3.2.1	Binnenlandse deelnemingen.....	26
3.2.2	Buitenlandse deelnemingen.....	29
3.3	Werking van de deelnemingsvrijstelling.....	30
3.3.1	Bezitseis.....	30
3.3.2	Causaliteitseis.....	37
3.4	Conclusie.....	41
4.	De schadevergoedingsleer.....	43
4.1	Inleiding.....	43
4.2	Wanprestatie overeenkomst.....	43
4.2.1	Bespreking arresten.....	44

4.2.2	Analyse schadevergoedingsleer	47
4.2.3	Besluit Staatssecretaris 20 januari 2017	51
4.2.4	Tussenconclusie	51
4.3	Contractuele schadevergoedingen	52
4.3.1	Bezitseis	53
4.3.2	Causaliteitseis	53
4.3.3	Evenwicht tussen koper en verkoper	54
4.3.4	Tussenconclusie	54
4.4	Onteigening	54
4.4.1	Rechtbank Gelderland 17 maart 2016	55
4.4.2	Bezitseis	56
4.4.3	Causaliteitseis	56
4.4.4	Tussenconclusie	58
4.5	Conclusie	59
5.	De schadevergoedingsleer getoetst	61
5.1	Inleiding	61
5.2	Toetsingscriteria	61
5.2.1	Rechtmatigheid	61
5.2.2	Doeltreffendheid	62
5.2.3	Doelmatigheid	62
5.3	De bezitseis	62
5.3.1	De bezitseis in algemene zin	62
5.3.2	De opgesplitst belang-leer	63
5.3.3	Tussenconclusie	66
5.4	De causaliteitseis	67
5.4.1	Is de causaliteitseis nog van belang?	67
5.4.2	Wanneer is voldaan aan de causaliteitseis	69
5.4.3	Tussenconclusie	75
5.5	De evenwichtsgedachte	77
5.5.1	Tussenconclusie	79
5.6	Conclusie	79
6.	Samenvattingen	82
6.1	Conclusie	82
6.2	Aanbevelingen	85

Lijst met afkortingen

- A-G: Advocaat Generaal
- Art.: Artikel
- BIT: Bilateral Investment Treaty
- BNB: Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
- BV: Besloten vennootschap
- BW: Burgerlijk Wetboek
- CPB: Centraal Planbureau
- FD: Het Financieele Dagblad
- HR: Hoge Raad
- NJ: Nederlandse Jurisprudentie
- NDFR: Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
- NTFR: Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
- NV: Naamloze vennootschap
- MvA: Memorie van Antwoord
- MvT: Memorie van Toelichting
- R.o.: Rechtsoverweging
- V-N: Vakstudie Nieuws
- WFR: Weekblad Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Na het niet doorgaan van de voorgenomen overname tussen Halliburton en Baker Hughes, twee branchegenoten in de Amerikaanse oliebranche, was Halliburton een vergoeding van \$ 3,5 miljard verschuldigd aan Baker Hughes als compensatie voor het niet doorgaan van de overname. Deze \$ 3,5 miljard stond gelijk aan 10% van de totale overnamewaarde.¹ In de jaren negentig is dit fenomeen van boetebetaling ook naar Nederland overgewaaid, al zijn volgens Jan Louis Burggraaf, fusie- en overnameadvocaat bij Allen & Overy, de percentages hier een stuk lager: *'Hier volgen we een beetje de Britse norm van 1% van de transactiewaarde.'*² Dat de percentages van in het contract overeengekomen schadevergoedingen in Nederland lager zijn dan in de Verenigde Staten, betekent niet dat het hier niet om substantiële bedragen gaat. Zo was in het contract tussen Ahold en Delhaize een boeteclausule van 0,1% van de transactiewaarde overeengekomen, wat neerkomt op een bedrag van € 150 miljoen, en kwamen Shell en BG een boete van £ 750 miljoen overeen, gelijk aan 1,6% van de transactiewaarde.³

Dergelijke boeteclausules die worden opgenomen om de geleden schade bij een afgeketste overname te vergoeden, spelen een belangrijke rol bij de voorgenomen acquisitie van deelnemingen en kunnen voor een groot deel de winst van een onderneming beïnvloeden, mocht een overname niet doorgaan. Schadevergoedingen die ook een grote rol kunnen spelen in het resultaat van ondernemingen, zijn schadevergoedingen die juist worden betaald ter vergoeding van schade die is ontstaan wegens de onteigening van een deelneming die reeds in bezit was.

Tot de opheffing van het investeringsverdrag tussen Nederland en Venezuela in 2008 speelden verscheidene miljardenclaims tegen de Venezolaanse overheid wegens onteigening van ondernemingen door de staat. Deze claims liepen allemaal via Nederland door dit investeerder-vriendelijke verdrag tussen beide landen. Alleen door deze claims via Nederlandse vennootschappen te laten lopen, hadden ze toegang tot dit verdrag. Onder deze zaken die via een Nederlandse vennootschap liepen zaten bijvoorbeeld een schadevergoeding aan ConocoPhillips (\$ 66 miljoen) en een schadevergoeding aan ExxonMobil (\$ 1,6 miljard).⁴ ⁵ Hoewel dit specifieke investeringsverdrag tussen Nederland en Venezuela is opgeheven, heeft Nederland met nog 94 andere landen een investeringsverdrag.⁶ Directe onteigeningen spelen tegenwoordig een minder prominente rol in het internationaal investeringsrecht, maar op grond van deze 94 investeringsverdragen komt het nog wel zo nu en dan voor.⁷

¹ Van Dijk 2016, p. 11.

² Van Dijk 2016, p. 11.

³ Van Dijk 2016 p. 11.

⁴ Sider 2012.

⁵ FD 2014.

⁶ CPB 2014, p. 1.

⁷ Rezai 2012, p. 5.

Bij beide soorten schadevergoedingen, zowel schadevergoedingen op basis van afgeketste overnames als schadevergoedingen naar aanleiding van de onteigening van ondernemingen, speelt een aantal fiscale vraagstukken. Fiscale vragen die kunnen opkomen bij dergelijke schadevergoedingen hebben bijvoorbeeld betrekking op het realisatiemoment en de waardering van de vergoeding. Met name de vraag of dergelijke schadevergoedingen onder de deelnemingsvrijstelling vallen is een heet hangijzer in de fiscaliteit zoals blijkt uit de hoeveelheid publicaties met betrekking tot dit onderwerp.⁸ Voor een onderneming kan het van groot belang zijn of een schadevergoeding belast of onbelast vrijvalt in het resultaat.

De kern van de in art. 13 Wet Vpb 1969 onder woorden gebrachte regel is dat resultaten in deelnemingsverhoudingen slechts éénmaal worden belast. In bovengenoemde gevallen omtrent schadevergoedingen gaat het in het bijzonder om de vraag of sprake is van een deelneming en of de voordelen opkomen uit hoofde van die deelneming. In de loop van de tijd is met betrekking tot dit onderwerp door de Hoge Raad een aantal arresten gewezen, maar een definitief antwoord is daarbij nog niet gegeven.

Uit de praktijk blijkt dat tot voor kort een arrest uit 1985 de boventoon voerde in discussies met de Belastingdienst rondom deze fiscale problematiek.⁹ In BNB 1985/200 besloot de Hoge Raad dat een schadevergoeding wegens het niet doorgaan van de verkoop van een deelneming niet onder de deelnemingsvrijstelling viel. In de literatuur wordt echter gesteld dat dit arrest achterhaald is.¹⁰ De Hoge Raad heeft met BNB 2017/11 een nieuw arrest gewezen in het kader van schadevergoedingen onder de deelnemingsvrijstelling, waarbij in de literatuur wordt geopperd dat de zienswijze uit BNB 1985/200 door de Hoge Raad met dit nieuwe arrest ten grave is gedragen. Hoe ver de 'nieuwe schadevergoedingsleer' uit dit arrest reikt, is echter nog onzeker.¹¹

1.2 Onderzoeksvraag

In dit onderzoek wordt de schadevergoedingsleer van de deelnemingsvrijstelling getoetst aan een aantal criteria voor goede regelgeving. De onderzoeksvraag die hierbij beantwoord wordt is als volgt:

In hoeverre voldoet de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling aan de criteria voor goede regelgeving?

Regelgeving moet in dit onderzoek worden gelezen als het samenspel van wetgeving, jurisprudentie en beleid. Onder de schadevergoedingsleer wordt in dit verband verstaan de wijze waarop verschillende schadevergoedingen worden behandeld onder de deelnemingsvrijstelling.

De criteria voor goede regelgeving waaraan wordt getoetst zijn rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Rechtmatigheid houdt in dat de regelgeving in lijn moet zijn met het recht, waaronder de algemene rechtsbeginselen. Derhalve ziet rechtmatigheid onder andere op het

⁸ Zie bijvoorbeeld: Schul & Knops 2015-1.

⁹ Schul & Knops 2015-1, p. 6.

¹⁰ Knops 2016, par. 16-18.

¹¹ Egelie 2017, par. 5.

rechtszekerheidsbeginsel. Rechtmatigheid wordt gezien als de meest wezenlijke kwaliteitseis voor wetgeving.¹²

De criteria doeltreffendheid en doelmatigheid worden onder andere in de nota Zicht op wetgeving en in een artikel door toenmalig staatssecretaris van Financiën Willem Vermeend genoemd als belangrijke criteria voor goede wetgeving.^{13 14} Alhoewel doeltreffendheid en doelmatigheid vaak in een adem worden genoemd, zijn het wel degelijk verschillende criteria. Doeltreffendheid (effectiviteit) houdt in dat regelgeving moet leiden tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen. Doelmatigheid (efficiëntie) houdt in dat de regelgeving niet tot onnodige inefficiëntie moet leiden en dat de baten en lasten in verhouding tot elkaar moeten staan.¹⁵

Om tot een uitwerking van de onderzoeksvraag te komen wordt een aantal deelvragen beantwoord. Ten eerste wordt de civiele kwalificatie van de verschillende schadevergoedingen die onder de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting kunnen vallen bepaald. De schadevergoedingen die in dit onderzoek worden behandeld zijn schadevergoedingen die in deelnemingssituaties kunnen voorkomen. Dit zijn in het bijzonder schadevergoedingen die ontstaan doordat een fusie of een overname van aandelen niet doorgaat en schadevergoedingen die ontstaan als gevolg van onteigening door de overheid. De specifieke kenmerken van deze verschillende soorten schadevergoedingen worden eerst onderzocht aan de hand van het civiele recht. Dit zal met name worden gezocht binnen het verbintenissenrecht, aangezien schadevergoedingen voortkomen uit verbintenissen tussen partijen. De deelvraag die hierbij wordt beantwoord is:

1. Wat zijn de civielrechtelijke kenmerken van de verschillende schadevergoedingen?

De deelvraag die vervolgens wordt beantwoord heeft betrekking op de deelnemingsvrijstelling. Om te toetsen of de huidige schadevergoedingsleer doeltreffend en doelmatig is, is het van belang om het doel van de deelnemingsvrijstelling vast te stellen. Daarnaast is het belangrijk om te weten hoe de deelnemingsvrijstelling werkt. Eerst worden de doelstellingen en de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling besproken en vervolgens wordt gekeken welke subjecten en welke objecten kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Dit leidt tot een antwoord op de volgende deelvraag:

2. Wat is het doel van de deelnemingsvrijstelling en hoe werkt deze regeling?

Daarna wordt de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling inzichtelijk gemaakt. Dit gebeurt aan de hand van de jurisprudentie en literatuur met betrekking tot dit onderwerp. Hierbij worden de verschillende soorten schadevergoedingen behandeld, zoals deze bij de eerste deelvraag aan bod zijn gekomen. Hiermee wordt de volgende deelvraag beantwoord:

3. Wat houdt de huidige schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling in?

¹² Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 24.

¹³ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2.

¹⁴ Vermeend 1996, p. 3.

¹⁵ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 25.

Aansluitend wordt de huidige schadevergoedingsleer getoetst aan de genoemde criteria voor goede regelgeving: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Daarmee wordt de schadevergoedingsleer onder andere getoetst aan de doelstellingen van de deelnemingsvrijstelling. Onderzocht wordt of de huidige wetgeving, jurisprudentie en het beleid in overeenstemming zijn met deze criteria, of dat op deze gebieden nog terreinwinst kan worden behaald. Dit gebeurt aan de hand van de volgende deelvraag:

4. Is de schadevergoedingsleer rechtmatig, doeltreffend en doelmatig?

Door de deelvragen te beantwoorden, ontstaat het antwoord op de onderzoeksvraag in hoeverre de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling voldoet aan de criteria voor goede regelgeving. Mocht deze volledig voldoen aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid, zal de logische conclusie zijn dat de schadevergoedingsleer volledig in lijn is met gestelde criteria. Mocht de schadevergoedingsleer niet volledig rechtmatig, doeltreffend en doelmatig zijn, dan wordt onderzocht in hoeverre verbetering mogelijk is en worden aanbevelingen gedaan.

1.3 Methodologie

De onderzoeksmethode die in dit onderzoek het meest wordt gebruikt is literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Door middel van grondig literatuur- en jurisprudentieonderzoek wordt met behulp van de eerste drie deelvragen een theoretisch kader gevormd. De formele wet geldt hierbij als uitgangspunt. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van onder meer vakliteratuur, jurisprudentie, parlementaire geschiedenis en andere beleidsstukken. Het literatuur- en jurisprudentieonderzoek dat tot het antwoord op de eerste drie vragen leidt, kan deels als beschrijvend onderzoek worden gezien. Daarnaast kan dit deel van het onderzoek ook als definiërend onderzoek worden aangemerkt, aangezien op basis van analyse het theoretisch kader wordt gedefinieerd.

De vierde deelvraag wordt beantwoord aan de hand van toetsend onderzoek, waarbij de gestelde vraag of de schadevergoedingsleer voldoet aan de criteria voor goede regelgeving wordt beantwoord. In feite wordt de schadevergoedingsleer getoetst aan het eerder vastgestelde theoretisch kader.

Ten slotte wordt door middel van constructief onderzoek onderzocht hoe de schadevergoedingsleer beter kan. Hierbij worden aan de hand van eventuele aanbevelingen plannen voorgesteld om de schadevergoedingsleer te veranderen zodat deze in lijn is met de criteria voor goede regelgeving.

1.4 Afbakening

Dit onderzoek richt zich enkel op schadevergoedingen die spelen in deelnemingsverband in de vennootschapsbelasting en dus niet op schadevergoedingen die spelen in de inkomstenbelasting of een andere soort belasting. Bovendien wordt in dit onderzoek alleen de behandeling van schadevergoedingen onder de deelnemingsvrijstelling besproken en zullen andere fiscale vraagstukken die zich bij schadevergoedingen voordoen in beginsel niet worden behandeld, tenzij dat voor de beantwoording van de onderzoeksvraag relevant is. Daarnaast richt dit onderzoek zich alleen op schadevergoedingen die worden betaald aan Nederlandse vennootschappen, aangezien de deelnemingsvrijstelling Nederlandse wetgeving is.

De criteria voor goede regelgeving rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid zijn niet de enige criteria voor goede regelgeving die worden genoemd in de nota 'Zicht op wetgeving'.¹⁶ Deze criteria worden door mij echter als de belangrijkste gezien met betrekking tot dit onderwerp. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is het naar mijn mening belangrijk dat dit doeltreffend, doelmatig en rechtvaardig gebeurt. Andere criteria die worden genoemd zoals subsidiariteit en evenredigheid vallen naar mijn mening reeds onder rechtmatigheid, aangezien dit algemene rechtsbeginselen zijn.¹⁷ Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid worden daarnaast ook al behandeld onder de noemers van doelmatigheid en rechtmatigheid, omdat ook het rechtszekerheidsbeginsel hieronder valt. De uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid zie ik ten slotte niet als criteria die van belang zijn voor de schadevergoedingsleer en dit onderzoek ziet dan ook niet op de behandeling van deze criteria.

¹⁶ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2.

¹⁷ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 26.

2. Schadevergoedingen in het civiele recht

2.1 Inleiding

In beginsel draagt eenieder zijn eigen schade. Wat betreft aansprakelijkheid voor de schade van een ander geldt dan ook het uitgangspunt dat zonder de aanwezigheid van een goede grond de schade daar blijft waar die is gevallen. Als een goede grond aanwezig is, kan het uitgangspunt worden doorbroken op grond waarvan een ander aansprakelijk is voor de geleden schade en ontstaat een verplichting tot schadevergoeding.¹⁸

Dergelijke goede gronden kunnen zich contractueel en buitencontractueel voordoen. Een contractuele goede grond komt voort uit de door partijen gesloten overeenkomst waarin een verplichting tot schadevergoeding is opgenomen. Een buitencontractuele of wettelijke schadevergoeding is mogelijk doordat de aansprakelijkheid voor de schade uit de wet voortvloeit, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie.¹⁹ Dit onderscheid tussen wettelijke en contractuele bronnen van schadevergoedingen is terug te voeren naar het Romeinsrechtelijke werk de Instituten van Gaius: *'elke verbintenis ontstaat of uit contractus ('contract') of uit delictum ('delict', 'wederrechtelijk handelen')*'.²⁰

In dit hoofdstuk worden de civielrechtelijke aspecten van verschillende soorten schadevergoedingen besproken die in deelnemingssituaties kunnen voorkomen. De wettelijke bepalingen omtrent schadevergoedingen zijn te vinden in afdeling 6.1.10 BW vanaf art. 95 BW en verder. De contractuele schadevergoedingen die worden behandeld zijn de schadevergoedingen die zijn verschuldigd naar aanleiding van de inwerkingtreding van overeengekomen schadevergoedingen bij inbreuken op garanties in overnamecontracten. De buitencontractuele schadevergoedingen die aan bod komen zijn de schadevergoedingen die voortkomen uit niet-nakoming van overeenkomsten en schadevergoedingen die voortkomen uit onteigeningen door de overheid. De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord luidt:

Wat zijn de civielrechtelijke kenmerken van de verschillende schadevergoedingen?

Eerst worden de verschillende civielrechtelijke aspecten van schadevergoeding in het algemeen toegelicht zoals de doeleinden van schadevergoedingen, wat het begrip 'schade' precies inhoudt, hoe de omvang van schadevergoedingen wordt bepaald en hoe schadevergoedingen aan de schadeplichtige worden toegerekend. Vervolgens wordt onderzocht hoe deze civielrechtelijke aspecten uitwerken bij de verschillende schadevergoedingen die in dit onderzoek worden behandeld.

¹⁸ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 1.

¹⁹ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 2.

²⁰ Feenstra 2002, p. 7.

2.2 Doeleinden van schadevergoedingen

Schadevergoedingen hebben als doel degene die is benadeeld zoveel mogelijk te plaatsen in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de schade niet was veroorzaakt, oftewel handhaving van de status quo.²¹

Een schadevergoeding moet ten aanzien van het doel om de status quo te herstellen als second best oplossing worden gezien. De verwezenlijking van dit doel is namelijk het beste te realiseren door alsnog nakoming te vorderen of door de schade in eerste instantie te voorkomen. Nakoming of voorkoming is echter in vele gevallen niet mogelijk, waardoor voor schadevergoedingen een belangrijke rol is weggelegd. Schadevergoedingen bewerkstelligen dat de geschonden rechten van de benadeelde alsnog enigszins worden gehandhaafd en kunnen daarom worden aangemerkt als een fundamenteel element van onze rechtsstaat.

Naast het handhaven van rechten en het herstellen van de status quo hebben schadevergoedingen ook nog een aantal nevenfuncties en –effecten waaronder preventie, straffen, het ongedaan maken van de verrijking en genoegdoening.

- Preventie

Een van de nevenfuncties van schadevergoedingen is die van preventie. Zoals aangegeven is het voorkomen van schade beter dan genezen van de schade. Schadevergoedingen komen pas in beeld als en voor zover het voorkomen van de schade niet is geslaagd; deze functie werkt dan ook niet of nauwelijks door in de vormgeving van het schadevergoedingsrecht. Desalniettemin kan de dreiging van een verplichting tot schadevergoeding het effect hebben dat de schade überhaupt niet wordt veroorzaakt.²² Doordat een partij zich bewust is van het feit dat een schadevergoeding moet worden betaald wanneer zij een niet-gerechtigde rechtshandeling uitvoert, kan dit de partij hiervan weerhouden. Wanneer de schade bij de veroorzaker wordt neergelegd en het nadeel voor hem groter is dan het voordeel, zal een schadevergoeding preventieve werking hebben.²³

- Straf

Een andere veelgenoemde nevenfunctie van schadevergoedingen is het straffen van de veroorzaker van de schade. De aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad heeft onmiskenbaar wortels van een straffend karakter, maar in beginsel is straffen geen functie van het privaatrechtelijke schadevergoedingsrecht.²⁴ Straffen is enkel een functie van het publiekrechtelijke strafrecht. Schadevergoedingen zijn, zoals gezegd, bedoeld om de status quo te handhaven (vergoeding) en niet om extra leed toe te voegen aan de veroorzaker (vergelding).²⁵

Het onderscheid tussen vergelding en vergoeding is in het huidige recht scherp, terwijl dit vroeger vaak samen werd gezien. Tegenwoordig bestaan duidelijke verschillen tussen het straf- en privaatrecht. In

²¹ Lindenbergh 2014, p.8.

²² Lindenbergh 2014, p. 12.

²³ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 13.

²⁴ Lindenbergh 2014, p. 12.

²⁵ Feenstra 2002.

het strafrecht gaat het om de strafbaarheid van een gedraging, terwijl het in het privaatrecht gaat om schadeplechtigheid. In het strafrecht is dan ook veel nauwkeuriger opgesomd welke gedragingen strafbaar zijn, terwijl in het privaatrecht wordt volstaan met meer algemene bepalingen. Het strafrecht dient voor extra sanctionering wanneer bijvoorbeeld de maatschappelijke verontwaardiging recht moet worden gedaan. Hierbij is voor privaatrechtelijke schadevergoedingen geen functie weggelegd.²⁶

Alhoewel straffen dus geen doel is van het schadevergoedingsrecht, kan de vaststelling van schuld die leidt tot de verplichting tot schadevergoeding wel als straf worden ervaren. Straffen kan dan ook worden gezien als een nevenfunctie van het schadevergoedingsrecht. Bestrafing kan bovendien bijdragen aan de preventieve functie van schadevergoedingen.

- Ongedaanmaking van de verrijking

Alhoewel de positie van de benadeelde en het herstellen van diens geleden schade centraal staan bij het schadevergoedingsrecht, is een bijkomend gevolg van schadevergoedingen dat de ongerechtvaardigde verrijking van de veroorzaker van de schade ongedaan wordt gemaakt.²⁷

- Genoegdoening

Een laatste nevenfunctie van schadevergoeding is genoegdoening aan de benadeelde. Dit moet worden gezien als bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van een getroffene door een opoffering van de wederpartij.²⁸ Deze nevenfunctie speelt met name bij immateriële schade, wat in dit onderzoek onbehandeld blijft.

2.3 Schade

Om de status quo te handhaven en de geleden schade te herstellen is het van belang om te weten wat onder schade wordt verstaan. De doelstelling van schadevergoedingen wordt het beste bereikt wanneer de volledige schade exact wordt vergoed. Wanneer de wet spreekt over schade, dan wordt kortgezegd bedoeld het feitelijk nadeel dat uit wanprestatie of onrechtmatige daad voortvloeit. Schade is dus een feitelijk begrip, maar dit betekent niet dat de invulling van dat begrip geen interpretatie behoeft.²⁹ Het is in veel gevallen niet aanstonds duidelijk wat precies onder het begrip schade wordt verstaan en hoe de schade moet worden berekend.

De verdere invulling van het begrip schade is door de wetgever aan de rechtspraak overgelaten, aangezien geen definitie in de wet is opgenomen en ook in de parlementaire geschiedenis een dergelijke invulling niet te vinden is. Schade kan dan ook worden gezien als een 'rechtsbegrip'. De wet bepaalt daarentegen wel in art. 6:95 BW dat schade bestaat uit vermogensschade en ander nadeel (immateriële schade).³⁰ In dit onderzoek wordt alleen vermogensschade behandeld.

²⁶ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 16.

²⁷ Lindenberg 2014, p. 14.

²⁸ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 17.

²⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 14.

³⁰ Lindenberg 1996, art. 6:95 BW, aant. 2.1.

Omdat de wetgever geen invulling aan het begrip schade heeft gegeven, heeft de Hoge Raad de bevoegdheid om het begrip verder in te vullen. De Hoge Raad laat de invulling van het begrip schade tot op heden echter redelijk open en geeft de lagere rechter de vrijheid om dit begrip zelf in te vullen. In oudere rechtspraak heeft de Hoge Raad de inhoud van het begrip schade expliciet opengelaten. De Hoge Raad oordeelt in de meeste gevallen enkel of de lagere rechter een juiste rechtsopvatting heeft omtrent het begrip schade, maar over de feitelijke bepaling van de schade laat de Hoge Raad zich niet uit.³¹

In de literatuur bestaat discussie tussen enerzijds auteurs die schade als een puur feitelijk begrip zien en anderzijds de auteurs die schade als een normatief begrip zien. Aanhangers van het normatief schadebegrip zijn van mening dat de inhoud van het begrip wordt bepaald door normen en daarin besloten liggende keuzes. Aanhangers van het feitelijke begrip stellen dat schade ziet op feitelijke omstandigheden die tot schade hebben geleid.³² In Asser/Hartkamp & Sieburgh wordt schade aangemerkt als een begrip dat gemengd feitelijk en normatief van aard is.³³ Het is in zoverre feitelijk dat het gaat om de feitelijke gevolgen van een rechtshandeling, maar het is tevens normatief omdat de vraag wat schade precies inhoudt een rechtsbegrip is waarbij rechtsvragen een rol spelen, die voor toetsing in cassatie vatbaar zijn. Het verschil dat bestaat in opvatting komt volgens Lindenbergh voort uit het feit dat het begrip schade zich op het snijvlak bevindt van de vertaalslag van feiten naar het recht.³⁴

2.3.1 Vermogensschade

Vermogensschade wordt in de wet uitgedrukt als het nadeel dat bestaat uit het geleden verlies (damnum emergens) en de gederfde winst (lucrum cessans).³⁵ ³⁶ Wat kenmerkend is aan vermogensschade, is dat het gaat om geldelijk nadeel. Om de benadeelde in de positie te brengen zoals onder status quo, moeten voordelen die de gebeurtenis voor de benadeelde heeft meegebracht ook in aanmerking worden genomen.³⁷

Binnen vermogensschade kan een verder onderscheid worden gemaakt tussen verschillende soorten vermogensschade. Onder vermogensschade vallen bijvoorbeeld zaakschade, persoonsschade en zuivere vermogensschade. Zaakschade is de schade die ontstaat door vernietiging, beschadiging of het verloren gaan van een zaak. Persoonsschade is de schade die ontstaat door aantasting van een natuurlijk persoon. Zuivere vermogensschade is schade die niet onder zaakschade of persoonsschade valt, zoals schade door het niet (tijdig) nakomen van een verbintenis.³⁸

³¹ Lindenbergh 2014, p. 43.

³² Lindenbergh 2014, p. 44.

³³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 14.

³⁴ Lindenbergh 2014, p. 44.

³⁵ Art. 6:96, lid 1, BW.

³⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 25.

³⁷ Art. 6:100 BW.

³⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 27.

2.3.2 Het vaststellen van de schade

De rechter bepaalt de hoogte van de schadevergoeding. De eiser kan in zijn dagvaarding een bepaald schadebedrag vorderen, maar dit is niet noodzakelijk. Bovendien kan de rechter ook een lager bedrag aan schadevergoeding toewijzen dan de eiser heeft gevorderd. Bij het bepalen van de schade dient de rechter geen rekening te houden met elementen die geen directe invloed op de hoogte van de schade hebben, zoals bijvoorbeeld de financiële draagkracht van de partijen.³⁹

Bij het bepalen van de schade kan de rechter uitgaan van een concrete of een abstracte schadeberekening. Het onderscheid tussen beide soorten berekeningen is vergelijkbaar met het onderscheid tussen het feitelijke en het normatieve schadebegrip. De abstracte methode houdt in dat niet zozeer rekening wordt gehouden met bijzonderheden van het betreffende geval en met subjectieve omstandigheden, maar dat wordt gekeken naar hoe groot de schade in het algemeen is bij een andere schuldeiser in dezelfde positie. De concrete methode houdt in dat de rechter kijkt naar de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert. De concrete methode sluit beter aan bij het doel van schadevergoedingen dat de daadwerkelijk geleden schade moet worden vergoed en is dus doeltreffender dan de abstracte methode. De abstracte methode is daarentegen doelmatiger en leidt in de meeste gevallen ook tot redelijke resultaten.⁴⁰ De concrete methode lijkt met het oog op de doeltreffendheid de voorkeur te hebben, maar de Hoge Raad heeft in verschillende gevallen beslist dat de abstracte methode gebruikt dient te worden.⁴¹ De keuzemogelijkheid tussen beide methoden is in de literatuur omstreden.⁴²

Het vaststellen van de (concrete) schade kan een lastige exercitie zijn. Als de schade bestaat uit volledig te herstellen zaakschade is deze vaak eenvoudig vast te stellen, doordat deze gelijk is aan de herstellkosten. In veel gevallen zal de schade echter niet meer volledig te herstellen zijn en is sprake van waardevermindering die moet worden vergoed. Bij zuivere vermogensschade is het in de meeste gevallen niet aanstonds duidelijk hoe hoog de schade is. Bijvoorbeeld bij niet nakoming van een garantie in een overnamecontract, moet worden bepaald hoe hoog de gederfde winsten door niet nakoming zijn, door gebruik te maken van een waarschijnlijkheidsberekening zoals de discounted cashflow-methode. De discounted cashflow-methode houdt in dat de EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization) met een factor (multiplier) wordt vermenigvuldigd waarin de rekenrente is verdisconteerd.⁴³ Een nauwkeurigere berekening is in veel gevallen niet mogelijk doordat het onzeker is of zonder de wanprestatie of onrechtmatige daad wel winst was gemaakt en wat de omvang van deze winst zou zijn geweest. Voor deze waarschijnlijkheidsberekening biedt art. 6:97 BW de grondslag. Bovendien is de benadeelde niet alleen gerechtigd vergoeding te vragen van de reeds geleden schade,

³⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 32.

⁴⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 35-38.

⁴¹ Lindenberg 2014, p. 55.

⁴² Lindenberg 2014, p. 56.

⁴³ Tjittes 2015, p. 113.

maar ook van schade die hij in de toekomst nog zal lijden.⁴⁴ Deze toekomstige schade dient te worden vastgesteld naar redelijke verwachting en is eveneens lastig exact vast te stellen.

2.3.3 Negatief en positief belang

Naast het onderscheid tussen geleden verlies en gederfde winst, is er nog een belangrijk onderscheid bij het bepalen van de schade: het onderscheid tussen positief en negatief belang. Waar de eerste onderscheiding van belang is voor iedere soort schadevergoeding, is het onderscheid tussen positief en negatief belang met name van belang bij wanprestatie ten aanzien van contracten. Indien sprake is van wanprestatie, is de schuldenaar verplicht tot vergoeding van het positieve contractsbelang. Het positieve contractsbelang houdt in dat de schuldeiser door de schadevergoeding in de positie moet worden gebracht alsof het contract behoorlijk was nagekomen. Negatief contractsbelang bestaat enkel uit de schade die de schuldeiser lijdt ten opzichte van de situatie waarin geen contract was gesloten.⁴⁵ Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij een schadevergoeding wegens een nietig of vernietigbaar contract.

Sommige auteurs stellen dat op grond van de arresten Finad/Worst en Poot/ABP kan worden gesteld dat de schadevergoeding bij wanprestatie enkel bestaat uit het negatief contractsbelang.^{46 47 48} Volgens Tjittes gaan deze auteurs echter aan het feit voorbij dat in die beide arresten sprake was van een vordering op grond van onrechtmatige daad, waarbij alleen het negatief belang kan worden vergoed, en niet op grond van wanprestatie.⁴⁹

Gederfde winst kan ook bij vergoeding van het negatieve contractsbelang een rol spelen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de schuldeiser in verband met het sluiten van een nietige overeenkomst een andere overeenkomst niet heeft getekend, die hem winst zou opleveren.

2.4 Causaliteit en toerekening

Voor schadevergoeding is slechts aanleiding indien ten eerste daadwerkelijk een nadeel is geleden en ten tweede wanneer dit nadeel aan de aansprakelijke kan worden toegerekend. Het is onvoldoende wanneer een aansprakelijkheidsgrond en schade naast elkaar aanwezig zijn. De aansprakelijkheidsgrond en de schade moeten met elkaar in causaal verband staan.⁵⁰

In veel gevallen is het evident dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad of de wanprestatie en de geleden schade. Het komt echter ook vaak voor dat over de veroorzaking van schade onzekerheid bestaat. Dit gebeurt bijvoorbeeld doordat een gedraging vele verschillende gevolgen heeft, maar ook omdat een gevolg ontstaat uit verschillende oorzaken. Om in geval van

⁴⁴ Art. 6:105 BW.

⁴⁵ Lindenberg 1996, art. 6:96 BW, aant. 10.1.2.1.

⁴⁶ HR 9 juni 1995, NJ 1995/692 (Finad/Worst).

⁴⁷ HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (Poot/ABP).

⁴⁸ Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 160-161.

⁴⁹ Tjittes 2015, p. 112.

⁵⁰ Art. 6:98 BW.

onzekerheid alsnog de vraag te kunnen beantwoorden of de schade in causaal verband staat tot de gedraging, bestaan juridische criteria.

Om te bepalen of sprake is van een causaal verband wordt eerst de *condicio sine qua non*-leer toegepast. Deze leer houdt in dat het gevolg zonder de oorzaak niet zou zijn voorgevallen. Als het gevolg met het wegdenken van de gedraging niet zou hebben plaatsgevonden, is sprake van een *condicio sine qua non*.⁵¹

Dat sprake is van een *condicio sine qua non*, betekent nog niet dat de getoetste gedraging de enige oorzaak is van het gevolg. Vaak gaan aan een gevolg namelijk meerdere factoren vooraf, die allemaal niet zijn weg te denken met het oog op het gevolg. Een klassiek voorbeeld om dit aan te tonen is het voorbeeld dat iemand een lichte verwonding oploopt door een andere persoon met een mes. Vervolgens wordt de gewonde persoon naar het ziekenhuis gebracht, waarbij deze persoon door een verkeersongeval overlijdt. Zowel de gedraging met het mes als het verkeersongeval zijn niet weg te denken bij het uiteindelijke gevolg. Beide factoren zijn dan ook als *condicio sine qua non* aan te merken. Beide factoren zijn ook gelijkelijk causaal; hier wordt verder geen onderscheid tussen gemaakt.⁵²

Het *condicio sine qua non*-vereiste is het eerste criterium om te bepalen of de schade in causaal verband staat tot de gedraging. Nadat is bepaald of sprake is van een *condicio sine qua non*, moet worden bepaald welk deel van de schade daadwerkelijk toe te rekenen is aan de oorzakelijke gedraging. De maatstaf voor de waardering van de schade die het gevolg is van de oorzaak volgt tegenwoordig uit art. 6:98 BW en houdt in dat slechts de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, hem als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Waar het *condicio sine qua non*-vereiste een vrij breed criterium inhoudt, wordt dit beperkt door het tweede criterium. Op grond van dit tweede criterium wordt de schade die is ontstaan door meerdere deeloorzaken aan deze verschillende oorzaken toegerekend.⁵³

2.4.1 Verschillende toerekeningsleren

Het tweede criterium dat de toerekening van de schade moet bepalen heeft door de tijd verschillende vormen aangenomen. Een van de eerste pogingen om tot een redelijke toerekeningsleer te komen was door alle schade aan alleen de laatste oorzaak in de keten van deeloorzaken toe te rekenen. Voor de toerekening was derhalve alleen de laatste oorzaak of de *causa proxima* relevant. Deze manier van toerekening werd met name gebruik bij de onrechtmatige daad, maar tegenwoordig wordt de leer van de *causa proxima* zeer zelden toegepast.⁵⁴ Hierna zal ik de verschillende toerekeningsleren een voor een bespreken.

⁵¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 50.

⁵² Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 50.

⁵³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 51.

⁵⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 52.

- Adequatietheorie

Een andere toerekeningsleer om de schuldtoerekening te beperken is de theorie der adequate veroorzaking. De adequatietheorie werd sinds het 'Haagse-Post'-arrest van 1927 tot 1970 door de Hoge Raad onafgebroken toegepast.^{55 56} De adequatietheorie is door Duitse juristen en een fysioloog bedacht en heeft in 1902 zijn intrede in Nederland gedaan.⁵⁷ Kortgezegd komt de adequatietheorie er op neer dat de schuld slechts kan worden toegerekend aan de oorzaak die: “naar haar aard in het algemeen in staat of geschikt was het ingetreden gevolg tot stand te brengen of zijn ontstaan te begunstigen, of die de mogelijkheid van dit gevolg objectief heeft vergroot of waarvan redelijkerwijs dit gevolg te voorzien was.”⁵⁸ De adequatietheorie wordt ook wel de leer van de redelijke voorzienbaarheid genoemd.

Iemand is volgens de adequatietheorie pas aansprakelijk als de schade normalerwijze, naar ervaringsregelen, uit dit handelen voortvloeit. In het genoemde voorbeeld van de messteek en het verkeersongeluk, zou de messteek niet als oorzaak van de dood worden aangemerkt, omdat deze normalerwijze niet tot de dood had geleid.

Op de adequatietheorie kwam in de jaren zestig steeds meer kritiek. Deze kritiek bestond eruit dat de theorie te vaag is en daardoor te weinig houvast geeft. De theorie werd hierdoor op verschillende wijzen geïnterpreteerd en toegepast, wat rechtsongelijkheid tot gevolg had. Dit komt met name doordat de term ‘voorzienbaar’ onvoldoende duidelijk was. Bovendien leidde het voorzienbaarheidsvereiste in sommige gevallen tot een te grote beperking van de aansprakelijkheid.⁵⁹

- Leer der redelijke toerekening

De adequatietheorie is in de jaren zeventig van haar plaats verdrongen door de leer van de redelijke toerekening, die thans in art. 6:98 BW is neergelegd.⁶⁰ De leer van de redelijke toerekening komt voort uit de rede Causaliteit en voorzienbaarheid van Köster, die een nieuwe leer voorstelde ter vervanging van de adequatietheorie.⁶¹ De leer van de redelijke toerekening werd door de Hoge Raad voor het eerst expliciet toegepast in het arrest NJ 1976, 280.⁶²

De leer van de redelijke toerekening houdt in dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.⁶³ De Hoge Raad heeft in het arrest ‘Van Hees/Esbeek’ aangegeven dat bij de beoordeling van toerekening op basis van redelijkheid het ‘*redelijkerwijs te*

⁵⁵ HR 3 februari 1927, NJ 1927/636.

⁵⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 56.

⁵⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 55.

⁵⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 55.

⁵⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 57.

⁶⁰ Alhoewel de uitdrukking ‘in redelijkheid’ of ‘redelijkerwijze’ in deze bepaling mist.

⁶¹ Köster 1962.

⁶² HR 19 december 1975, NJ 1976, 280.

⁶³ Van Dort & Rensema 2002, p. 20.

verwachten gevolg' ook een rol kan spelen, maar alleen in samenhang met de overige omstandigheden.⁶⁴ De adequatietheorie is derhalve nog niet helemaal van de hand gedaan.

Toepassing van de leer der redelijke toerekening houdt in dat aan de hand van objectieve maatstaven de omvang van de aansprakelijkheid wordt beoordeeld. Deze objectieve maatstaven zijn bijvoorbeeld de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, de mate van voorzienbaarheid en de mate van schuld. Met andere woorden gaat het om alle omstandigheden van het geval.⁶⁵ Doordat de rechter bij zijn beslissing de schade moet toerekenen aan de hand van alle omstandigheden van het geval en dit ook moet motiveren aan de hand van de genoemde factoren, worden beslissingen over toerekening realistischer en in cassatie beter te controleren.⁶⁶

Onder de aard van de aansprakelijkheid vallen bijvoorbeeld contractuele of wettelijke aansprakelijkheid, maar ook schuld- of risicoaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor eigen of voor andermans daad. Het is aan de rechter om te bepalen of de aard van de aansprakelijkheid zorgt voor een ruimere of minder ruime toerekening.

Categorieën onder de aard van de schade zijn onder andere persoonsschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. In het algemeen wordt bijvoorbeeld bij zaakschade minder ruim toegerekend dan bij persoonsschade zoals letsel of overlijdensschade.⁶⁷ Ook het onderscheid tussen voorzienbare en niet voorzienbare schade zoals volgt uit de adequatietheorie valt onder de verschillende categorieën van de aard van de schade. Bij het bepalen van de voorzienbaarheid van de schade moet rekening worden gehouden met de volgende punten:

- de feitelijke omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen;
- de ervaring en de algemene kennis waar de berekening mee moet worden gemaakt;
- de graad van waarschijnlijkheid.⁶⁸

Deze punten zijn door Meijers reeds uiteengezet in 1935 en geven aan dat bij het vaststellen van het oorzakelijk verband ook rekening moet worden gehouden met de kennis en de ervaring van de aansprakelijkgestelde persoon ten tijde van het plegen van de wanprestatie of de onrechtmatige daad.⁶⁹ Ook is van belang welke kennis en ervaring van een gemiddeld ontwikkeld mens kan worden verwacht. Een andere factor die moet worden meegenomen bij het toerekenen van de schade is de zwaarte van de verwijtbaarheid, waaronder bijvoorbeeld opzet en schuld onder kunnen worden verstaan.⁷⁰

2.5 Civiele aspecten van de verschillende schadevergoedingen

In het vervolg van dit hoofdstuk worden de verschillende soorten schadevergoedingen die centraal staan in dit onderzoek besproken aan de hand van de hiervoor behandelde civielrechtelijke aspecten

⁶⁴ HR 1 juli 1977, NJ 1978/84.

⁶⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 63.

⁶⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 61.

⁶⁷ Van Dort & Rensema 2002, p. 24.

⁶⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 71.

⁶⁹ Meijers 1935.

⁷⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 63.

van schadevergoedingen. Met het oog op het onderwerp van dit onderzoek, de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling, is ervoor gekozen om schadevergoedingen te behandelen die spelen in deelnemingssituaties. De eventuele toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deze schadevergoedingen komt in hoofdstuk vier aan bod.

2.5.1 Contractuele schadevergoedingen

Zoals in de inleiding van dit onderzoek is aangegeven, worden bij voorgenomen overnames van ondernemingen door de betrokken partijen boeteclausules opgenomen die leiden tot een verplichting tot schadevergoeding indien de overname uiteindelijk geen doorgang vindt. Dit is een duidelijk voorbeeld van een contractuele schadevergoeding. Alhoewel de wet veel regelt met betrekking tot schadevergoedingen, zijn partijen vrij om zelf schadevergoedingen overeen te komen. Contractsvrijheid is daarbij het uitgangspunt.⁷¹ Contractuele schadevergoedingsverplichtingen komen dan ook in veel verschillende soorten voor.

Bij contractuele schadevergoedingen wordt de verbintenis tot het betalen van schadevergoeding door de partijen overeengekomen. De schadeplichtigheid ontstaat rechtstreeks uit het contract. Mits de schaderegeling geldig is overeengekomen, heeft deze bindende kracht.⁷²

De hoogte van deze schadevergoedingen in overnamecontracten wordt vaak gesteld op een percentage van de totale transactiewaarde en is derhalve vooraf vastgelegd. Doordat de hoogte van dergelijke schadevergoedingen vooraf wordt bepaald, hebben deze met name een sterke preventieve en straffende functie. Een belangrijk doel van dergelijke schadevergoedingen is namelijk om te voorkomen dat de transactie alsnog geen doorgang vindt. Daarnaast hebben de schadevergoedingen ook tot doel om de benadeelde in dezelfde positie te brengen als wanneer de overeenkomst wel was doorgegaan. De schadevergoeding dient ter vergoeding van de misgelopen winsten.

Omdat Boek 6 afdeling 10 van het Burgerlijk Wetboek alleen van toepassing is op buitencontractuele of wettelijke schadevergoedingen, speelt deze afdeling verder geen rol bij contractuele schadevergoedingen die voortkomen uit een boetebeding of een garantie-overeenkomst.⁷³ De hoogte van de schadevergoeding en de toerekening daarvan zijn reeds in de overeenkomst bepaald en in de meeste gevallen wordt eveneens vooraf overeengekomen dat in het geval van een eventueel geschil dit wordt opgelost door middel van arbitrage. In de meeste gevallen dient een contractuele verbintenis als alternatief voor toepassing van de wettelijke regelingen.

⁷¹ Engelhard & Van Maanen 2008, p. 27.

⁷² Engelhard & Van Maanen 2008, p. 29.

⁷³ Lindenbergh 1996, afdeling 6:10 BW, aant. 2.3.

2.5.2 Buitencontractuele schadevergoedingen

Naast contractuele schadevergoedingen, kunnen schadevergoedingen zich ook buiten contract voordoen. Dit kan op verschillende gronden. Deze verschillende schadevergoedingen worden in deze paragraaf besproken.

- Wanprestatie

Wanneer geen specifieke boetebedingen of garanties zijn opgenomen in overeenkomsten, maar er toch verbintenissen zijn die niet worden nagekomen door een van beide partijen, is sprake van wanprestatie in de zin van art. 6:74 BW en is Boek 6 afdeling 10 van het Burgerlijk Wetboek wel van toepassing. Omdat de schadevergoeding in dat geval een verbintenis is die ontstaat uit de wet, gaat het om een buitencontractuele of wettelijke schadevergoeding.

Het doel van dergelijke schadevergoedingen is met name om de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de positie waarin hij zou hebben verkeerd als de schade niet was veroorzaakt. In het geval van niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst komt het positief belang voor vergoeding in aanmerking, wat inhoudt dat de schuldeiser in de positie moet worden gebracht alsof de overeenkomst behoorlijk was nagekomen.

Bij het niet nakomen van een verbintenis zal in de meeste gevallen sprake zijn van zuivere vermogensschade. Deze zuivere vermogensschade bestaat uit het geleden verlies en de gederfde winsten. Zoals eerdergenoemd moeten de gederfde winsten worden bepaald aan de hand van een waarschijnlijkheidsberekening zoals de discounted cashflow-methode.

Wat betreft de toerekening van de schade bij wanprestatie geldt op grond van art. 6:74 BW dat in beginsel alle tekortkomingen in de nakoming van de verbintenis aan de schuldenaar worden toegerekend, tenzij sprake is van overmacht.⁷⁴ Om te bepalen welke schade het gevolg is van de tekortkomingen moet zijn voldaan aan het *condicio sine qua non* vereiste en moet bovendien de leer van de redelijke toerekening worden toegepast. Als moment om te bepalen hoe voorzienbaar de schade was, is in beginsel het tijdstip van de wanprestatie beslissend. Wel bestaat de ruimte om rekening te houden met omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Bovendien is het bij de toerekening van de schade van belang of sprake is van schuld of opzet van de schuldenaar.⁷⁵

- Precontractuele fase

Een bijzondere vorm van wanprestatie doet zich voor bij het ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen voordat er een contract is. In beginsel komt in dat geval alleen het negatief belang voor vergoeding in aanmerking, maar onder omstandigheden kan ook het positief belang voor vergoeding in aanmerking komen. Dit is door de Hoge Raad aanvaard in het arrest 'Plas/Valburg'.⁷⁶ Indien het vertrouwen in de onderhandelingen is gewekt dat een contract getekend zou worden, kan

⁷⁴ Art. 6:75 BW.

⁷⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013, nr. 70.

⁷⁶ HR 18 juni 1982, NJ 1983/723.

ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van de gederfde winst.⁷⁷ Een belangrijke horde die hierbij moet worden genomen is het bewijzen dat sprake is van een causaal verband tussen het afbreken van de onderhandelingen en de gemiste winst. Het is namelijk vaak niet met zekerheid te stellen dat anders wel een contract tot stand was gekomen.⁷⁸ Door Bergenhegouwen en Van Strien wordt verondersteld dat indien een verplichting bestaat tot het vergoeden van het positief belang, de precontractuele fase reeds is beëindigd en dat de onderhandelingen in de contractuele fase zitten.⁷⁹ Het moment dat het onaanvaardbaar wordt geacht om de onderhandelingen af te breken, is het moment dat de contractuele fase volgens hen aanvangt. In ieder geval eindigt de contractuele fase als de overeenkomst daadwerkelijk is gesloten. Op grond van art. 6:127 BW komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Hierbij is het niet van belang dat de overeenkomst op papier staat. Een telefonisch aanvaard aanbod is ook een overeenkomst die tot stand komt. Een overeenkomst onder ontbindende voorwaarde lijkt mij in beginsel wel een perfecte overeenkomst en de overeenkomst onder opschortende voorwaarde niet. Wel is het hierbij nog van belang wat de ontbindende of opschortende voorwaarde precies inhoudt. Als de ontbindende voorwaarde of opschortende voorwaarde zonder verdere inmenging of tussenstap in werking treedt, is de overeenkomst onder ontbindende voorwaarde juist niet perfect en de overeenkomst onder opschortende voorwaarde wel.

- **Onteigening**

De laatste soort schadevergoeding waarvan de civielrechtelijke aspecten worden besproken is de schadevergoeding die ontstaat naar aanleiding van (on)rechtmatige onteigening door een buitenlandse overheid.⁸⁰ Zoals in de inleiding van dit onderzoek is aangegeven, komen schadevergoedingen door buitenlandse overheden voort uit de door Nederland gesloten Bilateral Investment Treaties (BIT). Deze investeringsverdragen beschermen investeringen tegen al het handelen en nalaten van enig orgaan van de gaststaat dat in strijd is met de beschermingsbepalingen van het verdrag. Een van de belangrijkste bepalingen van een BIT is de verplichting voor de gaststaat om investeerders een adequate compensatie te betalen in geval van onteigening. Dit kan onteigening van aandelen zijn, maar ook de onteigening van activa. Een BIT voorziet in de mogelijkheid voor investeerders om een vordering op grond van schending van de beschermingsbepaling van het verdrag tegen de gaststaat voor te leggen aan een internationaal arbitragetribunaal. Omdat Nederland een uitgebreid netwerk van BIT's heeft, wordt er vaak voor gekozen om deze procedure via Nederlandse vennootschappen te laten lopen.⁸¹

In het verleden kwamen veel zaken voor met betrekking tot schendingen van beschermingsbepalingen uit de BIT tussen Nederland en Venezuela en Nederland en Bolivia op grond van onteigeningen door

⁷⁷ HR 16 januari 1981, NJ 1981/426.

⁷⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014, nr. 197-198.

⁷⁹ Bergenhegouwen & Van Strien 2017, p. 5.

⁸⁰ Omdat de Nederlandse overheid (zo goed als) nooit deelnemingen onteigent, worden deze buiten beschouwing gelaten.

⁸¹ Nollkaemper 2016, 11.5.

die beide staten. Veel van deze procedures tegen Venezuela zijn nog steeds aanhangig.⁸² Tegenwoordig worden met name investeringen in de Mexicaanse energiemarkt, door Amerikaanse bedrijven, via Nederland gestructureerd vanwege het BIT tussen Nederland en Mexico.

De schadevergoedingen op grond van een BIT worden niet bepaald op grond van het Nederlandse civiele recht, maar op grond van het verdrag zelf en het verdragenrecht. BIT's bepalen over het algemeen dat schadevergoedingen onmiddellijk, adequaat en doeltreffend moeten zijn. De schadevergoeding moet overeenkomen met de redelijke marktwaarde van de investering, moet rente omvatten en moet kunnen worden overgemaakt naar het door de betrokken investeerders aangewezen land in vrij inwisselbare valuta.⁸³ De schadevergoeding wordt bij schending van een BIT opgelegd door een arbitrage TRIBUNAAL, omdat investeerders een rechtsgang voor de nationale rechtbank vaak willen vermijden.⁸⁴

Net als op grond van het Nederlandse civiele recht is het uitgangspunt dat zo veel mogelijk de situatie moet worden hersteld die zou hebben bestaan als de onteigening niet had plaatsgevonden. Hierbij wordt ook rekening gehouden met de gemiste winst.⁸⁵ Dit is ook direct het belangrijkste doel van dergelijke schadevergoedingen. Bij een rechtmatige onteigening (op grond van territoriale soevereiniteit) wordt de hoogte van de schade objectief bepaald en is deze gelijk aan de objectieve werkelijke waarde van de investering op het moment van de onteigening. Bij een onrechtmatige onteigening wordt de schade meer subjectief bepaald en is deze afhankelijk van de marktwaarde van de investering.⁸⁶ In dat geval heeft de schadevergoeding ook deels een straffende functie. Het onderscheid tussen positief en negatief belang is bij dergelijke schadevergoedingen niet van belang.

Voor de toerekening van de schade moet in ieder geval een causaal verband bestaan tussen de ontstane schade en de onteigening door de staat. Een arbitrage TRIBUNAAL hoeft zich echter niet te houden aan bijvoorbeeld de leer der redelijke toerekening die in het Nederlandse recht is verankerd. Een van de kritiekpunten op het arbitragesysteem is dat verschillende tribunaals op vergelijkbare punten tot uiteenlopende uitspraken zijn gekomen, waardoor de consistentie en daarmee de rechtszekerheid beperkt is. Dat geen specifieke leer voor toerekening van de schade wordt gehanteerd, kan hier verband mee houden. Bovendien ontbreekt in de meeste gevallen een hoger beroepsinstantie.⁸⁷

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de civielrechtelijke aspecten van schadevergoedingen behandeld aan de hand van de volgende deelvraag: *wat zijn de civielrechtelijke kenmerken van de verschillende schadevergoedingen?* Om deze vraag te beantwoorden zijn eerst de algemene civielrechtelijke

⁸² Simonis 2014, p. 48.

⁸³ Art. 6 van het Nederlandse Model-BIT (2004).

⁸⁴ Nollkaemper 2016, 11.5.

⁸⁵ Simonis 2014, p. 100.

⁸⁶ Simonis 2014, p. 100.

⁸⁷ Nollkaemper 2016, 11.5.

aspecten van schadevergoedingen behandeld. Vervolgens is onderzocht wat kenmerkend is voor de verschillende schadevergoedingen met betrekking tot deze aspecten.

In beginsel is iedereen verantwoordelijk voor zijn eigen schade. In sommige gevallen wordt echter een ander aansprakelijk gesteld voor de geleden schade en moet deze een schadevergoeding betalen. Een schadevergoeding heeft als voornaamste doel om de geleden schade te herstellen en om de benadeelde in de status quo te plaatsen.

Schadevergoedingen kunnen zich contractueel en buitencontractueel of wettelijk voordoen. Een contractuele schadevergoeding komt voort uit een overeenkomst, terwijl een buitencontractuele schadevergoeding ontstaat door wanprestatie of onrechtmatige daad. Buitencontractuele of wettelijke schadevergoedingen worden door de wet geregeld in afdeling 6.1.10 van het BW.

Onder schade wordt verstaan het nadeel dat uit de schadeveroorzakende rechtshandeling voortkomt. Schade is een rechtsbegrip, waarvan de invulling is opengelaten aan de Hoge Raad. Vermogensschade is de schade die bestaat uit geldelijk nadeel en is zowel het geleden verlies als de gederfde winst.

De hoogte van de schadevergoeding wordt bij buitencontractuele schadevergoedingen bepaald door de rechter. Bij contractuele schadevergoedingen is deze vaak al in het contract vastgelegd. Als de schadevergoeding niet contractueel is vastgelegd, kan het een lastige exercitie zijn om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen, zeker wanneer het gaat om een onderneming waarbij ook gederfde winsten deel uitmaken van de schade. De gederfde winst wordt bepaald door middel van waarschijnlijkheidsberekening zoals de discounted cashflow-methode. Als sprake is van wanprestatie speelt bovendien het onderscheid tussen negatief en positief contractbelang een rol. Als onderhandelingen de precontractuele fase hebben doorlopen en zijn aanbeland in de contractuele fase, moet zowel het negatief als het positief belang worden vergoed. In de precontractuele fase is in beginsel slechts het negatief belang verschuldigd, tenzij partijen erop konden vertrouwen dat het contract getekend zou worden. Volgens Bergenhenegouwen en Van Strien is in dat geval de precontractuele fase reeds doorlopen.

Om iemand te verplichten tot het betalen van een schadevergoeding, moet eerst worden bepaald voor welk deel van de schade iemand aansprakelijk is. Dit is vastgelegd in art. 6:98 BW en om dit vast te stellen moet aan twee criteria worden getoetst. Ten eerste moet worden bepaald of de schade in causaal verband staat tot de gedraging. Als de schade niet zou zijn ontstaan zonder de gedraging, is sprake van een *condicio sine qua non*. Ten tweede moet de ontstane schade worden toegerekend aan de gedraging. Dit gebeurt door middel van de leer van de redelijke toerekening, die inhoudt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, gezien alle omstandigheden, kan worden toegerekend.

Voor de schadevergoedingen die in dit onderzoek worden behandeld, hebben bovenstaande algemene civielrechtelijke aspecten van schadevergoedingen verschillende betekenis. Voor contractuele schadevergoedingen geldt dat deze aspecten weinig gevolgen hebben, omdat deze

schadevergoedingen vaak in het contract al zijn bepaald. Contractsvrijheid is hierbij het uitgangspunt, waardoor partijen veel zelf kunnen bepalen.

Wat betreft buitencontractuele schadevergoedingen wordt in dit onderzoek gekeken naar schadevergoedingen op grond van wanprestatie en schadevergoedingen op grond van onteigening. Schadevergoedingen op grond van wanprestatie worden bepaald door de wettelijke bepalingen van Boek 6 afdeling 10 van het Burgerlijk Wetboek. Het bepalen van de hoogte van de schade en de toerekening daarvan gaat dan ook in de meeste gevallen zoals in dit hoofdstuk is toegelicht.

Wat betreft schadevergoedingen die ontstaan door onteigening door de overheid, spelen de wettelijke bepalingen van het Nederlandse civiele recht een minder grote rol. Schadevergoedingen naar aanleiding van een onteigening komen voort op grond van Bilateral Investment Treaties (BIT's) en deze worden niet door het Nederlandse civiele recht beïnvloed. Wel hebben de schadevergoedingen ook als doel om de benadeelde in dezelfde positie te brengen als voor de onteigening en daarnaast wordt ook de schade op een vergelijkbare manier bepaald. Voor de toerekening van de schade bestaat geen vaste regel, waardoor dit van geval tot geval erg kan verschillen.

3. De deelnemingsvrijstelling

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn de civielrechtelijke aspecten van schadevergoedingen behandeld en is onderzocht welke civielrechtelijke kenmerken de verschillende schadevergoedingen die spelen in deelnemingsverhoudingen hebben. In dit hoofdstuk wordt de deelnemingsvrijstelling van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 toegelicht. Dit wordt gedaan aan de hand van de volgende deelvraag: *Wat is het doel van de deelnemingsvrijstelling en hoe werkt deze regeling?*

Eerst wordt de kern van de in art. 13 Wet Vpb 1969 vervatte regeling kort uiteengezet. Vervolgens wordt ingegaan op het doel en de grondslag van de deelnemingsvrijstelling. Aan de hand van het doel en de grondslag van de deelnemingsvrijstelling kan later worden bepaald of deze in lijn met het doel uitwerkt. Daarna wordt de werking van de deelnemingsvrijstelling toegelicht aan de hand van de vragen wanneer sprake is van een deelneming, het subject van de deelnemingsvrijstelling, en welke voordelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen, het object van de deelnemingsvrijstelling.

3.2 Kern, doel en grondslag van de deelnemingsvrijstelling

De essentie van de deelnemingsvrijstelling staat in art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969:

‘Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).’

De kern van de deelnemingsvrijstelling is dat deelnemingsresultaten slechts eenmaal worden belast. Dit houdt in dat op basis van deze regeling resultaten die al zijn belast op het niveau van de deelneming, niet nogmaals worden belast op het niveau van de aandeelhouder. In beginsel is sprake van een deelneming als ten minste een 5%-aandelenbelang wordt gehouden en vallen alle voordelen uit hoofde van een deelneming onder de vrijstelling. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt dit verder uitgewerkt.

In onderstaand cijfervoorbeeld is de werking van de deelnemingsvrijstelling kort uiteengezet. De dochtermaatschappij (D BV) maakt in dit voorbeeld 100 winst; hier wordt vennootschapsbelasting over betaald en vervolgens wordt het resterende deel uitgekeerd aan de moedermaatschappij (M BV). Zonder toepassing van de deelnemingsvrijstelling betaalt de moedermaatschappij hier nogmaals vennootschapsbelasting over en is de effectieve belastingdruk uiteindelijk 36%. Met toepassing van de deelnemingsvrijstelling is de belastingdruk gelijk aan het tarief voor de vennootschapsbelasting (in dit voorbeeld bepaald op het lage tarief van 20%).

	Winst D BV	Vbp D BV	Uitkering aan M BV	Vpb M BV	Winst M BV
Zonder deelnemingsvrijstelling	100	20	80	16	64
Met deelnemingsvrijstelling	100	20	80	0	80

Tabel 1: cijfervoorbeeld deelnemingsvrijstelling.

3.2.1 Binnenlandse deelnemingen

Het doel van de deelnemingsvrijstelling is kortgezegd het voorkomen van dubbele en/of meervoudige heffing van vennootschapsbelasting in deelnemingsverhoudingen.⁸⁸ Als grondslag van dit doel komen in de literatuur twee zienswijzen naar voren: het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte.

Het ne-bis-in-idem-beginsel houdt in dat eenzelfde inkomensbestanddeel niet meerdere malen met dezelfde belasting mag worden getroffen. Dit beginsel is afgeleid van het gelijknamige strafrechtelijke beginsel, wat inhoudt dat iemand niet tweemaal mag worden vervolgd voor hetzelfde feit. Volgens Christiaanse is het ne-bis-in-idem-beginsel de grondslag van de deelnemingsvrijstelling. In binnenlandse verhoudingen strekt de deelnemingsvrijstelling ter voorkoming van dubbele heffing binnen de sfeer van lichamen, terwijl die in buitenlandse verhoudingen dient ter voorkoming van internationale dubbele belasting.⁸⁹ Deze opvatting wordt gedeeld door Snel en Van de Streek.^{90 91}

Door Juch wordt het ne-bis-in-idem-beginsel niet als grondslag van de deelnemingsvrijstelling gezien. Juch is van mening dat de deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op de verlengstukgedachte, wat hij ziet als een species van het ne-bis-in-idem-beginsel.⁹² De verlengstukgedachte houdt in dat de dochtermaatschappij moet worden gezien als een partiële voortzetting van de moedermaatschappij, zodat de winst van de dochtermaatschappij als winst van de moeder moet worden gezien, waardoor een verschuiving van winst van de dochter- naar de moedermaatschappij niet als belastbare winst moet worden beschouwd.⁹³ Voor de verlengstukgedachte is het concernbegrip binnen de deelnemingsvrijstelling van cruciaal belang.⁹⁴

In de literatuur bestaat veel discussie over welke van deze twee opvattingen ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling. Een argument tegen de verlengstukgedachte is dat het onlogisch is dat bij de dochter wordt geheven en niet bij de moeder, als de dochter als verlengstuk van de moeder moet worden gezien. Als de verlengstukgedachte ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling, wordt bij het verkeerde subject geheven. Hier kan tegen in worden gebracht dat het niet uitmaakt waar wordt geheven, als de dochter toch het verlengstuk is van de moeder.⁹⁵ Daarnaast kan worden gesteld dat het op grond van de verlengstukgedachte niet nodig zou zijn om onderlinge transacties tussen de moeder- en dochtermaatschappij 'at arm's length' af te rekenen en zou ook de mogelijkheid moeten bestaan om verliezen van de moedermaatschappij volledig te verrekenen bij de dochtermaatschappij.⁹⁶ Door Christiaanse wordt de gedachte van Juch dat de verlengstukgedachte een species is van het ne-bis-in-idem-beginsel dan ook afgedaan als een 'woordenspel'.⁹⁷

⁸⁸ Van de Streek 2017, 2.4.0.B.a.

⁸⁹ Christiaanse 1975, p. 10.

⁹⁰ F.P.J. Snel 2005, p. 61.

⁹¹ Van de Streek 2017, 2.4.0.B.f1.

⁹² Juch 1974, p. 10 e.v.

⁹³ Juch 1974, p. 14.

⁹⁴ Van der Geld & Hofman 2017, p. 62-63.

⁹⁵ Van der Geld & Hofman 2017, p. 63.

⁹⁶ Van de Streek 2017, 2.4.0.B.f1.

⁹⁷ Christiaanse 1975, p. 12.

In tegenstelling tot Christiaanse en Van de Streek, verdedigt Aardema de stelling van Juch dat de verlengstukgedachte ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling. Doorslaggevend is voor hem het feit dat het liquidatieverlies bij ontbinding van de dochter kan worden verrekend door de moeder, wat meer in lijn is met de verlengstukgedachte dan het ne-bis-in-idem-beginsel. Bovendien is Aardema van mening dat het ne-bis-in-idem-beginsel te breed is om als grondslag van de deelnemingsvrijstelling te gelden, omdat er dan ook ruimte zou moeten zijn om de voordelen uit belegging onder de regeling te laten vallen.⁹⁸ Van de Streek stelt daarentegen dat de liquidatieverliesregeling wel in lijn is met het ne-bis-in-idem-beginsel, omdat de verliesgevende dochtermaatschappij na liquidatie niet meer fiscaal zelfstandig is en alsnog een verlengstuk wordt van de moedermaatschappij voor de afhandeling van verliezen.⁹⁹ Dat beleggingen niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen is volgens Christiaanse omdat het ne-bis-in-idem-beginsel soms te ruim is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en dat hiervoor pragmatische redenen de wetgever voor ogen hebben gestaan.¹⁰⁰ Dit is voor Christiaanse dan ook niet voldoende om het ne-bis-in-idem-beginsel als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling te verwerpen. De afschaffing van de niet-ter-beleggingseis per 1 januari 2017 spreekt bovendien in het voordeel van het ne-bis-in-idem-beginsel en daarnaast sluit de onderworpenheidstoets van art. 13, lid 11, Wet Vpb 1969 ook beter aan bij het ne-bis-in-idem-beginsel dan bij de verlengstukgedachte. Ten slotte is ook de per 1 januari 2016 ingevoerde anti-mismatchbepaling van art. 13, lid 17, Wet Vpb 1969 meer in lijn met het ne-bis-in-idem-beginsel omdat de deelnemingsvrijstelling alleen nog geldt als de vergoeding op het niveau van de deelneming niet aftrekbaar is.

Volgens Van der Geld en Hofman moet de verlengstukgedachte niet worden gezien als een regeling die in elke concrete deelregeling van de deelnemingsvrijstelling volledig naar voren komt, maar meer als een grondgedachte die op de achtergrond in verschillende mate aanwezig is. Zij aanvaarden dan ook in navolging van Juch de verlengstukgedachte als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling.¹⁰¹ De verlengstukgedachte wordt door hen echter niet gezien als een species van het ne-bis-in-idem-beginsel, omdat zij enerzijds beperkter is en anderzijds ruimer. Volgens Van der Geld en Hofman zijn het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte twee naast elkaar staande beginselen die beide als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling gelden.

Tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van de deelnemingsvrijstelling heeft de staatssecretaris het volgende opgemerkt naar aanleiding van een vraag over de grondslag(en) van de deelnemingsvrijstelling: *‘Bij het bezien van de wetshistorie en literatuur inzake de rechtsgrond voor de deelnemingsvrijstelling is steeds sprake van een zeker evenwicht tussen twee tegenstrijdige uitgangspunten, te weten het uitgangspunt dat ieder in de wet aangewezen lichaam als zelfstandige entiteit in de heffing moet worden betrokken en het uitgangspunt dat dezelfde winst niet tweemaal in de heffing mag worden betrokken. Deze spanning zit in de grondslagen van de vennootschapsbelasting. Het resultaat in de deelnemingsvrijstelling wordt in de literatuur wel aangeduid als de*

⁹⁸ E. Aardema 1989, blz. 185 e.v.

⁹⁹ Van de Streek 2017, 2.4.0.B.f2.

¹⁰⁰ Christiaanse 1975, p. 12.

¹⁰¹ Van der Geld & Hofman 2017, p. 63-64.

*verlengstukgedachte. Het gaat er niet om elders belaste winst in alle omstandigheden vrij te stellen, maar om elders belaste 'eigen winst', of wel winst uit een bezit dat in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming.*¹⁰² Hieruit blijkt dat staatssecretaris zowel het ne-bis-in-idem-beginsel als de verlengstukgedachte niet verwerpt als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling. Het ne-bis-in-idem-beginsel wordt als grondslag van de vennootschapsbelasting aangevoerd, terwijl de verlengstukgedachte wordt genoemd als uitwerking van dit beginsel. Uit de parlementaire behandeling van latere wijzigingen van de deelnemingsvrijstelling blijkt dat met name het voorkomen van dubbele belastingheffing binnen een concern de doelstelling is van de deelnemingsvrijstelling.¹⁰³ ¹⁰⁴ Het voorkomen van dubbele belastingheffing is in overeenstemming met het ne-bis-in-idem-beginsel, terwijl de concerngedachte in lijn is met de verlengstukgedachte.

Ook de Hoge Raad lijkt geen van beide opvattingen te verwerpen als grondslag voor de deelnemingsvrijstelling. Zo overweegt de Hoge Raad bijvoorbeeld in zijn arrest van 24 mei 2002: *'De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat ter zake van de door de dochtervennootschap gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervennootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd.'*¹⁰⁵ Hier wordt net als in de parlementaire behandeling het ne-bis-in-idem-beginsel in combinatie met de concern- of consolidatiegedachte als doelstelling van de deelnemingsvrijstelling aangehaald. In andere arresten van de Hoge Raad wordt niks gezegd over consolidatie en overweegt de Hoge Raad enkel het volgende: *'De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken.'*¹⁰⁶ In een arrest van 11 april 2001 wordt daarentegen de verlengstukgedachte expliciet door de Hoge Raad genoemd: *'In het eerste geval is de werking van de deelnemingsvrijstelling te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd (verlengstukgedachte).'*

In zijn Conclusie bij het arrest van 24 mei 2002 stelt de A-G dat de ratio van de deelnemingsvrijstelling is dat winsten en verliezen niet meer dan eenmaal in de belastingheffing worden betrokken (het ne-bis-in-idem-beginsel) en dat de verlengstukgedachte binnen deze ratio werkzaam is.¹⁰⁷ Deze opvatting lijkt het meest in overeenstemming met de opvatting van Van der Geld en Hofman, dat zowel het ne-bis-in-idem-beginsel als de verlengstukgedachte naast elkaar de grondslag van de deelnemingsvrijstelling vormen.

Ten slotte stellen Van der Geld en Hofman dat eveneens in het ne-bis-in-idem-beginsel besloten ligt dat alle winsten in ieder geval eenmaal moeten worden belast: *'aan de deelnemingsvrijstelling ligt ook de gedachte ten grondslag dat winsten en verliezen tenminste eenmaal in de VPB-heffing betrokken*

¹⁰² Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 7, p. 4.

¹⁰³ Brief van 6 september 2006, Minister van Financiën V-N 2006/51.2, p. 9.

¹⁰⁴ MvT, Wetsvoorstel 32 129, V-N 2009/46.6, p. 176.

¹⁰⁵ HR 24 mei 2002, nr. 37.021, BNB 2002/262c* (noot van Juch), r.o. 3.3.

¹⁰⁶ HR 2 juni 2006, nr. 40.919, BNB 2006/288.

¹⁰⁷ Conclusie A-G bij BNB 2002/262c*.

moeten zijn.' Naar mijn mening ligt echter niet in het ne-bis-in-idem-beginsel besloten dat winsten minimaal één keer moeten worden belast, maar ziet het ne-bis-in-idem-beginsel enkel op het voorkomen van dubbele heffing. Dit geldt mijns inziens eveneens voor de deelnemingsvrijstelling.

- Tussenconclusie

Ten aanzien van het doel en de grondslag van de deelnemingsvrijstelling kan in ieder geval worden geconcludeerd dat hier geen eensgezindheid over bestaat. Mijns inziens liggen zowel het ne-bis-in-idem-beginsel als de verlengstukgedachte ten grondslag aan de deelnemingsvrijstelling. Het primaire doel is naar mijn mening het voorkomen van dubbele belastingheffing over eenzelfde inkomensbestanddeel. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en uit een groot deel van de literatuur. Het ne-bis-in-idem-beginsel moet echter niet worden gezien als grondslag die in alle aspecten van de deelnemingsvrijstelling volledig tot zijn recht komt. In de meeste gevallen waarin geen ruimte is gebleken voor toepassing van het ne-bis-in-idem-beginsel komt de verlengstukgedachte naar voren. Een van de belangrijkste argumenten voor de verlengstukgedachte is mijns inziens de uitzondering van de deelnemingsvrijstelling voor de voordelen uit beleggingen. Dit brengt mij tot de conclusie dat het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte als elkaar complementerende grondslagen moeten worden gezien. In sommige aspecten komt het ne-bis-in-idem-beginsel sterker naar voren, terwijl op andere punten de verlengstukgedachte een grotere rol speelt. Per geval moet worden gekeken welke van beide grondslagen de voorkeur verdient.

3.2.2 Buitenlandse deelnemingen

In de literatuur wordt door onder andere Christiaanse en Van der Geld en Hofman gesteld dat wat betreft de grondslag van de deelnemingsvrijstelling een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gevallen dat sprake is van een buitenlandse deelneming en de gevallen dat sprake is van een binnenlandse deelneming.^{108 109} Ook indien sprake is van een buitenlandse deelneming wordt het ne-bis-in-idem-beginsel als grondslag aangevoerd, omdat wordt voorkomen dat twee keer over dezelfde winst wordt geheven (althoewel door verschillende overheden).¹¹⁰

Juch formuleert de grondslag van de deelnemingsvrijstelling in buitenlandse verhoudingen zo: *'de voorkoming van hogere belasting dan die welke in het oorsprongland wordt geheven, gebaseerd enerzijds op de verlengstukgedachte en anderzijds op het beginsel van de buitenlandse belastingsoevereiniteit'*.¹¹¹

Volgens Van de Streek is de verlengstukgedachte in internationale deelnemingsverhoudingen echter een betekenisloos begrip, omdat deze volledig wordt overheerst door het beginsel van de buitenlandse belastingsoevereiniteit. Uit de belastingsoevereiniteit van het buitenland over de winsten van de dochter volgt dat in de buitenlandse verhoudingen alleen het ne-bis-in-idem-beginsel de dragende grondslag

¹⁰⁸ Christiaanse 1975, p. 10.

¹⁰⁹ Van der Geld & Hofman 2017, p. 60.

¹¹⁰ Van de Streek 2017, 2.4.0.B.d.

¹¹¹ Juch 1974, p. 20.

kan zijn.¹¹² Van der Geld en Hofman zijn het met Juch eens dat de verlengstukgedachte kan worden doorgetrokken naar de buitenlandse dochter, maar dat de voorkoming van dubbele belasting over buitenlandse winsten met name in het teken staat van de belastingsovereiniteit van de andere staat.¹¹³

De staatssecretaris merkt het volgende op met betrekking tot de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling bij buitenlandse deelnemingen: *‘Alsdan functioneert de deelnemingsvrijstelling immers in de praktijk tevens als een eenzijdige maatregel ter voorkoming van dubbele belasting. Hoewel die afbakening van de Nederlandse bevoegdheid tot het heffen van belasting over ondernemingswinsten door de wetgever niet uitdrukkelijk als zelfstandige rechtsgrond is aangevoerd, kan zij, naar mijn oordeel, daarmee echter wel mede gerechtvaardigd worden.’*¹¹⁴

- Tussenconclusie

Concluderend kan worden gesteld dat in buitenlandse deelnemingssituaties dezelfde discussie speelt als in binnenlandse situaties. Doordat in buitenlandse situaties echter een zeer grote rol is weggelegd voor de belastingsovereiniteit van andere staten, heeft de verlengstukgedachte geen rol van betekenis.

3.3 Werking van de deelnemingsvrijstelling

Nadat hiervoor het doel en de grondslagen van de deelnemingsvrijstelling zijn behandeld, wordt in het vervolg van dit hoofdstuk ingegaan op de werking van de deelnemingsvrijstelling. Ten eerste wordt het begrip deelneming als subject van de deelnemingsvrijstelling behandeld en komen de bijbehorende voorwaarden aan bod. Ten tweede wordt onderzocht op welk object de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

3.3.1 Bezitseis

De wet kent een aantal voorwaarden aan de hand waarvan wordt bepaald of sprake is van een deelneming waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is: de bezitseis. Als aan bezitseis is voldaan, dan is toepassing van de deelnemingsvrijstelling verplicht.

- Rechtsvorm dochtervennootschap

Ten eerste bepaalt art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969 dat de dochter een coöperatie, vereniging op coöperatieve grondslag, open fonds voor gemene rekening, open commanditaire vennootschap of een vennootschap met een geheel of gedeeltelijk in aandelen verdeeld kapitaal moet zijn.¹¹⁵

Nederlandse vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal zijn bijvoorbeeld de NV en de BV. Dit is vastgelegd in respectievelijk art. 2:64, lid 1, BW en art. 2:175, lid 1, BW. De deelnemingsvrijstelling kan ook worden toegepast als de dochtervennootschap een naar buitenlands recht opgericht lichaam is, alhoewel het in die gevallen niet altijd duidelijk is of dat lichaam een in

¹¹² Van de Streek 2017, 2.4.0.B.f1.

¹¹³ Van der Geld & Hofman 2017, p. 65.

¹¹⁴ Kamerstukken II, 19 968, nr. 7, p. 4.

¹¹⁵ Art. 13, lid 2, sub a, Wet Vpb 1969.

aandelen verdeeld kapitaal heeft.¹¹⁶ Uit HR 24 november 1976 kan worden afgeleid dat van een in aandelen verdeeld kapitaal sprake is indien:

- het vennootschappelijk kapitaal in gelijke of evenredige delen is verdeeld (formele toets), en
- economisch en maatschappelijk de vennootschap nadert tot kapitaalvennootschappen – zoals de NV en de BV (materiële toets).¹¹⁷

In het zogeheten kwalificatiebesluit heeft de Staatssecretaris voor een groot aantal buitenlandse rechtsvormen aangegeven of naar zijn mening sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal.¹¹⁸

- Aandeelhouder

De tweede eis die volgt uit art. 13, lid 2, sub a, Wet Vpb 1969 is dat de belastingplichtige aandeelhouder dient te zijn van de vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. In beginsel is de juridische eigenaar van de aandelen aandeelhouder voor de deelnemingsvrijstelling. Uit BNB 1986/118 blijkt dat voor het beantwoorden van de vraag wie de juridische eigenaar is, een ‘agent’ of ‘stroman’ wordt genegeerd.¹¹⁹ Dit betekent dat de aanwezigheid van een agent of stroman er niet voor zorgt dat de achterliggende rechthebbende niet meer als de juridische eigenaar van de aandelen wordt aangemerkt.¹²⁰

In de meeste gevallen is de juridische eigenaar eveneens de economische eigenaar van de aandelen. Het juridische en economische eigendom van aandelen kan echter ook zijn gesplitst. Eveneens uit het BNB 1986/118 volgt dat de economische eigenaar van de aandelen als aandeelhouder kan worden aangemerkt voor de deelnemingsvrijstelling. De Hoge Raad overwoog in dat arrest als volgt:

‘Gelet op de strekking van de deelnemingsvrijstelling – in de deelnemingsverhouding te voorkomen dat eenzelfde bedrijfsresultaat tweemaal in de vennootschapsbelasting wordt betrokken – dient de term ‘aandeelhouder’ in art. 13, lid 6, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 [thans art. 13, lid 2] aldus te worden verstaan dat daaronder niet slechts wordt begrepen de eigenaar van de aandelen, doch tevens degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de aandelen hem en niet de eigenaar toekomt.’¹²¹

Onder het gehele economische belang wordt verstaan het risico van waardedalingen en waardeinstijgingen van de aandelen.¹²² In de literatuur wordt in het algemeen aangenomen dat de deelnemingsvrijstelling ook kan gelden indien slechts een deel van het economische belang in bezit is.¹²³ Juch concludeert ten aanzien van het begrip aandeelhouder in art. 13 Wet Vpb 1969: ‘van een

¹¹⁶ Albert 2015, hoofdstuk 2, p. 1.

¹¹⁷ HR 24 november 1976, nr. 17.998, BNB 1978/13.

¹¹⁸ Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, BNB 2010/58.

¹¹⁹ HR 16 oktober 1985, nr. 23.033, BNB 1986/118.

¹²⁰ Kijsterman 2016, par. 3.3.1.

¹²¹ HR 16 oktober 1985, nr. 23.033, BNB 1986/118.

¹²² Albert 2015, hoofdstuk 2, p. 4.

¹²³ O.a. Albert 2015, hoofdstuk 2, p.4 en Van der Geld & Hofman 2017, p. 69.

*juridisch begrip is nauwelijks sprake meer, want het gaat in wezen om de vraag of er een belang is in de andere vennootschap.*¹²⁴

Splitsing van het juridische en economische eigendom van aandelen doet zich bijvoorbeeld voor bij vruchtgebruik, pandrecht, certificering van aandelen en opties op aandelen. Ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling door de vruchtgebruiker heeft de Hoge Raad in 1954 beslist dat dit niet mogelijk was, omdat de vruchtgebruiker niet als aandeelhouder wordt gezien.¹²⁵ Op grond van de Falconsdoctrine die hierna aan bod komt, kan echter worden betoogd dat de vruchtgebruiker tegenwoordig wel onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling valt.¹²⁶ Wat betreft pandrechten wordt over het algemeen aangenomen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing dient te zijn.¹²⁷ Met betrekking tot certificaathouders geldt dat zij aanspraak kunnen maken op de deelnemingsvrijstelling mits aan de overige voorwaarden is voldaan.¹²⁸

- Falconsdoctrine

Ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling indien sprake is van gesplitst eigendom door middel van optierechten heeft de Hoge Raad het zogenoemde 'Falcons-arrest' gewezen.¹²⁹ Het kopen van optierechten houdt in dat een partij het recht verwerft om aandelen tegen een vooraf bepaalde prijs te kopen (calloptie) of te verkopen (putoptie). Voor dit recht wordt een premie betaald. Call- en putopties kunnen ook worden geschreven, wat inhoudt dat iemand de plicht aangaat om aandelen tegen een bepaalde prijs te verkopen of kopen. Voor het aangaan van deze plicht wordt juist een premie ontvangen. Bij optierechten wordt op deze manier het economische belang gesplitst. Voordat de Hoge Raad het Falcons-arrest had gewezen, werd vrij algemeen aangenomen dat aandelenopties niet onder de deelnemingsvrijstelling vielen, omdat opties geen aandelen zijn.¹³⁰

In het Falcons-arrest besliste de Hoge Raad echter anders. Een vennootschap had een obligatielening uitgegeven in de markt. Per obligatie waren zeven falcons verbonden. Een falcon is een langlopende calloptie, die het recht geeft om tegen een vaste prijs gewone aandelen in de vennootschap te verwerven. Belanghebbende kocht falcons na emissie van de obligatielening. Twee jaar later werden de falcons door belanghebbende verkocht, waarna het de vraag was of de verkoopwinst die was gemaakt met de falcons, onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling viel. Met het oog op het ne-bis-in-idem-beginsel oordeelde de Hoge Raad dat dat inderdaad het geval was: *'De deelnemingsvrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt gesplitst, zoals in casu door het schrijven van een optie op dat aandeel, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel, een en ander*

¹²⁴ Noot Juch bij HR 22 april 2005, nr. 40 562, BNB 2005/254.

¹²⁵ HR 29 december 1954, nr. 12.040, BNB 1955/50.

¹²⁶ Martens 2011, p. 13.

¹²⁷ Bijv. Bongers & De Vries 2006.

¹²⁸ Albert 2015, hoofdstuk 2, p. 4.

¹²⁹ HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34.

¹³⁰ Martens 2011, p. 130.

*met inachtneming van het navolgende.*¹³¹ In de navolgende rechtsoverwegingen zet de Hoge Raad uiteen welke voordelen en nadelen uit call- en putopties precies onder de deelnemingsvrijstelling vallen: het resultaat op een uitgeoefende optie, het resultaat op een niet uitgeoefende optie als door uitoefening een deelneming zou zijn verkregen en het resultaat bij de vervreemding van het optierecht eveneens als een deelneming zou zijn verkregen bij uitoefening.¹³²

De Hoge Raad besliste in dit arrest dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing kan zijn als niet het gehele economische belang in bezit is en trekt de deelnemingsvrijstelling op grond van het ne-bis-in-idem-beginsel ver door. In de literatuur is deze beslissing van de Hoge Raad dan ook bekritiseerd. Zo is Tijsterman van mening dat op basis van doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling deze juist niet op opties van toepassing zou moeten zijn, omdat niet aan het kernelement, te weten het zijn van 'aandeelhouder', is voldaan.¹³³ Het valt hem op dat een van de raadsheren van het Falcons-arrest in een WFR-artikel uit 1992 juist tot een tegengesteld oordeel komt dan dat van de Hoge Raad.¹³⁴ Ook A-G Wattel stelt in zijn Conclusie dat voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling aandeelhouderschap vereist is en dat dat niet aanwezig is bij het bezit van opties.¹³⁵ Mijns inziens past de Hoge Raad het ne-bis-in-idem-beginsel correct toe en wordt op deze manier optimaal voorkomen dat over behaalde winst tweemaal belasting wordt geheven. Beide partijen bij de optieovereenkomst behalen de winst uit het resultaat op de aandelen en dus is de beslissing van de Hoge Raad in lijn met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. De Hoge Raad geeft de voorkeur aan doel en strekking van de regeling boven de letterlijke wettekst waarin het aandeelhouderschap wordt vereist. Dit geldt naar mijn mening ongeacht het antwoord op de vraag of de optie uiteindelijk wel of niet wordt uitgeoefend.

Cijfervoorbeeld toepassing deelnemingsvrijstelling bij opties

A NV bezit aandelen in NV X met een waarde van €100 per stuk. A NV gaat een optiecontract aan met B NV, waarbij B NV het recht verwerft om 5 aandelen te kopen tegen een prijs van €110. In totaal heeft NV X 100 aandelen uitgegeven. B NV betaalt hiervoor een optiepremie van €5 per aandeel, dus €25 in totaal. Als de aandelen zijn gestegen tot €140 maakt B NV gebruik van het recht om de aandelen te verwerven. B NV realiseert hierbij een resultaat van $€700 - €550 - €25 = €125$. Dit voordeel valt bij B NV onder de deelnemingsvrijstelling. A NV behaalt ondanks de stijging van de aandelenkoers 'slechts' een resultaat van €25. Dit voordeel valt ook bij A NV onder de deelnemingsvrijstelling.

¹³¹ HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34, r.o. 3.3.1.

¹³² HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34, r.o. 3.3.4 t/m 3.3.6.

¹³³ Tijsterman 2016, par. 2.6.8.

¹³⁴ Bavinck 1992.

¹³⁵ Conclusie A-G Wattel bij HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34, 5.6.

Bij de wijziging van de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 heeft de wetgever de Falconsdoctrine bevestigd: *‘De leden van de CDA-fractie vragen of kan worden bevestigd dat met de herziening van artikel 13 geen wijziging is beoogd in de door de Hoge Raad ontwikkelde Falconsdoctrine. Voorts vragen deze leden of de regering van mening is dat de Falconsdoctrine ook toepassing kan gaan vinden op deelnemingen in de zin van het voorgestelde artikel 13, vijfde lid. Op beide vragen luidt het antwoord bevestigend.’*¹³⁶

Naar aanleiding van het Falcons-arrest ontstond de vraag of de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing zou zijn bij optierechten op nieuw te emitteren aandelen.¹³⁷ Dat dit kan is door de Hoge Raad bevestigd in HR 22 april 2005.¹³⁸ Dat het ging om nieuw uit te geven aandelen, achtte de Hoge Raad in dit arrest niet relevant. Bovendien kan uit de jurisprudentie worden opgemaakt dat de Hoge Raad vindt dat de houder van een converteerbare obligatie eveneens de deelnemingsvrijstelling moet kunnen invoeren.¹³⁹

- Moment van verkrijging van het belang

Naast de vraag welk belang de eigenaar van de aandelen moet hebben om als aandeelhouder te worden aangemerkt voor de deelnemingsvrijstelling, is het ook van belang wanneer het eigendom van het aandelenbelang wordt verkregen. Dit speelt bijvoorbeeld in de situatie waarin een verkoop al is overeengekomen, en het enige dat nog resteert de concrete levering is. Met betrekking tot het aanmerkelijk belang uit box 2 is door de Hoge Raad beslist dat de vervreemding plaatsvindt op het moment van het sluiten van de obligatoire overeenkomst.¹⁴⁰ Naar mijn mening geldt ook voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling dat de deelneming pas wordt verkregen nadat een overeenkomst definitief is gesloten.

- 5%-criterium

Als laatste voorwaarde voor een deelneming volgt uit art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969 de eis dat ten minste 5% van de aandelen (of het economisch eigendom zoals volgt uit de Falconsdoctrine) moet worden gehouden. Met deze eis heeft de wetgever een onderscheid willen aanbrengen tussen beleggen en deelnemen. De deelnemingsvrijstelling is namelijk niet bedoeld voor aandelen die ter belegging worden gehouden.¹⁴¹ Met het oog op doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling sluit het 5%-criterium beter aan bij de verlengstukgedachte dan bij (consequente toepassing van) het ne-bis-in-idem-beginsel, omdat resultaten van een vennootschap wel tweemaal worden belast als niet aan dit criterium is voldaan. Op deze eis van ten minste 5% geldt een aantal in de wet geregelde uitzonderingen welke hierna worden toegelicht.

¹³⁶ MvA, Eerste Kamer, wetsvoorstel 30 52, V-N 2006/61.2, p. 14.

¹³⁷ Albert 2015, hoofdstuk 2, p. 14.

¹³⁸ HR 22 april 2005, nr. 40.562, BNB 2005/254.

¹³⁹ HR 20 mei 2005, nr. 40.038, BNB 2005/260 en HR 12 oktober 2007, nr. 43.643, NTFR 2007/1867.

¹⁴⁰ HR 12 augustus 2005, nr. 40.418, BNB 2006/29.

¹⁴¹ Kamerstukken II 1959/60, nr. 6000, nr. 3, p. 13.

- Stemrechtuitzondering

In art. 13, lid 3, Wet Vpb 1969 is een uitzondering opgenomen voor in de Europese Unie gevestigde dochtervennootschappen, waarvan het verdrag tussen Nederland en het vestigingsland voorziet in een verlaging van bronheffing op dividenden op basis van stemrechten. De uitzondering houdt in dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is indien niet 5% van het gestorte aandelenkapitaal wordt gehouden, maar 5% van de stemrechten in een vennootschap.

- Meesleepregeling

De meesleepregeling is vastgelegd in art. 13, lid 4, Wet Vpb 1969 en houdt in dat mede onder een deelneming worden begrepen winstbewijzen van de dochtermaatschappij en hybride schuldvorderingen op de dochtermaatschappij als reeds sprake is van een deelneming op grond van art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969 of lid 3.

- Meetrekregeling

In art. 13, lid 5, Wet Vpb 1969 is de meetrekregeling opgenomen. De meetrekregeling houdt in dat het 5%-criterium niet strikt wordt toegepast indien een met de moedermaatschappij verbonden lichaam reeds een deelneming in een dochter heeft. In dat geval geldt een soort concernbenadering waarbij wordt aangenomen dat een belang dat kleiner dan 5% is, niet ter belegging wordt gehouden.¹⁴² Een verbonden persoon wordt gedefinieerd in art. 10a, lid 4, Wet Vpb 1969.

- Aflopende deelneming

Ten slotte is in art. 13, lid 16, Wet Vpb 1969 een uitzondering opgenomen voor de situatie dat een belastingplichtige niet langer voldoet aan het 5%-criterium. Wanneer het belang voor minimaal een jaar onder de deelnemingsvrijstelling viel, kan de deelnemingsvrijstelling nog drie jaar worden toegepast op het resterende belang.

- Uitzonderingen

In art. 13 Wet Vpb 1969 worden twee uitzonderingen gemaakt wanneer geen recht op de deelnemingsvrijstelling bestaat, ongeacht of aan de bezitseis is voldaan. Ten eerste wordt in art. 13, lid 8, Wet Vpb 1969 een uitzondering gemaakt voor houders van een deelneming die worden aangemerkt als fiscale beleggingsinstelling in de zin van art. 28 Wet Vpb 1969. Indien aan de voorwaarden van art. 28 Wet Vpb 1969 is voldaan, zal dit geen effect hebben omdat de winst in dat geval wordt belast tegen een tarief van 0%.

De tweede uitzondering is opgenomen in art. 13, lid 9, Wet Vpb 1969 en houdt in dat de deelnemingsvrijstelling evenmin toepassing vindt als de deelneming een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming vormt. Kortgezegd komt deze regeling erop neer dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op directe en indirecte deelnemingen die voornamelijk beleggingsinkomsten genereren in laagbelaste jurisdicties. Of een deelneming kwalificeert als beleggingsdeelneming wordt

¹⁴² Van der Geld & Hofman 2017, p. 70.

bepaald aan de hand van de oogmerktoets, de bezittingentoets en de onderworpenheidstoets. De oogmerktoets houdt in dat wordt beoordeeld welke activiteiten de deelneming ontplooit en meer specifiek of dit beleggings- of ondernemingsactiviteiten zijn. Aan de hand van de bezittingentoets wordt een deelneming vervolgens als niet-kwalificerende beleggingsdeelneming aangemerkt indien de bezittingen van de deelneming, middellijk of onmiddellijk, doorgaans voor minder dan 50% bestaan uit laagbelaste vrije beleggingen.¹⁴³ De deelnemingsvrijstelling is alsnog van toepassing als aan de onderworpenheidstoets wordt voldaan.¹⁴⁴ Dit is het geval indien 'het lichaam is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing'.

Beide uitzonderingen zien op situaties waarin de deelnemingen als belegging worden gehouden. Deze uitzonderingen sluiten wat dat betreft meer aan bij de verlengstukgedachte dan bij het ne-bis-in-idem-beginsel omdat wordt beoordeeld of de deelneming een verlengstuk is van de onderneming van de moedermaatschappij. De onderworpenheidstoets op grond waarvan een beleggingsdeelneming alsnog kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling, sluit daarentegen beter aan bij het ne-bis-in-idem-beginsel omdat de heffing van vennootschapsbelasting afhankelijk is van de heffing op het niveau van de dochter. Alleen als reeds een naar Nederlandse begrippen reële heffing plaatsvindt, wordt de heffing van vennootschapsbelasting achterwege gelaten.

- Tussenconclusie

In art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969 zijn drie voorwaarden terug te vinden waaraan moet zijn voldaan wil zijn voldaan aan de bezitseis. Ten eerste moet de dochtervennootschap in een van de in dat lid genoemde rechtsvormen worden gedreven, waarvan de vennootschap met een geheel of gedeeltelijk in aandelen verdeeld kapitaal voor dit onderzoek het belangrijkste is. Ten tweede moet de belastingplichtige op grond van de wet aandeelhouder zijn van de vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal. De juridische eigenaar van de aandelen geldt in ieder geval als aandeelhouder voor de deelnemingsvrijstelling, maar in de jurisprudentie is door de Hoge Raad bepaald dat de eigenaar van het economische belang eveneens kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Met het Falcons-arrest heeft de Hoge Raad deze gedachte zelfs zo ver doorgetrokken dat ook optiehouders, die slechts een deel van het economisch belang van de aandelen bezitten, de deelnemingsvrijstelling kunnen toepassen. De deelnemingsvrijstelling wordt op grond van het ne-bis-in-idem-beginsel derhalve breed toegepast. Als laatste voorwaarde moet de belastingplichtige ten minste een belang van 5% van het geplaatste aandelenkapitaal (of het economische eigendom) in bezit hebben. Deze eis is ingevoerd om een onderscheid tussen ondernemen en beleggen te maken. Het 5%-criterium is met name gebaseerd op de verlengstukgedachte. Ten slotte zijn in de wet twee uitzonderingen opgenomen op grond waarvan een deelneming alsnog niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling, ondanks dat aan alle hiervoor genoemde criteria is voldaan. De eerste uitzondering houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is als de moedermaatschappij wordt aangemerkt als fiscale beleggingsinstelling. De tweede

¹⁴³ Art. 13, lid 11, sub b, jo. lid 12-15, Wet Vpb 1969.

¹⁴⁴ Art. 13, lid 11, sub a, Wet Vpb 1969.

uitzondering houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet kan worden toegepast als de deelneming een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming is.

3.3.2 Causaliteitseis

Nu is onderzocht wanneer sprake is van een deelneming en wanneer deze deelneming kwalificeert voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, wordt in het vervolg van dit hoofdstuk nagegaan welke voor- en nadelen onder de deelnemingsvrijstelling worden vrijgesteld. De omschrijving van het object van de deelnemingsvrijstelling wordt in beginsel gegeven in art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969: *‘(alle) voordelen uit hoofde van een deelneming alsmede (alle) kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming’*.

- Voordelen

Het begrip ‘voordelen’ uit art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 is een algebraïsch begrip. Dat houdt in dat hier zowel de positieve als de negatieve voordelen onder vallen. Niet alleen koerswinsten vallen derhalve onder de deelnemingsvrijstelling, maar ook koersverliezen kunnen door een moedermaatschappij niet ten laste van de winst worden gebracht.^{145 146}

Naast een algebraïsch begrip is het begrip voordelen ook een brutobegrip. Dat het een brutobegrip is, betekent dat deelnemingskosten niet in aftrek kunnen worden gebracht. Dit heeft de Hoge Raad beslist in HR 19 oktober 1988, BNB 1989/43.¹⁴⁷ In HR 24 mei 2002, BNB 2002/262 oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat aankoopkosten wel in aftrek konden worden gebracht.¹⁴⁸ Om budgettaire verliezen te voorkomen heeft de wetgever per 1 februari 2005 een aftrekverbod voor aankoopkosten aan art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 toegevoegd.¹⁴⁹ Eveneens ter voorkoming van budgettaire verliezen heeft de wetgever daarna per 1 januari 2007 een aftrekverbod voor verkoopkosten aan de wettekst toegevoegd.¹⁵⁰

- Uit hoofde van een deelneming

Uit art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 volgt dat om te bepalen of voordelen onder de toepassing van de deelnemingsvrijstelling vallen, deze voordelen uit hoofde van een deelneming moeten worden genoten. Niet alle resultaten die verband houden met een deelneming gelden als voordeel uit hoofde van een deelneming. Hiervoor is het vereist dat een voldoende nauw verband bestaat tussen het voordeel en de deelneming.¹⁵¹ Dat betekent dat het van belang is dat de moedermaatschappij de voordelen ontvangt uit hoofde van haar aandeelhouderschap en niet vanuit een andere relatie dan het aandelenbezit. Voordelen die de moeder ontvangt uit hoofde van een andere relatie dan het aandeelhouderschap, worden namelijk gewoon belast op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8, lid 1, Wet Vpb 1969.

¹⁴⁵ Albert 2015, hoofdstuk 3, p. 1.

¹⁴⁶ Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.B.a.

¹⁴⁷ HR 19 oktober 1988, nr. 25.425, BNB 1983/43.

¹⁴⁸ HR 24 mei 2002, nr. 37.021, BNB 2002/262c*.

¹⁴⁹ Brief van 13 december 2002, nr. WDB2002/700M, V-N 2003/2.21.

¹⁵⁰ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 30.

¹⁵¹ Albert 2015, hoofdstuk 3, p. 1.

Het is niet altijd aanstonds duidelijk of een bepaald voordeel door de moedermaatschappij wordt genoten uit hoofde van een deelneming. Deze kwestie is dan ook meermaals aan de rechter voorgelegd. Het oordeel of een voordeel uit hoofde van een deelneming is genoten is zeer afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, waardoor het lastig is om een bepaalde lijn in de jurisprudentie te herkennen.¹⁵² Een groot deel van deze jurisprudentie heeft betrekking op de schadevergoedingsleer en komt in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan bod.

Om te bepalen of een bepaald voordeel uit hoofde van het aandeelhouderschap wordt genoten is ten eerste de oorzaak van het voordeel van belang en vervolgens moet deze oorzaak in causaal verband staan tot het aandelenbezit. Dit causale verband houdt kortgezegd in dat het voordeel zich zonder het aandeelhouderschap niet had voorgedaan. Deze voorwaarde wordt ook wel de causaliteitseis genoemd.

Een veelbesproken arrest waarin de Hoge Raad heeft beslist ten aanzien van de causaliteit tussen een genoten voordeel en het aandeelhouderschap is HR 7 juni 2000, BNB 2000/318.¹⁵³ Dit arrest geeft mijns inziens goed weer hoe de causaliteitsvraag door de rechter kan worden beantwoord. De casus die speelde in dit arrest is als volgt: belanghebbende bezat aandelen in BV C en daarnaast had zij de huurrechten in bezit van onroerende zaken die in eigendom waren van BV A. BV C heeft aandelen in BV A verworven en vervolgens zijn de huurovereenkomsten met de huurders, die tevens aandeelhouder waren van BV A, herzien. Toen belanghebbende uiteindelijk zowel de aandelen in BV C als de huurrechten verkocht, was het de vraag of de boekwinst onder de deelnemingsvrijstelling was vrijgesteld. De Hoge Raad oordeelde, in lijn met het hof, dat de boekwinst niet werd opgeroepen door het aandeelhouderschap in BV C, maar moest worden toegerekend aan de huurrechten, waardoor de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was. Hieruit blijkt hoe lastig het kan zijn om in een concrete casus te bepalen of de voordelen opkomen uit hoofde van een deelneming. Uit de literatuur blijkt bijvoorbeeld ook dat sommigen in het onderhavige geval tot een ander resultaat komen dan de Hoge Raad.¹⁵⁴

Snel gaat in op de vraag hoe wordt bepaald of een voordeel opkomt uit hoofde van een deelneming. Naast het veroorzakingsbeginsel, dat verband houdt met de hiervoor behandelde causaliteitsvraag, noemt hij de ratio en de evenwichtsgedachte als hulpmiddel om te bepalen of een voordeel opkomt uit hoofde van een deelneming.¹⁵⁵ De ratio van de deelnemingsvrijstelling is aan het begin van dit hoofdstuk behandeld en moet worden gezien als een combinatie van het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte. De evenwichtsgedachte is in dit onderzoek nog niet ter sprake gekomen, maar houdt volgens Snel in dat als een voordeel bij de een onder de deelnemingsvrijstelling valt, het nadeel bij de ander ook onder de deelnemingsvrijstelling hoort te vallen en vice versa. In de meeste gevallen zullen de ratio, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel dezelfde kant op wijzen, maar

¹⁵² Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.C.b.

¹⁵³ HR 7 juni 2000, nr. 35.203, BNB 2000/318.

¹⁵⁴ Juch & Martens 2001.

¹⁵⁵ Snel 2014, p. 1.

indien dat niet het geval is kunnen zij volgens Snel tegen elkaar worden afgewogen om tot een beslissing te komen.¹⁵⁶

- Voordelen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen

Onder voordelen uit hoofde van een deelneming worden in ieder geval verstaan dividenden, vermogenswinsten en vermogensverliezen uit een kwalificerende deelneming.¹⁵⁷ Ook aan- en verkoopkosten ter zake van een deelneming vallen onder de deelnemingsvrijstelling zoals hiervoor reeds is besproken.¹⁵⁸ Voor andere soorten voordelen is het vaak minder eenduidig of deze onder de deelnemingsvrijstelling vallen. In veel gevallen heeft de Hoge Raad of de wetgever hierover beslist.

- Meegekocht dividend

Ten aanzien van meegekocht dividend, dividend dat stamt uit winstreserves waar de koper bij aankoop voor heeft betaald, heeft de Hoge Raad beslist dat dit niet geldt als voordeel uit deelneming.¹⁵⁹ Meegekocht dividend doet zich voor in de kapitaalsfeer en niet in de winstsfeer. Derhalve moet het dividend worden afgeboekt op de kostprijs van de deelneming en is het geen voordeel uit hoofde van een deelneming.¹⁶⁰ Het vaststellen of sprake is van meegekocht dividend is meestal niet eenvoudig.

- Valutaresultaten

Wat betreft valutaresultaten op een deelneming heeft de Hoge Raad beslist dat deze onder de deelnemingsvrijstelling vallen, ook al worden de valutaresultaten niet veroorzaakt door de bedrijfsresultaten van de deelneming.¹⁶¹ De Hoge Raad overwoog dat: *'de waardeveranderingen als hiervoor bedoeld uit het bezit van de deelneming voortvloeien; dat de in artikel 13, lid 1, van de Wet vervatte vrijstelling haar grond vindt in het streven de zogenaamde dubbele heffing van belastingen naar de winst van dochtermaatschappijen te voorkomen; dat het echter met de bewoordingen van de Wet in strijd zou zijn waardeveranderingen welke niet in de winst van de dochtermaatschappij tot uitdrukking komen van de vrijstelling uit te zonderen.'*¹⁶² Hoewel op grond van de ratio van de deelnemingsvrijstelling kan worden gesteld dat toepassing van de deelnemingsvrijstelling dus niet op zijn plaats is (de winst is nooit eerder behaald door de dochtermaatschappij) kiest de Hoge Raad er toch voor de deelnemingsvrijstelling toe te passen. Ook resultaten uit het afdekken van het valutarisico zijn onder de deelnemingsvrijstelling gebracht, mits de inspecteur dit vooraf bij voor bezwaar vatbare beschikking heeft vastgesteld.¹⁶³

¹⁵⁶ Snel 2014, p. 1.

¹⁵⁷ Tijsterman 2016, par. 2.2.2.

¹⁵⁸ Art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969.

¹⁵⁹ Bijv. HR 5 december 1984, nr. 22.486, BNB 1986/351.

¹⁶⁰ Van der Geld & Hofman 2017, p. 76.

¹⁶¹ Omwille van de afbakening van dit onderzoek laat ik de eventuele gevolgen van HvJ EG 28 februari 2008, C-293/06, BNB 2009/84 (Deutsche Shell) buiten beschouwing.

¹⁶² HR 9 juni 1982, nr. 21.142, BNB 1982/230.

¹⁶³ Art. 13, lid 7, Wet Vpb 1969.

- Nabetalingsregelingen

Nabetalingen (of earn-outs) kunnen door de koper en de verkoper worden overeengekomen bij de verkoop van een deelneming. Een nabetalingsregeling houdt in dat wanneer de koper de deelneming doorverkoopt, de oorspronkelijke verkoper een deel van de winst ontvangt.¹⁶⁴ In HR 14 oktober 2005, BNB 2006/7 oordeelde de Hoge Raad dat het op grond van de nabetalingsregeling ontvangen voordeel onder de deelnemingsvrijstelling valt. De Hoge Raad baseerde zich hierbij op de falcons-doctrine en oordeelde dat sprake was van een opgesplitst (economisch) belang. Inmiddels is de earn-outrechtspraak door de wetgever overgenomen in de wet.¹⁶⁵ In art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969 is een regeling opgenomen op grond waarvan de voordelen met betrekking tot een earn-outregeling sowieso onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

- Uitzondering art. 13, lid 17, Wet Vpb 1969

In art. 13, lid 17, Wet Vpb 1969 is een uitzondering opgenomen op grond waarvan voordelen uit hoofde van een deelneming alsnog niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Deze uitzondering is recentelijk aan de wet toegevoegd en is een antimisbruikbepaling tegen internationale mismatches. De uitzondering houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet kan worden toegepast indien de uitdeling in het buitenland in aftrek kan worden gebracht.

Deze uitzondering sluit beter aan bij het ne-bis-in-idem-beginsel dan bij de verlengstukgedachte omdat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling afhankelijk is van de 'heffing' bij de dochtermaatschappij. Op grond van deze bepaling kan het echter alsnog voorkomen dat überhaupt niet wordt geheven over deelnemingsvoordelen, waardoor deze uitzondering mijns inziens met name in het licht van de strijd tegen belastingontwijking moet worden gezien en niet als uitwerking van een van de grondbeginselen van de deelnemingsvrijstelling.

- Tussenconclusie

Het object van de deelnemingsvrijstelling bestaat uit alle voordelen uit hoofde van een deelneming. Het begrip 'voordelen' is een algebraïsch begrip, hetgeen inhoudt dat het gaat om zowel positieve als negatieve voordelen. Bovendien is het een brutobegrip, wat betekent dat kosten niet in aftrek kunnen worden gebracht. Dat voordelen uit hoofde van een deelneming moeten worden genoten houdt in dat een voldoende nauw verband moet bestaan tussen de voordelen en de deelneming. Deze voorwaarde wordt ook wel de causaliteitseis genoemd. De vraag of aan deze eis is voldaan, is meermaals aan de rechter voorgelegd, maar omdat het vaak een feitelijke aangelegenheid is, is geen bestendige lijn uit de jurisprudentie te herleiden. Wat vaststaat is dat het genoten voordeel in causaal verband tot het aandelenbezit van de moedermaatschappij moet staan. Volgens Snel kan aan de hand van het veroorzakingsbeginsel, de ratio en de evenwichtsgedachte worden bepaald of voordelen zijn genoten uit hoofde van een deelneming. Voordelen die in ieder geval onder de deelnemingsvrijstelling vallen zijn dividenden, vermogenswinsten en –verliezen en aan- en verkoopkosten. De Hoge Raad heeft beslist

¹⁶⁴ Martens 2011, p. 78.

¹⁶⁵ Van der Geld & Hofman 2017, p. 80.

dat meegekocht dividend niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Wat betreft valutaresultaten is geoordeeld dat de deelnemingsvrijstelling wel kan worden toegepast. Op grond van art. 13, lid 6, Wet Vpb 1969 vallen voordelen uit hoofde van een nabetalingsregeling of earn-out bovendien onder de deelnemingsvrijstelling. In art. 13, lid 17, Wet Vpb 1969 is ten slotte een uitzondering opgenomen die bepaalt dat de deelnemingsvrijstelling alsnog niet van toepassing is als de uitdeling in het buitenland in aftrek kan worden gebracht.

3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is het doel en de werking van de deelnemingsvrijstelling behandeld aan de hand van de volgende deelvraag: *Wat is het doel van de deelnemingsvrijstelling en hoe werkt deze regeling?* Wat betreft het doel van de deelnemingsvrijstelling is geconcludeerd dat het doel is om dubbele heffing van vennootschapsbelasting in deelnemingssituaties te voorkomen. Over de grondslag van dit doel bestaat in de literatuur onenigheid. Volgens onder andere Christiaanse ligt het ne-bis-in-idem-beginsel ten grondslag aan het doel van de deelnemingsvrijstelling. Het ne-bis-in-idem-beginsel houdt in dat hetzelfde inkomensbestanddeel niet tweemaal door dezelfde belasting mag worden getroffen. Juch is van mening dat niet het ne-bis-in-idem-beginsel ten grondslag ligt aan de deelnemingsvrijstelling, maar de verlengstukgedachte die inhoudt dat bij de moedermaatschappij geen belasting moet worden geheven over winsten afkomstig van de dochtermaatschappij omdat deze als een partiële voortzetting van de moedermaatschappij moet worden gezien. Voor beide zienswijzen zijn voldoende argumenten te vinden. Naar mijn mening liggen zowel het ne-bis-in-idem-beginsel als de verlengstukgedachte ten grondslag aan de deelnemingsvrijstelling. Het uitgangspunt is het ne-bis-in-idem-beginsel, maar dit moet niet worden gezien als een beginsel dat in alle aspecten van de deelnemingsvrijstelling volledig tot uiting komt. Bijvoorbeeld het onderscheid dat in de deelnemingsvrijstelling wordt gemaakt tussen ondernemen en beleggen is een aspect waarin de verlengstukgedachte sterker naar voren komt dan het ne-bis-in-idem-beginsel. Beide grondslagen moeten mijns inziens dan ook als complementair aan elkaar worden gezien. Zoals ook in dit hoofdstuk is gebleken komen beide grondslagen om en om terug in de verschillende aspecten van de regeling. Wat betreft situaties met een buitenlandse deelneming speelt in principe dezelfde discussie. Doordat in buitenlandse situaties echter een zeer grote rol is weggelegd voor de belastingsoevereiniteit van andere staten, heeft de verlengstukgedachte geen echte rol van betekenis. Concluderend is het doel van de deelnemingsvrijstelling om dubbele heffing van vennootschapsbelasting in deelnemingssituaties te voorkomen. Ten grondslag aan deze doelstelling liggen het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte.

Vervolgens is de werking van de deelnemingsvrijstelling onderzocht. Eerst is onderzocht op welke subjecten de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Vervolgens is onderzocht op welk object de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Wat betreft het subject waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing is, geldt dat sprake moet zijn van een deelneming: de bezitseis. Om te kunnen spreken van een deelneming bestaan in beginsel drie eisen waaraan moet zijn voldaan. Ten eerste moet de dochtervennootschap een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal zijn, zoals de NV of de BV, of een andere in art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969 genoemde rechtsvorm hebben. Ten tweede moet de belastingplichtige aandeelhouder zijn van de dochtervennootschap. Waar de wettekst een strikte

benadering van aandeelhouderschap aanhoudt heeft de Hoge Raad in het Falcons-arrest geoordeeld dat het voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling voldoende is als (een gedeelte van) het economische eigendom in bezit is, zoals bij optierechten het geval is. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel met het oog op het ne-bis-in-idem-beginsel en daaruit blijkt nogmaals het belang dat wordt toegekend aan de grondslag van de deelnemingsvrijstelling. Als derde eis geldt dat ten minste 5% van de aandelen of het economische belang in bezit moet zijn. Deze eis is ingevoerd om een onderscheid te maken tussen voordeel uit ondernemen en beleggen. Het 5%-criterium sluit in tegenstelling tot de Falconsdoctrine juist goed aan bij de verlengstukgedachte, omdat beleggingen in principe geen voortzetting van de moedermaatschappij zijn en ondernemingen wel. Ten slotte zijn in de wet nog twee uitzonderingen opgenomen op grond waarvan de deelnemingsvrijstelling alsnog niet van toepassing is, terwijl wel aan de voorwaarden is voldaan. De eerste uitzondering houdt in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is als de moedervernootschap een fiscale beleggingsinstelling is. Op grond van de tweede uitzondering wordt de deelnemingsvrijstelling onthouden aan niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen.

Als sprake is van een deelneming die kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling is het vervolgens de vraag welke voordelen onder de deelnemingsvrijstelling zijn vrijgesteld. In de wet is vastgelegd dat alle voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld: de causaliteitseis. Of een voordeel wordt genoten uit hoofde van een deelneming is afhankelijk van het verband tussen het voordeel en het aandelenbezit. Of dit verband nauw genoeg is, is in ieder geval afhankelijk van de causaliteit tussen beide. Daarnaast worden ook de ratio, het veroorzakingsbeginsel en de evenwichtsgedachte in de literatuur genoemd om te bepalen of voordelen uit hoofde van een deelneming worden genoten. Van verschillende soorten voordelen is of in de wet of in de jurisprudentie bepaald of deze onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling vallen.

Concluderend is de deelnemingsvrijstelling van toepassing als de moedervernootschap een belang van ten minste 5% houdt in een dochtervernootschap. Dit belang kan bestaan uit aandelen, maar op grond van het Falcons-arrest voldoen opties waaraan een deel van het economische belang toebehoort ook. Als sprake is van een kwalificerende deelneming, moet vervolgens worden bepaald welke voordelen onder de deelnemingsvrijstelling kunnen worden vrijgesteld. Hierbij is het van belang dat de voordelen door de moedervernootschap worden genoten uit hoofde van het aandelenbezit.

4. De schadevergoedingsleer

4.1 Inleiding

Nadat in de voorgaande hoofdstukken de civielrechtelijke aspecten van verschillende schadevergoedingen en de deelnemingsvrijstelling zijn behandeld, wordt in dit hoofdstuk de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling onderzocht. Onder de schadevergoedingsleer moet worden verstaan de wijze waarop de verschillende, in hoofdstuk 2 onderzochte, schadevergoedingen worden behandeld onder de deelnemingsvrijstelling. De schadevergoedingsleer is met name gevormd in de jurisprudentie en deze wordt toegelicht aan de hand van de verscheidene arresten waarin dit is gebeurd. De onderzoeksvraag die in dit hoofdstuk centraal staat is:

Wat houdt de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling in?

Deze onderzoeksvraag wordt beantwoord voor de verschillende soorten schadevergoedingen die spelen in deelnemingssituaties, zoals deze in hoofdstuk 2 zijn behandeld. Eerst wordt de schadevergoedingsleer besproken die ontstaat op grond van wanprestatie met betrekking tot (nakoming van) overeenkomsten. De arresten die in het kader van dit soort schadevergoedingen zijn gewezen, kunnen naar mijn mening worden gezien als de belangrijkste arresten van de schadevergoedingsleer. Vervolgens wordt de schadevergoedingsleer met betrekking tot contractuele schadevergoedingen besproken, zoals de schadevergoeding die ontstaat op grond van een boeteclausule die van kracht wordt bij het niet doorgaan van een voorgenomen overname. Ten slotte wordt de schadevergoedingsleer onderzocht bij schadevergoedingen naar aanleiding van onteigening.

4.2 Wanprestatie overeenkomst

Ten aanzien van schadevergoedingen die verschuldigd zijn op grond van wanprestaties met betrekking tot overeenkomsten zijn drie arresten met name van belang. Het basisarrest van de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling is BNB 1985/200.¹⁶⁶ Dit arrest is in de meeste schadevergoedingsarresten als uitgangspunt gebruikt. Het arrest BNB 1997/286 vormt een vervolg op het basisarrest.¹⁶⁷ In 2016 heeft de Hoge Raad de schadevergoedingsleer verder uitgebreid en gewijzigd met BNB 2017/11.¹⁶⁸ In deze paragraaf bespreek ik eerst deze drie arresten uitvoerig, om aan de hand van deze arresten vervolgens de schadevergoedingsleer voor schadevergoedingen op grond van wanprestatie met betrekking tot een overeenkomst te bepalen.

¹⁶⁶ HR 6 maart 1985, nr. 22.572, BNB 1985/200.

¹⁶⁷ HR 25 juni 1997, nr. 32.142, BNB 1997/286.

¹⁶⁸ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11.

4.2.1 Bespreking arresten

- BNB 1985/200

De casus in dit arrest is als volgt. Belanghebbende heeft een 25% deelneming in A BV (verder: de deelneming), die op f 375.000 wordt gewaardeerd. Een derde doet in 1970 per brief een bod op de deelneming van f 250.000 en dit bod wordt door belanghebbende telefonisch geaccepteerd. Vervolgens wordt het bod in datzelfde jaar schriftelijk bevestigd. Omdat de derde de overnamesom niet voldoet, vindt geen levering plaats. Belanghebbende verkoopt vervolgens haar deelneming in 1971 aan een andere partij. De overeenkomst tussen belanghebbende en de initiële koper wordt in 1972 ontbonden en op grond van wanprestatie is de initiële koper een schadevergoeding van f 182.000 aan belanghebbende verschuldigd. Deze schadevergoeding wordt door belanghebbende in 1973 ontvangen. De vraag was of de door belanghebbende ontvangen schadevergoeding onder de deelnemingsvrijstelling viel.

Het Hof besliste dat de deelnemingsvrijstelling in dit geval niet van toepassing was, omdat belanghebbende in 1972, op het moment dat het recht op schadevergoeding ontstond, geen houder van de aandelen in de deelneming meer was. Ook indien belanghebbende nog wel aandeelhouder was geweest, was het bedrag volgens het Hof ontvangen uit hoofde van het recht op schadeloosstelling en niet uit hoofde van een deelneming. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat het oordeel van het Hof, wat betreft wanprestatie als grondslag van het recht op schadevergoeding, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting:

“Het Hof heeft geoordeeld dat belanghebbende het bedrag van f 182.000 in 1973 ontving en de wederpartij dat bedrag betaalde uit hoofde van haar recht op casu quo de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie bestaande uit het niet voldoen aan de verplichtingen van de wederpartij om de deelneming in eigendom te aanvaarden en de koopprijs te betalen. Hieraan heeft het Hof terecht de gevolgtrekking verbonden dat niet kan worden gezegd dat belanghebbende dat bedrag heeft ontvangen uit hoofde van de deelneming in A BV.”¹⁶⁹

In dit arrest was derhalve met name de causaliteitseis van belang. In de literatuur bestaat echter twijfel of de Hoge Raad daadwerkelijk een inhoudelijk oordeel geeft over de vraag of het voordeel ‘uit hoofde van een deelneming’ was ontstaan, omdat het Hof reeds had vastgesteld dat het voordeel uit hoofde van schadevergoeding wegens wanprestatie was ontstaan.¹⁷⁰ Naar mijn mening geeft de Hoge Raad hier wel een inhoudelijk oordeel, omdat hij anders had geoordeeld dat sprake was van een onjuiste rechtsopvatting, wat betreft de grondslag van de schadevergoeding. De Hoge Raad is het namelijk niet oneens met de opvatting van het Hof dat een schadevergoeding wegens wanprestatie, niet ook uit hoofde van een deelneming kan zijn ontstaan. Mijns inziens kan een schadevergoeding uit hoofde van

¹⁶⁹ HR 6 maart 1985, nr. 22.572, BNB 1985/200, r.o. 4.2.

¹⁷⁰ Schul & Knops 2015-1, p. 7.

wanprestatie ook uit hoofde van een deelneming zijn ontstaan. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof 'terecht de gevolgtrekking' heeft verbonden dat de schadevergoeding niet uit hoofde van deelneming is ontvangen. Naar mijn mening is deze gevolgtrekking onterecht. Over de vraag of het uitmaakt dat de voordelen pas zijn verkregen nadat de deelneming het vermogen van belanghebbende had verlaten, laat de Hoge Raad zich niet uit. Met A-G Van Soest en Verburg in zijn annotatie ben ik van mening dat dit geen beletsel voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling mag zijn.^{171 172} In de literatuur wordt betoogd dat dit arrest opzij is gezet door de Falcons-rechtspraak.¹⁷³ Mijns inziens is dit onterecht, omdat BNB 1985/200 ziet op de causaliteit van schadevergoedingen, terwijl de Falcons-rechtspraak ziet op de kwalificatie van belangen als deelneming.

- BNB 1997/286

In BNB 1997/286 oordeelde de Hoge Raad eveneens dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op een ontvangen schadevergoeding. De casus in dit arrest was zo dat bij belanghebbende de verwachting was gewekt dat zij aandelen in een BV zou verkrijgen. Omdat toekenning van de aandelen niet mogelijk blijkt, wordt een schadevergoeding verleend. Het Hof oordeelt in deze zaak dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is omdat: *“vaststaat dat belanghebbende nimmer aandeelhouder is geweest van B en het bedrag van f 52.195 is toegekend als tegemoetkoming voor het feit dat zij geen aandeelhouder heeft kunnen worden.”*¹⁷⁴

In tegenstelling tot BNB 1985/200 gaat het hier dus niet om de causaliteitseis, maar primair over de bezitseis. Deze voorwaarde wordt negatief beantwoord, waardoor de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De Hoge Raad doet de zaak vervolgens af met een beroep op art. 101a RO.¹⁷⁵ In HR 16 mei 2003 bevestigt de Hoge Raad dat een schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling kan vallen als de ontvanger van de schadevergoeding geen deelneming heeft gehad.¹⁷⁶ Bovendien is hier geen sprake van een deelneming op grond van een opgesplitst belang zoals in het Falcons-arrest. Wanneer dit wel het geval is komt bij de bespreking van BNB 2017/11 aan bod.

- BNB 2017/11

In het arrest BNB 2017/11 heeft de Hoge Raad opnieuw geoordeeld over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie met betrekking tot een aandeelhoudersovereenkomst.¹⁷⁷ De situatie in dit arrest was zo dat belanghebbende, X BV, deel uitmaakte van een concern dat werkzaam is in de olie- en gasindustrie. X BV heeft een gevoegde dochter, B BV, die 50% van de aandelen houdt in de vennootschap C. De overige 50% van de aandelen

¹⁷¹ HR 6 maart 1985, nr. 22.572, BNB 1985/200 (conclusie A-G Van Soest).

¹⁷² HR 6 maart 1985, nr. 22.572, BNB 1985/200 (noot Verburg).

¹⁷³ o.a. Hiemstra 2010 en Snel 2014.

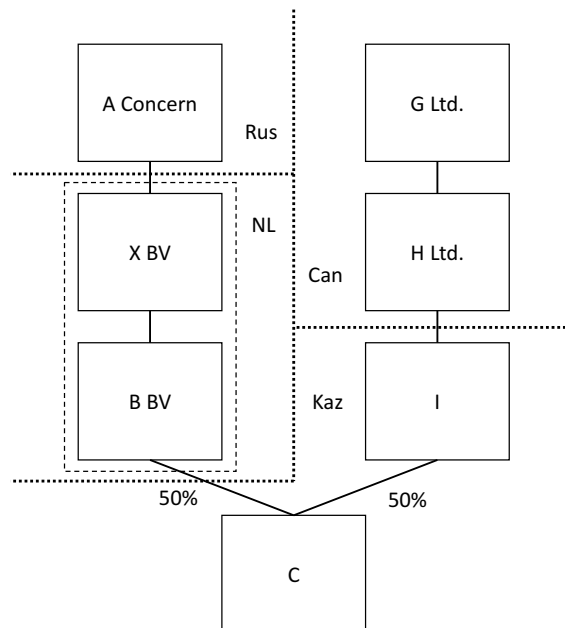
¹⁷⁴ Hof Amsterdam 22 februari 1996, nr. 94/2578, r.o. 5.2.

¹⁷⁵ Art. 101a RO: Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, dan kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn uitspraak te dier zake beperken tot dit oordeel.

¹⁷⁶ HR 16 mei 2003, nr. 38.028, V-N 2003/28.15.

¹⁷⁷ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11.

in C wordt gehouden door Open Joint Stock Company 'I' (hierna: I). I wordt middellijk gehouden door G Inc. (hierna: G). De vennootschappelijke structuur wordt op de volgende pagina weergegeven.



Figuur 1: vennootschappelijke structuur BNB 2017/11

In de 'Deed of incorporation' van C is een aanbiederingsregeling opgenomen op grond waarvan bij een voorgenomen vervreemding van de aandelen in C, de vervreemdende aandeelhouder de aandelen aan de andere aandeelhouder aan moet bieden. Bovendien is een Change of Control-clausule in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen die inhoudt dat hetzelfde dient te gebeuren bij een indirecte vervreemding van de aandelen.

L verkrijgt alle aandelen in G als gevolg van een openbaar bod op die aandelen. Nog voor de verwerving van die aandelen heeft B BV een beroep gedaan op de Change of Control-clausule, maar L en G weigeren hier gehoor aan te geven. De partijen komen uiteindelijk tot een 'Amicable Settlement', waarin is opgenomen dat G een schadevergoeding aan B BV moet betalen van \$ 438.375.000. In geschil was of deze schadevergoeding is vrijgesteld als voordeel uit hoofde van een deelneming.

Belanghebbende beroept zich primair op de stelling dat de schadevergoeding verband houdt met de bestaande deelneming in C, dus dat de schadevergoeding uit hoofde van de reeds bestaande deelneming is ontstaan. Subsidiar beroept belanghebbende zich op de stelling dat de aandeelhoudersovereenkomst met zich meebrengt dat met betrekking tot de aandelen die niet in bezit zijn van belanghebbende sprake is van een opgesplitst belang. Indien sprake is van een opgesplitst belang, is de deelnemingsvrijstelling op grond van het Falcons-arrest mogelijk van toepassing omdat belanghebbende (een deel van) het economische eigendom in C bezit.

Het eerste middel, de causaliteitsvraag ten opzichte van de reeds bestaande deelneming, is reeds door het Hof behandeld. Het Hof oordeelde dat de vergoeding het karakter heeft van een schadevergoeding

voor het niet nakomen van het voorkeursrecht in de aandeelhoudersovereenkomst. Dit betekent volgens het Hof dat de vergoeding niet rechtstreeks opkomt uit de reeds bestaande deelneming. Derhalve kan de vergoeding volgens het Hof niet als een voordeel uit hoofde van een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb 1969 worden aangemerkt. Het Hof verwijst hierbij naar het arrest BNB 1985/200. De Hoge Raad geeft aan dat dit oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst.¹⁷⁸

Ten aanzien van het tweede middel, de vraag of sprake is van een opgesplitst belang en dus is voldaan aan de bezitseis, oordeelt de Hoge Raad dat er geen deelneming is in de vorm van een opgesplitst belang als bedoeld in het Falcons-arrest. Om te kunnen spreken van een deelneming in de vorm van een opgesplitst belang moet er volgens de Hoge Raad een overeenkomst zijn, waaronder het de bedoeling is om een opgesplitst belang te creëren en waaronder dit ook daadwerkelijk is gebeurd. De Hoge Raad oordeelt dat in de precontractuele fase geen opgesplitst belang aanwezig is. In dat geval is er namelijk nog geen overeenkomst. Er is volgens de Hoge Raad pas sprake van een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb 1969 als een overeenkomst is gesloten waarbij de wederpartij zich verplicht heeft om de aandelen te leveren en waarbij de koper zich verplicht heeft de tegenprestatie te leveren.¹⁷⁹

Wanneer onderhandelingen in de precontractuele fase worden afgebroken, valt de bijbehorende schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling. Wanneer de precontractuele fase is afgerond doordat beide partijen verplicht zijn om te leveren, valt een schadevergoeding wel onder de deelnemingsvrijstelling.¹⁸⁰ In casu is vastgesteld dat de koopovereenkomst nog niet is gesloten, waardoor de Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van een deelneming en de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op de schadevergoeding.

4.2.2 Analyse schadevergoedingsleer

In het schadevergoedingsarrest BNB 2017/11 heeft de Hoge Raad de schadevergoedingsleer uitgebreid en veranderd ten opzichte van de arresten BNB 1985/200 en BNB 1997/286. Bovendien breidt de Hoge Raad de Falcons-doctrine uit door een duidelijke regel te geven voor het aanwezig zijn van een gesplitst belang. In deze paragraaf worden de gevolgen van de behandelde arresten geanalyseerd om op die manier een overzicht te creëren van de huidige schadevergoedingsleer inzake schadevergoedingen uit hoofde van wanprestatie met betrekking tot een overeenkomst.

Zoals gezegd moet voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling in beginsel zijn voldaan aan twee voorwaarden: de bezitseis en de causaliteitseis.

¹⁷⁸ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, r.o. 2.6.

¹⁷⁹ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, r.o. 2.4.2 t/m 2.4.4.

¹⁸⁰ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, r.o. 2.4.5.

- Bezitseis

In het Falcons-arrest heeft de Hoge Raad de term ‘gesplitst belang’ geïntroduceerd op grond waarvan de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn op call- en putopties op aandelen omdat het economisch belang door verschillende partijen wordt gehouden.¹⁸¹ In BNB 2017/11 preciseert de Hoge Raad wanneer sprake is van een opsplitsing van het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel. Op basis van bestaande rechtspraak en het schadevergoedingsarrest BNB 2017/11 komt Knops tot vier voorwaarden voor het bestaan van een gesplitst belang:

- Het aanwezig zijn van een overeenkomst;
- Waarin sprake is van een opsplitsing van het belang;
- Waarbij het aandeel op zichzelf als deelneming zou kwalificeren; en
- Waarbij deze opsplitsing is beoogd.¹⁸²

Blijkens het arrest van de Hoge Raad doet een dergelijke situatie zich niet voor in een geval waarin onderhandelingen, gericht op de verkoop van aandelen, in een zodanig stadium zijn geraakt dat partijen zich niet meer zonder meer daaruit kunnen terugtrekken. Dit komt erop neer dat de onderhandelingen in de door de Hoge Raad zo genoemde precontractuele fase nog geen opgesplitst belang doen ontstaan. In dat geval is namelijk nog niet aan de voorwaarde voldaan dat een overeenkomst aanwezig is.

Een van de vragen die hierbij opkomt is wanneer de precontractuele fase is afgelopen en de contractuele fase ingaat. In r.o. 2.4.7 geeft de Hoge Raad aan dat de precontractuele fase wordt afgerond door het sluiten van een overeenkomst met de kenmerken dat de wederpartij zich heeft verplicht de aandelen te leveren en dat de ontvangende partij zich heeft verplicht de op verwerving van die aandelen gerichte tegenprestaties te leveren. Er moet dus een overeenkomst tot stand zijn gekomen, die strekt tot de overdracht van aandelen. Op grond van art. 6:127 BW komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en aanvaarding daarvan. In de aantekening van de Redactie Vakstudienieuws wordt verondersteld dat de Hoge Raad ook heeft willen zeggen dat de omvang van het overgaande belang voldoende bepaalbaar moet zijn en voor welke prijs.¹⁸³ Dit is naar mijn mening een logische veronderstelling omdat anders onduidelijk is of de overeenkomst ziet op de verkrijging van een deelneming. Bergenhenegouwen en Van Strien concluderen, zoals behandeld in paragraaf 2.5.2, in tegenstelling tot bovenstaande dat de precontractuele reeds is afgerond als er nog geen overeenkomst is, maar wanneer partijen zich niet zonder meer kunnen terugtrekken uit de onderhandelingen.¹⁸⁴ Mijns inziens is deze conclusie onjuist en moet sprake zijn van een gesloten overeenkomst. Dit blijkt eveneens uit het arrest BNB 1997/286, waar de Hoge Raad concludeerde dat

¹⁸¹ HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34.

¹⁸² HR 23 september 2016, nr. 15/02428, FED 2016/125 (noot Knops).

¹⁸³ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, V-N 2016/47.10.

¹⁸⁴ Bergenhenegouwen & Van Strien 2017, p. 5.

nog geen sprake was van een deelneming, ondanks dat het vertrouwen was gewekt dat de overeenkomst zou worden gesloten.¹⁸⁵

In het Falcons-arrest oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van een opgesplitst belang bij call- en putopties, terwijl de Hoge Raad in BNB 2017/11 van oordeel is dat het voorkeursrecht geen opgesplitst belang oplevert. Dit verschil komt voort uit het feit dat de verlening van een voorkeursrecht is gericht op het ontstaan van een aanbiedingsplicht, maar nog niet tot een onherroepelijk aanbod. Het invoeren van een voorkeursrecht verplicht de verkoper niet tot verkoop, terwijl dit bij het invoeren van een optierecht wel het geval is. Voordat een voorkeursrecht tot een koopovereenkomst leidt, moet nog een nieuwe overeenkomst worden gesloten.¹⁸⁶ Hierdoor is niet aan de door de Hoge Raad gestelde voorwaarde voldaan dat een overeenkomst tot stand is gekomen die strekt tot de verkoop van aandelen, waardoor de precontractuele fase nog niet is afgerond.¹⁸⁷

Op de eisen dat sprake moet zijn van een opgesplitst belang en dat het opgesplitst belang beoogd moet zijn, gaat de Hoge Raad niet verder in omdat reeds aan één van de cumulatieve eisen niet is voldaan. De eis dat het aandeel dat onderwerp is van de overeenkomst op zichzelf als een deelneming zou moeten kwalificeren wordt door de Hoge Raad in BNB 2017/11 niet genoemd, maar dit lijkt een logische eis die volgt uit eerdere jurisprudentie.¹⁸⁸

- Causaliteitseis

Naast de eis dat sprake moet zijn van een deelneming, bestaat voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling de eis dat het voordeel uit hoofde van een deelneming is ontstaan. Zoals is beschreven, is hiervoor vereist dat het voordeel in causaal verband staat tot de deelneming. In BNB 2017/11 besteedt de Hoge Raad geen aandacht aan de causaliteitseis. Mogelijk komt dit doordat reeds is geconcludeerd dat geen sprake is van een deelneming, maar het kan ook zijn dat de Hoge Raad geen betekenis hecht aan de causaliteit waar het een schadevergoeding betreft nu BNB 1985/200 in dit arrest niet wordt genoemd. In BNB 1985/200 oordeelde de Hoge Raad in navolging van het Hof dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op een schadevergoeding, omdat geen causaliteit tussen de schadevergoeding en de deelneming bestond.

Het is de vraag hoe de Hoge Raad dit arrest nu had beoordeeld, omdat de precontractuele fase in BNB 1985/200 reeds was afgerond door het tot stand komen van een koopovereenkomst. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat de Hoge Raad met BNB 2017/11 terugkomt van zijn beslissing in BNB 1985/200.¹⁸⁹ De Hoge Raad beslist in r.o. 2.4.7 BNB 2017/11 ook dat indien de precontractuele fase is afgerond, schadevergoedingen wel onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Omdat de Hoge Raad in

¹⁸⁵ HR 25 juni 1997, nr. 32.142, BNB 1997/286.

¹⁸⁶ Asser/Hijma 7-I* 2013/189.

¹⁸⁷ Uit r.o. 2.4.3 lijkt overigens te volgen dat ook voor het ontstaan van een volwaardige deelneming op basis van een volledig belang de eis geldt dat de precontractuele fase moet zijn afgerond.

¹⁸⁸ Bijv. HR 22 april 2005, nr. 40.562, BNB 2005/254.

¹⁸⁹ O.a. BNB 2017/11 (noot Egelie), FED 2016/125 (noot Knops) en Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.C.c2.

BNB 2017/11 echter niet expliciet aan de causaliteitsvraag toekomt doordat geen sprake is van een deelneming en omdat de causaliteit mijns inziens een essentiële voorwaarde is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, ben ik er niet volledig van overtuigd dat de Hoge Raad inderdaad terugkomt van het arrest BNB 1985/200. Bovendien meldt de Hoge Raad het normaliter wanneer hij terugkomt van een eerder gewezen arrest. In de Conclusie bij dit arrest gaat A-G Wattel wel in op de causaliteitsvraag. Zijn oordeel is dat in deze casus de causaliteit onvoldoende aanwezig is. Een *conditio sine qua non* is volgens de A-G onvoldoende om een vergoeding aan te merken als 'uit hoofde van een deelneming'. De deelneming moet rechtstreeks de verklaring zijn van het voordeel en in casu zit de wanprestatie er nog tussen. Volgens de A-G kan ook een calloptiehouder die niet geleverd krijgt wegens wanprestatie de deelnemingsvrijstelling niet op de schadevergoeding toepassen.¹⁹⁰ Hiermee oordeelt de A-G in lijn met de Hoge Raad in het arrest BNB 1985/200. Mijns inziens houdt de schadevergoeding in casu causaal verband met de deelneming en had de Hoge Raad de causaliteitsvraag bevestigend moeten beantwoorden. Indien de Hoge Raad dit had gedaan, was wel expliciet teruggekomen op het oordeel in BNB 1985/200 dat een schadevergoeding uit hoofde van een overeenkomst niet uit hoofde van een deelneming kan worden ontvangen.

- Verhouding BNB 1997/286 en BNB 2017/11

In BNB 1997/286 oordeelde de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op de schadevergoeding omdat vaststond dat belanghebbende nimmer aandeelhouder is geweest. In de casus van dit arrest stond in de huurovereenkomst van belanghebbende dat zij de enige toegestane aandeelhouder van een onderneming was. Uiteindelijk werd een andere partij dan belanghebbende aandeelhouder, waarna belanghebbende een schadevergoeding ontving. Doordat nog geen sprake was van een afgeronde koopovereenkomst tussen belanghebbende en de verkoper van de aandelen, bevond belanghebbende zich nog in de precontractuele fase. De beslissing van de Hoge Raad in BNB 2017/11 zou naar mijn mening niet tot een andere uitkomst hebben geleid bij BNB 1997/286.

- Evenwicht tussen koper en verkoper

De Hoge Raad behandelt in BNB 2017/11 zowel de situatie dat de koper de onderhandelingen afbreekt als de situatie dat de verkoper de onderhandelingen afbreekt. In beide gevallen geldt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is als de onderhandelingen worden afgebroken in de precontractuele fase. De schadevergoeding moet dan bij de ontvangende partij tot de winst worden gerekend en komt bij de betalende partij in mindering op de winst. In r.o. 2.4.7 geeft de Hoge Raad aan dat indien de onderhandelingen worden afgebroken nadat de precontractuele fase reeds is afgerond, de schadevergoeding bij beide partijen juist wel onder de deelnemingsvrijstelling valt. Het strookt volgens de Hoge Raad met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling, het voorkomen dat in een

¹⁹⁰ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (conclusie A-G Wattel 6.1 t/m 6.23).

deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken, om de schadevergoeding bij beide partijen fiscaal op dezelfde wijze te behandelen.

4.2.3 Besluit Staatssecretaris 20 januari 2017

In het besluit deelnemingsvrijstelling van 20 januari 2017 neemt de Staatssecretaris meerdere standpunten in met betrekking tot de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op 'schade'-vergoedingen.¹⁹¹ In par. 1.1.1.1 van het besluit stelt de Staatssecretaris dat een vergoeding die wordt betaald om een voorkeursrecht van een aandeelhoudersovereenkomst af te kopen bij de betalende aandeelhouder wel onder de deelnemingsvrijstelling valt. De afkoopsom is er volgens de Staatssecretaris namelijk op gericht om de al bestaande aandeelhoudersrechten te versterken, waardoor sprake is van een betaling uit hoofde van een deelneming. Dit betekent dat de vergoeding bij de betalende partij onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen, waardoor de kostprijs van de deelneming wordt verhoogd. Alhoewel het niet exact om een schadevergoeding gaat, dient de vergoeding waar de Staatssecretaris over spreekt wel hetzelfde doel als de schadevergoeding die speelt in het arrest BNB 2017/11; het ongedaan maken van een voorkeursrecht. Het verschil is dat een vergoeding vooraf wordt betaald en een schadevergoeding achteraf. Het standpunt van de Staatssecretaris lijkt dan ook niet in lijn met het arrest BNB 2017/11, aangezien de Hoge Raad in dit arrest oordeelt dat de schadevergoeding bij de betalende partij niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. De Staatssecretaris gaat niet in op de vraag hoe de vergoeding wordt behandeld bij de ontvangende partij.

In paragraaf 1.1.1.2 geeft de Staatssecretaris bovendien zijn mening over een schadevergoeding die wordt ontvangen als vergoeding van de schade geleden bij een onteigening. Dit standpunt wordt later dit hoofdstuk onder de schadevergoedingen voor onteigeningen besproken.

4.2.4 Tussenconclusie

Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op schadevergoedingen wegens wanprestatie van een overeenkomst zijn met name de bezitseis en de causaliteitseis van belang. De schadevergoedingsleer voor schadevergoedingen die ontstaan naar aanleiding van wanprestatie met betrekking tot overeenkomsten wordt met name gevormd door de arresten BNB 1985/200 en BNB 2017/11.

In BNB 1985/200 wordt de causaliteitseis behandeld. Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op schadevergoedingen naar aanleiding van wanprestatie is vereist dat de schadevergoeding in causaal verband staat tot de deelneming. Indien dat niet het geval is, is namelijk geen sprake van een voordeel uit hoofde van een deelneming. In BNB 1985/200 werd, naar mijn mening onterecht, geoordeeld dat de schadevergoeding niet werd ontvangen uit hoofde van een deelneming, maar uit hoofde van wanprestatie.

¹⁹¹ Besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M.

In BNB 2017/11 oordeelt de Hoge Raad over de bezitseis. Een voorkeursrecht vormt volgens de Hoge Raad geen deelneming. Er is noch sprake van een volwaardige deelneming¹⁹², noch sprake van een deelneming op grond van een gesplitst belang. De deelneming op grond van een gesplitst belang is door de Hoge Raad geïntroduceerd in het Falcons-arrest en wordt in BNB 2017/11 verder uitgewerkt. Volgens de Hoge Raad moet voor een deelneming op grond van een gesplitst belang de precontractuele fase zijn afgerond. Dit is het geval als is voldaan aan de volgende voorwaarden: er moet sprake zijn van een overeenkomst, waaronder het de bedoeling is om een gesplitst belang te creëren en waaronder dat ook daadwerkelijk gebeurt. In dit arrest gaat de Hoge Raad met name in op de vraag of sprake is van een overeenkomst. De Hoge Raad concludeert dat zolang de koopovereenkomst nog niet afgerond is, geen sprake kan zijn van een opgesplitst belang en dus ook niet van een deelneming. In de literatuur wordt gesteld dat de Hoge Raad terugkomt van zijn beslissing in BNB 1985/200, omdat de causaliteitsvraag in het meest recente arrest geen rol meer lijkt te spelen. Naar mijn mening is dit niet expliciet het geval, doordat de Hoge Raad niet aan de causaliteitsvraag toekomt. De causaliteit tussen het voordeel en de deelneming is een essentiële voorwaarde voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling en deze kan dan ook niet zomaar opzij worden gezet. Naar mijn mening is in casu sprake van causaliteit tussen de schadevergoeding en de deelneming en dus had de Hoge Raad de causaliteitsvraag bevestigend moeten beantwoorden.

In r.o. 2.4.7 van BNB 2017/11 geeft de Hoge Raad aan dat het strookt met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling om de schadevergoeding bij beide partijen gelijk te behandelen. Dit houdt in dat indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, de schadevergoeding bij de ontvanger niet wordt belast en bij de betalende partij niet ten laste van de winst kan worden gebracht. Als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, dan is de schadevergoeding bij de ontvanger belast en bij de betalende partij aftrekbaar.

Ten slotte lijkt het standpunt van de Staatssecretaris in het besluit van 20 januari 2017 niet in lijn met de beslissing van de Hoge Raad in BNB 2017/11.

4.3 Contractuele schadevergoedingen

Wat betreft contractuele schadevergoedingen, schadevergoedingen die reeds in de overeenkomst zijn opgenomen, is het de vraag of de schadevergoedingsleer anders is dan voor schadevergoedingen op grond van wanprestatie met betrekking tot een overeenkomst. Het belangrijkste verschil tussen beide is dat bij contractuele schadevergoedingen, de schadevergoeding reeds in het contract is vastgelegd. Dit lijkt geen gevolgen te hebben voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dit verschil zorgt namelijk niet voor een ander antwoord op de vragen of sprake is van een deelneming en of de vergoeding wordt ontvangen uit hoofde van een deelneming.

¹⁹² Een deelneming op grond van zowel het juridische als economische eigendom.

Zoals in de inleiding van dit onderzoek is besproken, komen contractuele schadevergoedingen onder andere voor bij voorgenomen fusies en overnames. In de contracten is in dat geval vaak een bepaald percentage van de totale overnamewaarde opgenomen als schadevergoeding indien de overname uiteindelijk geen doorgang vindt. Om te bepalen of een dergelijke schadevergoeding onder de deelnemingsvrijstelling valt, moet ten eerste worden vastgesteld of sprake is van een deelneming. Ten tweede moet worden vastgesteld of de schadevergoeding wordt ontvangen uit hoofde van die deelneming.

4.3.1 Bezitseis

Om te bepalen of sprake is van een deelneming is het bij in contracten overeengekomen schadevergoedingen naar mijn mening eveneens van belang dat er een definitieve overeenkomst is die ziet op de overdracht van aandelen. Aangezien per definitie reeds een contract is overeengekomen, is het met name van belang wat de inhoud van deze overeenkomst is. Wanneer de overeenkomst ziet op de overdracht van aandelen en slechts de levering resteert, is de precontractuele fase afgerond en is sprake van een deelneming op grond van een gesplitst belang. Als bijvoorbeeld slechts een 'letter of intent' is opgesteld waarin beide partijen kenbaar maken dat zij voornemens zijn om aandelen over te dragen, dan is de precontractuele fase nog niet afgerond en is ook geen sprake van een deelneming op grond van een gesplitst belang. De vraag of is voldaan aan de bezitseis wordt derhalve op dezelfde manier beantwoord als bij schadevergoedingen op grond van wanprestatie. Aangezien de Hoge Raad dit pas onlangs heeft beslist in BNB 2017/11, is er nog geen jurisprudentie op dit vlak met betrekking tot contractuele schadevergoedingen. Wel heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zaak NTFR 2013/1275 in overeenstemming met BNB 2017/11 beslist dat een contractuele schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling viel, omdat volgens het Hof nog geen koopovereenkomst tot stand was gekomen en dus geen belang was overgegaan.¹⁹³

4.3.2 Causaliteitseis

Ook wat betreft de causaliteitseis geldt dat deze in grote lijnen op dezelfde manier moet worden beantwoord als bij schadevergoedingen op grond van wanprestatie. In BNB 1985/200 oordeelde de Hoge Raad dat de schadevergoeding niet was ontvangen uit hoofde van een deelneming, maar uit hoofde van wanprestatie. Contractuele schadevergoedingen worden niet uit hoofde van wanprestatie ontvangen, maar bijvoorbeeld uit hoofde van niet-nakoming. Om te kwalificeren als uit hoofde van een deelneming moet een rechtstreeks verband bestaan tussen de schadevergoeding en de deelneming. De causaliteitsvraag met betrekking tot contractuele schadevergoeding werd onder andere beantwoord in BNB 2005/372.¹⁹⁴ In dit arrest had belanghebbende (C) een joint venture met een andere vennootschap opgericht (D). In de overeenkomst was opgenomen dat de jointventurepartner een schadevergoeding aan belanghebbende zou betalen als de winst van de joint venture zou tegenvallen.

¹⁹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2013, nr. 12/00621, NTFR 2013/1275.

¹⁹⁴ HR 23 september 2005, nr. 41.432, BNB 2005/372.

In geschil was of deze schadevergoeding onder de deelnemingsvrijstelling viel. De Hoge Raad oordeelde:

*'Het Hof heeft overwogen dat aannemelijk is dat belanghebbende (C) deze bate van D heeft kunnen bedingen op grond van de marktpositie welke C in verhouding met D ten tijde van het aangaan van de joint-venture overeenkomst innam, zodat belanghebbende de bate niet ontleende aan de deelneming, maar aan de marktpositie, die het C mogelijk maakte die bate van D te bedingen. Het Hof oordeelde dat de vermelde bate van f 66 647 dan ook niet als een voordeel uit hoofde van een deelneming kan worden aangemerkt.'*¹⁹⁵

De Hoge Raad oordeelde dus dat de schadevergoeding meer verband hield met de marktpositie van C in verhouding tot D, dan met de deelneming van C. Het is de vraag hoe de Hoge Raad in deze casus zou oordelen met het oog op BNB 2017/11 omdat de precontractuele fase reeds is afgerond. Naar mijn mening kan de causaliteitseis echter niet uit het oog worden verloren en was de Hoge Raad ook na BNB 2017/11 tot de beslissing gekomen dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

4.3.3 Evenwicht tussen koper en verkoper

Wat betreft de door de Hoge Raad in 2017/11 geïntroduceerde evenwichtsgedachte, doen zich bij contractuele schadevergoedingen geen bijzonderheden voor.

4.3.4 Tussenconclusie

Zoals reeds werd aangenomen, is de schadevergoedingsleer voor contractuele schadevergoedingen in sterke mate vergelijkbaar met die van schadevergoedingen op grond van wanprestatie. Om te bepalen of is voldaan aan de bezitseis is het eveneens van belang dat een overeenkomst is afgerond die strekt tot aandelenoverdracht, dus dat de precontractuele fase is afgerond. Bovendien moet ook aan de causaliteitseis zijn voldaan en dit wordt eveneens bepaald door vast te stellen of de schadevergoeding in rechtstreeks verband staat tot de deelneming.

4.4 Onteigening

De laatste schadevergoedingen waarvan de schadevergoedingsleer in dit onderzoek wordt toegelicht, zijn de schadevergoedingen die ontstaan op grond van onteigening van een deelneming. Waar de schadevergoedingsleer van contractuele schadevergoedingen en schadevergoedingen op grond van wanprestatie niet veel van elkaar verschilden, lijkt dit voor schadevergoedingen op grond van onteigening wel het geval. Schadevergoedingen wegens onteigening van een deelneming kunnen ontstaan op grond van onteigening van aandelen, maar ook op grond van onteigening van de activa van een deelneming. In deze paragraaf zullen beide soorten onteigeningen worden besproken.

¹⁹⁵ HR 23 september 2005, nr. 41.432, BNB 2005/372, r.o. 3.2.

Alhoewel er weinig jurisprudentie is op dit vlak, is er wel een uitspraak van Rechtbank Gelderland met betrekking tot een situatie die verband houdt met de schadevergoeding wegens onteigening van aandelen.¹⁹⁶ Nadat deze uitspraak is besproken, wordt op de vragen ingegaan of bij schadevergoedingen wegens onteigening sprake is van een deelneming en of sprake is van een voordeel uit hoofde van een deelneming.

4.4.1 Rechtbank Gelderland 17 maart 2016

De situatie in deze casus was zo dat belanghebbende, X BV, in 1999 een samenwerking was aangegaan met de Poolse regering. X BV en de regering sluiten een overeenkomst op grond waarvan X BV een belang verwerft in Z, een Poolse staatsmaatschappij. Nog in 1999 verwerft X BV, samen met Big Bank Gdanski SA, een belang van 30% in Z. Vervolgens wordt in 2001 overeengekomen dat X BV nog een extra belang van 21% neemt, waarna een beursgang zal plaatsvinden. Uiteindelijk gaat deze laatste verwerving en de beursgang niet door in verband met de politieke situatie in Polen. X BV kiest ervoor om een arbitrageprocedure aan te spannen op grond van het BIT Nederland/Polen. X BV en de Poolse regering komen vervolgens overeen dat X BV afstand doet van haar recht op 21% tegen een schadevergoeding van € 1,2 miljard en dat X BV afstand doet van haar 30%-belang in Z voor € 2,8 miljard. Niet in geschil is dat op het bedrag van € 2,8 miljard de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.¹⁹⁷ Wel in geschil is of de deelnemingsvrijstelling ook kan worden toegepast op de ontvangen € 1,2 miljard ter compensatie van de misgelopen rechten.

Rechtbank Gelderland oordeelt dat de deelnemingsvrijstelling op de vergoeding van € 1,2 miljard niet van toepassing is, omdat de schadevergoeding niet is genoten uit hoofde van een deelneming, maar uit hoofde van wanprestatie met betrekking tot de overeenkomst. Bovendien is er volgens de Rechtbank geen sprake van een gesplitst belang. Dit deel van de schadevergoeding heeft meer weg van een schadevergoeding wegens wanprestatie met betrekking tot een overeenkomst dan van een schadevergoeding wegens onteigening. Dit deel van de schadevergoeding zou dan ook volgens de hiervoor behandelde schadevergoedingsleer moeten worden beoordeeld. Omdat reeds sprake was van een afgeronde overeenkomst, had de schadevergoeding volgens BNB 2017/11 onder de deelnemingsvrijstelling moeten vallen. Eiser is in hoger beroep gegaan.¹⁹⁸

Wat deze uitspraak ons leert met betrekking tot schadevergoedingen wegens onteigening van aandelen, is dat deze in principe onder de deelnemingsvrijstelling vallen aangezien dit in casu niet in geschil was. Wel gaat het slechts om een uitspraak van de rechtbank, waardoor aan deze uitspraak geen volledige zekerheid kan worden ontleend.

¹⁹⁶ Rechtbank Gelderland 17 maart 2016, V-N 2016/29.2.2.

¹⁹⁷ Rechtbank Gelderland 17 maart 2016, V-N 2016/29.2.2 r.o. 24.

¹⁹⁸ Rechtbank Gelderland 17 maart 2016, V-N 2016/29.2.2.

4.4.2 Bezitseis

- Onteigening van aandelenbelang

Indien sprake is van een onteigening van aandelen naar aanleiding waarvan de schadevergoeding wordt betaald, dan was er vóór deze onteigening sprake van een deelneming indien aan de voorwaarden van art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 is voldaan. Dat ten tijde van de betaling van de schadevergoeding geen deelneming meer bestaat omdat deze is onteigend, maakt niet uit voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Uit Rechtbank Gelderland 17 maart 2016 volgt dat de deelnemingsvrijstelling in dat geval gewoon van toepassing kan zijn. Bovendien volgt uit eerdere jurisprudentie waaronder het *earn-out* arrest¹⁹⁹, dat ook nagekomen voordelen die opkomen nadat de deelneming niet meer bestaat, alsnog onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen. Deze visie wordt bevestigd in de literatuur.²⁰⁰ Bovendien is een schadevergoeding voor de onteigening naar mijn mening vergelijkbaar met een vervreemdingswinst, die normaliter ook onder de deelnemingsvrijstelling valt.

- Onteigening van activa

Wanneer de activa van een deelneming worden onteigend, is het normaliter zo dat de deelneming zelf een schadevergoeding zal ontvangen. Bij internationale deelnemingen komt het echter vaak voor dat de gang naar de rechter in het land van de deelneming minder succesvol zal zijn door de verstoorde verhoudingen met de buitenlandse staat en door de mogelijk gebrekkige rechtsstaat. Hierdoor wordt vaak op grond van een BIT door de aandeelhouder een schadevergoeding gevorderd.²⁰¹ Hierbij is het de vraag of de door de aandeelhouder ontvangen schadevergoeding wegens de onteigening van activa bij de deelneming onder de deelnemingsvrijstelling valt. Aangezien sprake is van een deelneming bij de aandeelhouder, is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling in ieder geval aan de eis voldaan dat sprake moet zijn van een deelneming.²⁰² Omdat niet de aandelen, maar de activa zijn onteigend is het (in de meeste gevallen) ook niet zo dat het voordeel opkomt nadat de deelneming er niet meer is.

4.4.3 Causaliteitseis

Waar al gauw aan de bezitseis is voldaan in het geval van een onteigening, is dat voor de causaliteitseis minder snel het geval. Eerst behandel ik de causaliteitseis indien een aandelenbelang is onteigend, daarna indien activa zijn onteigend. Ten slotte ga ik in op de causaliteitseis indien de schadevergoeding wordt ontvangen uit hoofde van een verzekering.

- Onteigening van aandelenbelang

De vraag of een schadevergoeding wegens de onteigening van aandelen uit hoofde van een deelneming wordt ontvangen kan naar mijn mening bevestigend worden beantwoord. De

¹⁹⁹ HR 3 maart 1993, nr. 28.598, BNB 1993/180.

²⁰⁰ Schul & Knops 2015-2, p. 5.

²⁰¹ Schul & Knops 2015-2, p. 5.

²⁰² Schul & Knops 2015-2, p. 6.

schadevergoeding moet in dat geval worden gezien als een vergoeding voor de vervreemding van de deelneming en vervreemdingsvoordelen vallen normaliter ook onder de deelnemingsvrijstelling. Dit blijkt eveneens uit de uitspraak van Rechtbank Gelderland van 17 maart 2016, nu niet in geschil was of de ontvangen schadevergoeding voor de onteigende aandelen onder de deelnemingsvrijstelling viel.

- **Onteigening van activa**

Indien een schadevergoeding wordt ontvangen wegens de onteigening van activa van een deelneming, is naar mijn mening ook aan de causaliteitseis voldaan. Als de schadevergoeding aan de aandeelhouder wordt betaald als vergoeding voor de geleden schade van de deelneming, dan heeft dit namelijk veel weg van een verkapt dividend. Er is sprake van een bewuste bevoordeling van de aandeelhouder.²⁰³ De deelneming heeft de schade geleden, maar de aandeelhouder ontvangt de vergoeding.²⁰⁴ Verkapt dividend valt eveneens onder de deelnemingsvrijstelling.²⁰⁵ Deze opvatting wordt in de literatuur ondersteund.²⁰⁶ Ten aanzien van de causaliteitseis geldt bovendien dat de aandeelhoudersband de enige aanleiding vormt voor de moedermaatschappij om een schadevergoeding te eisen.²⁰⁷

Naast een vergoeding voor de geleden schade door de deelneming, is het ook mogelijk dat een vergoeding wordt uitgekeerd om de gemiste inkomsten afkomstig van de deelneming bij de aandeelhouder te compenseren. In dat geval moet worden beoordeeld of de schadevergoeding rechtstreeks voortkomt uit de deelneming.²⁰⁸ Naar mijn mening houdt in dat geval geen andere oorzaak meer verband met de schadevergoeding, dan het zijn van aandeelhouder. Dit betekent dat aan de causaliteitseis zou zijn voldaan.

- **Verzekeringssuitkering**

In het eerder aangehaalde besluit van 20 januari 2017 neemt de Staatssecretaris een standpunt in ten aanzien van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op uitkeringen van verzekeringen die het risico van een onteigening dekken. De Staatssecretaris geeft aan dat een dergelijke uitkering niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, omdat deze wordt veroorzaakt door de polis die de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekerde regelt. Hierdoor wordt het voordeel volgens de Staatssecretaris niet uit hoofde van een deelneming ontvangen, maar uit hoofde van het verzekeringscontract.²⁰⁹

Omdat het in dat geval gaat om betaling van een derde, wordt door de Redactie Vakstudienieuws geconcludeerd dat de betaling niet uit hoofde van een deelneming wordt ontvangen en dat het standpunt van de Staatssecretaris dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, juist is.²¹⁰ De

²⁰³ Bijvoorbeeld HR 30 december 1953, nr. 11.555, BNB 1954/61.

²⁰⁴ Wel kan worden gedacht aan een beperkte vergoeding voor de door de aandeelhouder verrichte diensten.

²⁰⁵ Martens 2017, p. 66.

²⁰⁶ Schul & Knops 2015-2, p. 7 en aantekening Redactie Vakstudienieuws bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, V-N 2016/47.10.

²⁰⁷ Martens 2017, p. 73.

²⁰⁸ HR 6 maart 1985, nr. 22.572, BNB 1985/200.

²⁰⁹ Besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, onderdeel 1.1.1.2.

²¹⁰ Aantekening Redactie Vakstudienieuws bij HR 23 september 2016, nr. 15/02428, V-N 2016/47.10.

verzekeringsuitkering kan naar mijn mening ook niet op grond van BNB 2017/11 onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. In dit arrest geeft de Hoge Raad expliciet aan dat de opsplitsing van het belang ook moet zijn beoogd.²¹¹ Dit is bij een verzekeringsovereenkomst niet het geval.²¹² Ook zonder deze voorwaarde ontstaat naar mijn mening geen opgesplitst belang, aangezien dit net als een pandrecht slechts een zekerheidsrecht is en omdat pas na onteigening een belang in de waardeveranderingen ontstaat. Concluderend valt een uitkering van een verzekering die het risico dekt van een onteigening volgens de huidige schadevergoedingsleer niet onder de deelnemingsvrijstelling.

4.4.4 Tussenconclusie

Schadevergoedingen op grond van onteigening kunnen voortkomen uit de onteigening van een aandelenbelang of uit de onteigening van activa van een deelneming. Met betrekking tot dit onderwerp bestaat weinig jurisprudentie, maar de uitspraak van Rechtbank Gelderland 17 maart 2016 geeft wel enige handvatten.

Aan de bezitseis is in zowel het geval van een onteigening van aandelen als bij de onteigening van activa voldaan. Indien de aandelen in een deelneming worden onteigend, heeft een deelneming bestaan waar de schadevergoeding verband mee houdt. Wat betreft de schadevergoeding wegens onteigening van activa geldt dat de deelneming in veel gevallen nog bestaat.

Rechtbank Gelderland oordeelt ten aanzien van het aandelenbelang van 21% dat niet is voldaan aan de bezitseis. Met het oog op BNB 2017/11 is dit naar mijn mening een onjuist standpunt. Waarschijnlijk had de Rechtbank na 2017/11 hier dan ook anders over geoordeeld, omdat de precontractuele fase reeds was afgerond.

Aan de causaliteitseis lijkt ook in de meeste gevallen te zijn voldaan. Bij onteigening van een aandelenbelang komt de schadevergoeding sterk overeen met een vervreemdingsvonnis. Bij onteigening van activa van de deelneming kan de schadevergoeding worden gezien als vergoeding voor de schade bij de deelneming. De vergoeding kan ook worden gezien als compensatie voor de gemiste inkomsten uit hoofde van de deelneming bij de aandeelhouder. In alle gevallen is naar mijn mening aan de causaliteitseis voldaan.

In het besluit van 20 januari 2017 neemt de Staatssecretaris het standpunt in dat een uitkering van een verzekering die het risico van een onteigening dekt niet onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling valt. De vergoeding wordt niet uit hoofde van een deelneming ontvangen en omdat geen opsplitsing is beoogd is er ook geen sprake van een opgesplitst belang.

²¹¹ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, r.o. 2.4.2.

²¹² Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.C.e.

4.5 Conclusie

Aan het begin van dit hoofdstuk is de volgende vraag gesteld: *Wat houdt de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling in?* Deze vraag is voor de verschillende, in hoofdstuk 2 behandelde, schadevergoedingen beantwoord. Bij de beantwoording van deze vraag is gebleken dat voor buitencontractuele schadevergoeding op grond van wanprestatie dezelfde schadevergoedingsleer geldt als voor contractuele schadevergoedingen.

Om de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen op schadevergoedingen moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: de bezitseis en de causaliteitseis. Ten aanzien van de causaliteitseis is BNB 1985/200 het basisarrest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op een schadevergoeding uit hoofde van schending van een aandeelhoudersovereenkomst, omdat de schadevergoeding niet uit hoofde van een deelneming was ontvangen. Naar mijn mening is dit een onjuist oordeel en wordt de schadevergoeding wel uit hoofde van deelneming ontvangen indien de schadevergoeding betrekking heeft op schending van een dergelijke aandeelhoudersovereenkomst.

In BNB 1997/286 oordeelde de Hoge Raad eveneens dat een schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling viel, maar in dit geval omdat nooit sprake was geweest van deelneming en dus niet was voldaan aan de bezitseis. In BNB 2017/11 kwam de Hoge Raad tot eenzelfde oordeel, maar werd onderbouwd wanneer op grond van een aandeelhoudersovereenkomst sprake kan zijn van een deelneming. In casu had de benadeelde aandeelhouder een voorkeursrecht op de aandelen die niet in zijn bezit waren. De andere aandeelhouder leefde deze overeenkomst niet na, op grond waarvan een schadevergoeding was verschuldigd. De Hoge Raad oordeelde dat er geen deelneming was, omdat er geen afgeronde overeenkomst was die zou leiden tot de overdracht van aandelen. De precontractuele fase was nog niet afgerond. In navolging van het Falcons-arrest heeft de Hoge Raad verdere uitleg gegeven wanneer sprake is van een deelneming op grond van een opgesplitst belang. Niet alleen moet de precontractuele fase zijn afgerond, ook moet het contract een opsplitsing van belang bewerkstelligen en moet dit tevens zijn beoogd. In casu was de precontractuele fase nog niet afgerond, waardoor de deelnemingsvrijstelling volgens de Hoge Raad niet van toepassing was. De Hoge Raad geeft aan dat de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing was geweest als de contractuele fase was afgerond en dus een deelneming op grond van een opgesplitst belang tot stand was gekomen.

De Hoge Raad gaat in BNB 2017/11 niet in op de causaliteitseis van BNB 1985/200, wat voor sommigen de reden is om te veronderstellen dat de Hoge Raad deze voorwaarde opzij zet. Naar mijn mening moet voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op schadevergoedingen nog steeds worden onderzocht of de schadevergoeding in rechtstreeks verband tot de deelneming staat. In veel schadevergoedingsgevallen oordeelde de rechter dat de schadevergoeding meer verband hield met de wanprestatie of overeenkomst dan met de deelneming. Naar mijn mening hoeft dit niet te betekenen dat een schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling valt en moet de causaliteitseis in deze gevallen vaak juist bevestigend worden beantwoord.

Ten aanzien van schadevergoedingen wegens onteigening gelden dezelfde twee voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Alhoewel nagenoeg geen jurisprudentie beschikbaar is met betrekking tot schadevergoedingen wegens onteigening, kan uit Rechtbank Gelderland 17 maart 2016 wel het een en ander worden opgemaakt. Bij schadevergoedingen wegens onteigening kan onderscheid worden gemaakt tussen onteigening van een aandelenbelang en onteigening van activa van een deelneming. In beide gevallen is meestal aan de bezitseis voldaan. In deze uitspraak oordeelde de Rechtbank ten aanzien van de bezitseis in strijd met BNB 2017/11, maar waarschijnlijk was dit niet het geval geweest indien het oordeel na BNB 2017/11 was geweest. Wat betreft de causaliteitseis geldt dat hier bij een schadevergoeding wegens onteigening van aandelen ook vaak aan is voldaan. De schadevergoeding is te vergelijken met een vervreemdingswinst en deze valt normaliter ook onder de deelnemingsvrijstelling. Bij schadevergoedingen wegens onteigening van activa geldt dat hier ook in meeste gevallen sprake is van causaliteit. Indien de schadevergoeding aan de aandeelhouder wordt betaald wegens de geleden schade bij de deelneming, is in feite sprake van verkapt dividend wat eveneens onder de deelnemingsvrijstelling valt. Als de schadevergoeding wordt betaald ter compensatie van de misgelopen winsten bij de aandeelhouder, dan is mijns inziens ook voldaan aan de causaliteitseis. De vergoeding staat in dat geval namelijk in een rechtstreeks verband tot de deelneming.

Ten slotte wat betreft verzekeringsuitkeringen wegens onteigening neemt de Staatssecretaris in het besluit van 20 januari 2017 het standpunt in dat een uitkering van een verzekering die het risico van een onteigening dekt niet onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling valt. De vergoeding wordt volgens de Staatssecretaris niet uit hoofde van een deelneming ontvangen en omdat geen opsplitsing is beoogd is ook geen sprake van een opgesplitst belang.

5. De schadevergoedingsleer getoetst

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de civielrechtelijke aspecten van verschillende schadevergoedingen die spelen in deelnemingsverhoudingen uitgewerkt, is de deelnemingsvrijstelling behandeld en is de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling onderzocht. In dit hoofdstuk wordt de schadevergoedingsleer getoetst aan de in dit onderzoek vastgestelde criteria voor goede regelgeving: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Dit wordt gedaan aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

Is de schadevergoedingsleer rechtmatig, doeltreffend en doelmatig?

Om deze vraag te beantwoorden worden eerst de vastgestelde criteria nader toegelicht om te bepalen op welke manier de schadevergoedingsleer aan deze criteria kan worden getoetst. Vervolgens worden verschillende aspecten van de schadevergoedingsleer aan deze criteria getoetst om te beoordelen of de schadevergoedingsleer inderdaad rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is.

5.2 Toetsingscriteria

De geselecteerde toetsingscriteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid volgen uit de nota Zicht op wetgeving van de Tweede Kamer uit het vergaderjaar 1990-1991.²¹³ In deze nota worden onder meer deze criteria genoemd als kwaliteitseisen voor het wetgevingsbeleid. De criteria doeltreffendheid en doelmatigheid worden bovendien genoemd door toenmalig staatssecretaris van Financiën Willem Vermeend als toetsingscriteria voor fiscale maatregelen.²¹⁴

5.2.1 Rechtmatigheid

Rechtmatigheid wordt in de nota Zicht op wetgeving gezien als de meest wezenlijke kwaliteitseis voor wetgeving.²¹⁵ Rechtmatigheid houdt in dat de regelgeving in lijn moet zijn met de geldende wet, waaronder de algemene rechtsbeginselen. Dit betekent dat de schadevergoedingsleer in ieder geval in lijn moet zijn met hetgeen is bepaald in art. 13 Wet Vpb 1969. Een van de algemene rechtsbeginselen waaraan moet zijn voldaan om te kunnen spreken van rechtmatigheid is het rechtszekerheidsbeginsel. Alhoewel eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid in de nota Zicht op wetgeving als aparte criteria worden genoemd, zie ik deze criteria als onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat het recht ondubbelzinnig, kenbaar en duidelijk moet zijn. Met dit beginsel is beoogd om aan belastingplichtigen de garantie te geven van gelijke behandeling van gelijke gevallen in de wet.²¹⁶ Om te bepalen of de schadevergoedingsleer rechtmatig is wordt getoetst of de

²¹³ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2.

²¹⁴ Vermeend 1996, p. 3.

²¹⁵ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 24

²¹⁶ Poelmann 2017, Cursus Belastingrecht FBR.4.1.1.B.

verschillende onderdelen van de schadevergoedingsleer in lijn zijn met de wet en of deze voldoen aan het rechtszekerheidsbeginsel.

5.2.2 Doeltreffendheid

Doeltreffendheid, of effectiviteit, houdt in dat de regelgeving tot het beoogde doel moet leiden.²¹⁷ In het tweede hoofdstuk is het doel en de grondslag van de deelnemingsvrijstelling behandeld. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het doel van de deelnemingsvrijstelling een combinatie is van het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte. Het doel van de deelnemingsvrijstelling is het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhoudingen. De verschillende onderdelen van de schadevergoedingsleer moeten bijdragen aan het bereiken van dit doel om doeltreffend te zijn.

5.2.3 Doelmatigheid

Doelmatigheid, of efficiëntie, houdt in dat de regelgeving niet tot een onredelijke verhouding mag leiden tussen de baten en lasten. Dit geldt voor zowel de samenleving als de overheid.²¹⁸ De vraag die hierbij moet worden beantwoord is of de kosten van het onderdeel van de regelgeving in lijn zijn met de opbrengsten. Dit wordt door gebrek aan kwantitatieve data op kwalitatieve wijze getoetst.

In het vervolg van dit hoofdstuk worden de verschillende aspecten van de schadevergoedingsleer die in het vorige hoofdstuk zijn besproken, getoetst aan de hiervoor toegelichte criteria. Zoals reeds in hoofdstuk 3 is gebleken, gelden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in beginsel twee voorwaarden: de bezitseis en de causaliteitseis. Ook in dit hoofdstuk wordt de schadevergoedingsleer aan de hand van deze twee voorwaarden getoetst. Eerst wordt de bezitseis behandeld en getoetst; daarna wordt de causaliteitseis besproken en getoetst en ten slotte wordt de evenwichtsgedachte van de schadevergoedingsleer behandeld en getoetst aan de vastgestelde criteria.

5.3 De bezitseis

Als eerste wordt de bezitseis getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Eerst gebeurt dit kort met de bezitseis in algemene zin, waarna de bezitseis bij een deelneming op grond van een opgesplitst belang uitgebreid wordt getoetst.

5.3.1 De bezitseis in algemene zin

De bezitseis houdt in dat voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling sprake moet zijn van een deelneming. De bezitseis volgt direct uit art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969. Aangezien de bezitseis ondubbelzinnig volgt uit de wet, lijkt de rechtmatigheid hiervan gegeven. Ten eerste is de bezitseis niet in strijd met de wet Vpb noch met andere regelgeving. Ten tweede voldoet de bezitseis in beginsel aan

²¹⁷ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 25.

²¹⁸ Kamerstukken II 1990/91, Nota zicht op wetgeving, 22 008, nr. 1-2, p. 25.

de voorwaarde van rechtszekerheid, omdat het voor eenieder ondubbelzinnig, duidelijk en kenbaar is dat sprake moet zijn van een deelneming voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Wat betreft de doeltreffendheid lijkt de bezitseis bij te dragen aan het doel van de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhouding. Zonder bezit van een deelneming is geen sprake van een deelnemingsverhouding. De bezitseis houdt nauw verband met zowel het ne-bis-in-idem-beginsel omdat winsten niet twee keer worden belast en bovendien met de verlengstukgedachte omdat beleggingen in beginsel worden uitgesloten. De bezitseis is concluderend dus doeltreffend.

Ten slotte is de bezitseis ook doelmatig. De kosten van de deelnemingsvrijstelling zijn in lijn met de voordelen voor het bedrijfsleven. Bovendien zijn de kosten en voordelen voor beide partijen redelijk, omdat reeds op het niveau van de deelneming belasting wordt betaald.

De bezitseis voldoet in algemene zin dus aan de in dit onderzoek gebruikte criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. In het Falcons-arrest en BNB 2017/11 die in dit onderzoek veelvuldig aan bod zijn gekomen, heeft de Hoge Raad de bezitseis echter uitgebreid voor deelnemingen op grond van een opgesplitst belang. In de volgende subparagraaf wordt de opgesplitst belang-leer bij schadevergoedingen getoetst aan de toetsingscriteria.

5.3.2 De opgesplitst belang-leer

In de schadevergoedingsleer is de deelnemingseis opgerekt naar de deelneming op grond van een opgesplitst belang. De deelneming op grond van het opgesplitst belang is ontstaan in het Falcons-arrest en houdt in dat er ook een deelneming kan zijn als slechts een deel van het economisch belang in bezit is.²¹⁹

In het Falcons-arrest is door de Hoge Raad beslist dat in het geval van call- en putopties een opgesplitst belang ontstaat. Het is nog wel de vraag in welke andere gevallen een dergelijke opsplitsing van belang zich kan voordoen. Uit latere jurisprudentie volgt dat ook opties op nieuw uitgegeven aandelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen.²²⁰ Bovendien heeft de Hoge Raad in BNB 2008/6 beslist dat de houder van een converteerbare obligatielening ook een deelneming kan hebben op grond van een opgesplitst belang.²²¹ Een converteerbare obligatielening vormt in wezen een optie op uit te geven aandelen. Van vruchtgebruik is onzeker of dit onder te toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan vallen, maar de verwachting is dat dit wel het geval is.²²² Een vruchtgebruiker heeft namelijk een economisch belang bij de aandelen uit hoofde van inkomsten uit de aandelen waar het vruchtgebruik op rust. Wat betreft pandrechten wordt er door verschillende auteurs van uit gegaan dat deze geen opgesplitst belang

²¹⁹ HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34.

²²⁰ HR 22 april 2005, nr. 40.562, BNB 2005/254.

²²¹ HR 12 oktober 2007, nr. 43.643, BNB 2008/6.

²²² Martens 2017, p. 11.

kunnen vormen voor de deelnemingsvrijstelling.²²³ Een pandrecht is slechts een zekerheidsrecht, waarbij pas een direct belang in de waardeverandering ontstaat nadat uitoefening mogelijk is.

In BNB 2017/11 heeft de Hoge Raad de Falconsdoctrines verder uitgewerkt en een aantal handvatten gegeven om te bepalen wanneer sprake is van een opgesplitst belang dat tot een deelneming kan leiden. Op basis van dit arrest kwam Knops tot vier voorwaarden, waarin ik mij kan vinden, voor het bestaan van een deelneming op grond van een opgesplitst belang:

- Het aanwezig zijn van een overeenkomst;
- Waarin sprake is van een opsplitsing van een belang;
- Waarbij het aandeel op zichzelf als deelneming zou kwalificeren;
- Waarbij deze opsplitsing beoogd is.²²⁴

De hiervoor geschetste opgesplitst belang-leer, wordt in het vervolg van deze paragraaf getoetst aan de toetsingscriteria.

Ten aanzien van het toetsingscriterium rechtmatigheid moet de opgesplitst belang-leer in lijn zijn met de wet. Bovendien moet de leer bijdragen aan de rechtszekerheid. Het opgesplitst belang vormt een verdere invulling van het begrip deelneming. Ten eerste strookt deze invulling mijns inziens niet met de gegeven definitie van het begrip deelneming in art. 13, lid 2, sub a, Wet Vpb 1969, aangezien geen sprake is van een aandeelhouder.²²⁵ Met het oog op de wettekst van art. 13 Wet Vpb 1969 voldoet de deelneming op grond van een opgesplitst belang dus niet aan het criterium rechtmatigheid. Het zou de rechtmatigheid ten goede komen als de wettekst wordt aangepast door ook de deelneming op grond van het gesplitst belang op te nemen.

Bovendien voldoet de opgesplitst belang-leer mijns inziens niet aan het algemene rechtsbeginsel van rechtszekerheid. Alhoewel de Hoge Raad door middel van BNB 2017/11 enige handvatten heeft gegeven om te bepalen of sprake is van een opgesplitst belang, is het in veel gevallen nog steeds onduidelijk wanneer sprake is van een opgesplitst belang dat kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling en wanneer niet. De voorwaarde dat er een afgeronde overeenkomst moet zijn en dat de precontractuele fase moet zijn afgesloten geeft mijns inziens voldoende rechtszekerheid, omdat wat betreft het afronden van een overeenkomst eenvoudig kan worden aangesloten bij het privaatrecht, wat in hoofdstuk 2 van dit onderzoek aan bod is gekomen. De voorwaarde dat sprake moet zijn van een opsplitsing van een belang leidt daarentegen tot meer problemen, omdat het onzeker is wanneer precies sprake is van een opsplitsing van het belang. Zoals is gebleken bestaat bijvoorbeeld onzekerheid of de rechten uit hoofde van vruchtgebruik of pandrecht een opgesplitst belang kunnen vormen zoals de Hoge Raad dat voor ogen heeft. Met het oog op de rechtszekerheid zou het goed zijn

²²³ Zie o.a. Martens 2017, p. 13 en Van de Streek 2017, Vpb Vpb.2.4.1.C.b6.

²²⁴ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, FED 2016/125 (noot Knops).

²²⁵ Art. 13, lid 2, sub a, Wet Vpb 1969: 'Van een deelneming is sprake indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.'

als een duidelijke richtlijn bestaat wanneer een opgesplitst belang zich voor kan doen in het kader van de deelnemingsvrijstelling. De derde voorwaarde, dat het aandeel op zichzelf als deelneming zou kwalificeren, is in lijn met de bezitseis en biedt voldoende rechtszekerheid. Wat betreft de laatste voorwaarde, dat de opsplitsing beoogd moet zijn, zijn mij geen gevallen bekend waarbij dit tot een ander resultaat zou leiden. Mocht de Hoge Raad specifieke gevallen voor ogen hebben, dan komt het de rechtszekerheid ten goede als hier enkele voorbeelden van worden gegeven.

De opgesplitst-belang leer voldoet concluderend mijns inziens niet aan het criterium rechtmatigheid. Ten eerste is de deelneming op grond van een opgesplitst belang niet opgenomen in de wettekst van art. 13 Wet Vpb 1969. Bovendien leidt de uitleg van de Hoge Raad uit BNB 2017/11 tot onvoldoende rechtszekerheid wat betreft de vraag wanneer precies sprake is een opgesplitst belang.

Het tweede criterium waar de opgesplitst belang-leer aan wordt getoetst is doeltreffendheid. De opgesplitst belang-leer moet bijdragen aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling om aan dit criterium te voldoen. Wat betreft de doeltreffendheid van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de deelneming op grond van het opgesplitst belang bestaat discussie. De Hoge Raad oordeelde in het Falcons-arrest dat de deelnemingsvrijstelling met het oog op het ne-bis-in-idem-beginsel moest worden toegestaan, omdat de deelnemingsvrijstelling ertoe strekt te voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken en toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een opgesplitst belang strookt met deze strekking. In de literatuur wordt gesteld dat de Hoge Raad het ne-bis-in-idem-beginsel te ver doortrekt, omdat niet is voldaan aan het kernelement van 'aandeelhouder zijn'.²²⁶ Mijns inziens past de Hoge Raad het ne-bis-in-idem-beginsel juist toe, aangezien ook de partij met het beperkte economische belang zijn resultaat behaalt over zijn belang in de onderneming waar reeds belasting over de winst is geheven. Door de deelnemingsvrijstelling ook toe te passen op het opgesplitst belang wordt bij alle belanghebbenden van een aandeel voorkomen dat dubbele heffing plaatsvindt. De opgesplitst belang-leer draagt naar mijn mening bij aan het behalen van de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling en dus is in beginsel aan het criterium doeltreffendheid voldaan.

Wat betreft de uit BNB 2017/11 af te leiden voorwaarden voor een opgesplitst belang dragen deze mijns inziens deels bij aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhoudingen. Zonder afgeronde overeenkomst is mijns inziens geen sprake van een deelneming, dus zou het niet doeltreffend zijn de deelnemingsvrijstelling wel toe te passen. Dit geldt ook voor de voorwaarde dat het aandeel op zichzelf als deelneming zou kwalificeren. De voorwaarde dat sprake moet zijn van een opsplitsing van een belang is naar mijn mening belangrijk voor het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling, omdat zonder opgesplitst belang niet bij twee partijen sprake kan zijn van een deelnemingsverhouding. Wel is het hiervoor van belang dat nader wordt gespecificeerd wanneer precies sprake is van opsplitsing van een belang. Ten slotte draagt de voorwaarde dat een opgesplitst belang

²²⁶ Tijsterman 2016, par. 2.6.8.

beoogd moet zijn naar mijn mening niet bij aan het behalen van de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Dit is met name omdat ik geen toepassingsmogelijkheden voor deze voorwaarde zie. Zoals in het vorige hoofdstuk is gebleken wordt door sommigen geopperd dat in het geval van een verzekeringsovereenkomst mogelijk een opgesplitst belang bestaat zonder deze voorwaarde. Mijns inziens ontstaat bij een dergelijk verzekeringscontract ook zonder deze voorwaarde geen opgesplitst belang, aangezien dit net als een pandrecht slechts een zekerheidsrecht is en omdat pas na onteigening een belang in de waardeveranderingen ontstaat.

Ten slotte wordt de opgesplitst belang-leer getoetst aan het criterium doelmatigheid. De vraag die hierbij moet worden beantwoord is of de kosten van het onderdeel van de regelgeving in lijn zijn met de opbrengsten. Net als bij de bezitseis kan worden geconcludeerd dat de kosten en opbrengsten niet onredelijk zijn. Het voordeel waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is reeds bij de deelneming belast en dus zou het onredelijk zijn om dit nogmaals te belasten. Wel bestaat nog veel onzekerheid over wanneer precies sprake is van een opgesplitst belang. Dit levert de maatschappij wel extra kosten op en dit efficiëntieverlies moet voorkomen zien te worden. De doelmatigheid van de opgesplitst belang-leer kan naar mijn mening worden verbeterd, door meer duidelijkheid te geven wanneer deze van toepassing is en wanneer niet.

In Rechtbank Gelderland 17 maart 2016 oordeelde de Rechtbank bij een schadevergoeding wegens onteigening overigens niet in lijn met de opgesplitst belang-leer die in BNB 2017/11 is ontstaan. Naar aanleiding van dit arrest had in die uitspraak van de Rechtbank de deelnemingsvrijstelling alsnog moeten worden toegepast op de deelneming op grond van het opgesplitste belang.

5.3.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf zijn de 'algemene' bezitseis en de opgesplitst belang-leer getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. De 'algemene' bezitseis voldoet aan het criterium rechtmatigheid, omdat de eis rechtstreeks volgt uit art. 13 Wet Vpb 1969. Daarnaast is gebleken dat de bezitseis ook doeltreffend is, omdat deze bijdraagt aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhoudingen. Ten slotte is de 'algemene' bezitseis ook doelmatig, aangezien de kosten en baten in evenwicht zijn.

Wat betreft de opgesplitst belang-leer kan worden geconcludeerd dat deze ten eerste niet voldoet aan het criterium rechtmatigheid. Het opgesplitst belang vormt een invulling van het begrip deelneming dat niet strookt met de definitie die in de wet is opgenomen. Bovendien voldoet de opgesplitst belang-leer niet aan het algemene rechtsbeginsel rechtszekerheid, omdat het in veel gevallen nog steeds onduidelijk is wanneer sprake is van een opgesplitst belang dat kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling en wanneer niet.

Daarnaast voldoet de opgesplitst belang-leer naar mijn mening in beginsel aan het criterium doeltreffendheid. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de Hoge Raad het ne-bis-in-idem-beginsel niet te ver doortrekt, maar ik ben van mening dat dat niet het geval is. Door toepassing van de

deelnemingsvrijstelling ook op een opgesplitst belang toe te laten, wordt het doel van de deelnemingsvrijstelling juist behaald omdat dubbele belastingheffing in deelnemingsverhoudingen in meer gevallen wordt voorkomen. Het is wellicht opvallend dat dit onderdeel van de schadevergoedingsleer niet rechtmatig wordt geacht en wel doeltreffend, maar dit komt door de invulling van de toetsingscriteria in dit onderzoek. Rechtmatigheid houdt in dat het onderdeel in lijn moet zijn met de letter van de wet, terwijl bij doeltreffendheid wordt onderzocht of het onderdeel in overeenstemming is met de geest van de wet.

Ten aanzien van de door de Hoge Raad opgestelde voorwaarden voor een opgesplitst belang kan de doeltreffendheid ten eerste worden verhoogd door meer duidelijkheid te verschaffen wanneer een opsplitsing van een belang zich precies voordoet. Ten tweede is de voorwaarde dat de opsplitsing moet zijn beoogd mijns inziens niet doeltreffend, omdat ik mij geen situaties kan voorstellen waarbij deze voorwaarde nodig is.

Ten slotte het criterium doelmatigheid. Bij dit criterium wordt getoetst of de kosten en baten met elkaar in verhouding zijn. Dit lijkt het geval te zijn, maar door eerdergenoemde onduidelijkheid treedt wel een efficiëntieverlies op wat kan worden voorkomen.

5.4 De causaliteitseis

De tweede voorwaarde voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling is dat het voordeel uit hoofde van een deelneming moet worden genoten. Deze voorwaarde volgt net als de deelnemingseis uit art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969. Niet alle resultaten die verband houden met een deelneming gelden als voordeel uit hoofde van een deelneming. Hiervoor is het vereist dat een rechtstreeks of causaal verband bestaat tussen het voordeel en de deelneming. In het vervolg van deze paragraaf wordt de causaliteitseis onder de schadevergoedingsleer getoetst.

5.4.1 Is de causaliteitseis nog van belang?

Wat betreft de causaliteitseis onder de schadevergoedingsleer is het ten eerste de vraag of deze nog geldt na BNB 2017/11. De Hoge Raad heeft in BNB 1985/200 toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een ontvangen schadevergoeding verworpen, omdat niet aan de causaliteitseis was voldaan. In de literatuur wordt betoogd dat het arrest BNB 1985/200 reeds door het Falcons-arrest opzij was gezet. Dit is naar mijn mening echter onterecht omdat BNB 1985/200 ziet op de causaliteitseis en het Falcons-arrest op de deelnemingseis. In BNB 2017/11 wordt de causaliteitseis door de Hoge Raad niet behandeld, wat voor sommigen aanleiding is om te menen dat de Hoge Raad terugkomt van zijn besluit in BNB 1985/200 en dat de causaliteitsvraag niet meer beantwoord hoeft te worden.²²⁷ Ik ben van mening dat dit niet het geval is, omdat de Hoge Raad in BNB 2017/11 niet aan de causaliteitsvraag toekwam aangezien niet aan de deelnemingseis was voldaan. Bovendien is de causaliteitseis mijns

²²⁷ O.a. BNB 2017/11 (noot Egelie), FED 2016/125 (noot Knops) en Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.C.c4.

inziens een essentieel onderdeel van de deelnemingsvrijstelling. Egelie koestert de hoop dat de Hoge Raad de causaliteitsgedachte niet ten grave heeft willen dragen.²²⁸

Om te kunnen beoordelen of de causaliteitseis wel of niet van belang is voor de schadevergoedingsleer, toets ik deze aan de in dit hoofdstuk centraal staande criteria: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid.

De causaliteitseis wordt getoetst aan het criterium rechtmatigheid door te bepalen of deze in lijn is met de wet en voldoet aan het algemene rechtsbeginsel van rechtszekerheid. Ten eerste kan worden geconcludeerd dat de causaliteitseis volgt uit de wettekst van art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969: *'(alle) voordelen uit hoofde van een deelneming alsmede (alle) kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming'*. Aangezien de causaliteitseis letterlijk in de wettekst is opgenomen, voldoet toepassing van de eis mijns inziens aan het rechtmatigheidscriterium. Het loslaten van de causaliteitseis is niet in lijn met de wettekst en in dat geval wordt naar mijn mening ook niet aan het criterium rechtmatigheid voldaan.

Ten aanzien van het algemene rechtsbeginsel rechtszekerheid geldt dat de regelgeving ondubbelzinnig, duidelijk en kenbaar moet zijn. Zolang onzekerheid bestaat over de vraag of de causaliteitseis wel of niet van belang is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op schadevergoedingen, is dit niet het geval. Zoals gezegd kan uit BNB 1985/200 worden afgeleid dat dit wel het geval is, terwijl sommigen op grond van BNB 2017/11 stellen dat dit niet meer zo is. Doordat de Hoge Raad zich hier niet expliciet over uitlaat ontstaat onzekerheid, zo blijkt uit de literatuur.²²⁹ Mijns inziens had expliciet gemeld moeten worden dat de causaliteitseis nog steeds van toepassing is, omdat in dat geval aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan.

De toets van het toepassen van de causaliteitseis aan het criterium doeltreffendheid gebeurt door vast te stellen of toepassing van de causaliteitseis bijdraagt aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Het doel van de deelnemingsvrijstelling is in hoofdstuk 3 vastgesteld als een combinatie van het ne-bis-in-idem-beginsel en de verlengstukgedachte: het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhoudingen. Hiervoor is het van essentieel belang dat het ontvangen voordeel voortkomt uit de deelnemingsverhouding en niet uit een andere verhouding. Derhalve is het om het doel van de deelnemingsvrijstelling te bereiken van belang dat een causaal verband bestaat tussen de deelneming en het ontvangen voordeel. Toepassing van de causaliteitseis is mijns inziens dan ook in lijn met het criterium doeltreffendheid. Als de causaliteitseis wordt losgelaten, wordt in strijd met dit criterium gehandeld.

Ten slotte wordt toepassing van de causaliteitseis aan het criterium rechtmatigheid getoetst. Om aan dit criterium te voldoen moet de causaliteitseis niet leiden tot onredelijke voor- of nadelen voor betrokken partijen. Naar mijn mening is het niet onredelijk dat voordelen slechts onder de deelnemingsvrijstelling

²²⁸ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (noot Egelie).

²²⁹ O.a. BNB 2017/11 (noot Egelie), FED 2016/125 (noot Knops) en Van de Streek 2017, Vpb.2.4.4.C.c4.

vallen wanneer deze voortkomen uit hoofde van een deelneming. Door onzekerheid of de causaliteitseis moet worden toegepast is wel sprake van een efficiëntieverlies, wat voorkomen kan worden.

Aangezien toepassing van de causaliteitseis zowel rechtmatig, doeltreffend als doelmatig is, is mijns inziens gegeven dat de eis een essentiële voorwaarde voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is. Het lijkt mij dan ook belangrijk dat de Hoge Raad in een volgend arrest expliciet aangeeft dat dit inderdaad het geval is. Indien de Hoge Raad in een volgend arrest de causaliteitseis expliciet opzijzet, komt de rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van de schadevergoedingsleer in het geding.

5.4.2 Wanneer is voldaan aan de causaliteitseis

De vervolgvraag die opkomt met betrekking tot de causaliteitseis onder de schadevergoedingsleer, is wanneer precies sprake is van een causaal verband. Er van uitgaande dat de causaliteitsvraag nog steeds van belang is, moet worden bepaald wanneer onder de schadevergoedingsleer sprake is van een voordeel uit hoofde van een deelneming. Eerst wordt besproken wanneer dat volgens de schadevergoedingsleer het geval is, vervolgens wordt getoetst of dat rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is. Dit wordt eerst gedaan voor schadevergoedingen die ontstaan wegens schending van (aandeelhouders-)overeenkomsten en daarna voor schadevergoedingen en verzekeringsuitkeringen wegens onteigening.

- Schadevergoeding uit hoofde van een (aandeelhouders-)overeenkomst

Zoals eerder is opgemerkt is het lastig om een algemene lijn in de jurisprudentie te herkennen. In BNB 1985/200 oordeelde de Hoge Raad dat de schadevergoeding niet werd ontvangen uit hoofde van een deelneming, maar uit hoofde van wanprestatie bestaande uit het niet voldoen aan de verplichtingen van de koopovereenkomst. De Hoge Raad kwam in BNB 2005/372 ook tot het oordeel dat een schadevergoeding niet onder de deelnemingsvrijstelling viel. In dit arrest kwam de schadevergoeding voort uit een aandeelhoudersovereenkomst, waarin was vastgelegd dat een vergoeding moest worden betaald als de winst tegen zou vallen. De Hoge Raad oordeelde dat de vergoeding meer verband hield met de marktpositie van de aandeelhouder, dan met het aandeelhouderschap. In BNB 2017/11 oordeelde de Hoge Raad dat de schadevergoeding die werd ontvangen op grond van schending van een voorkeursovereenkomst niet onder de deelnemingsvrijstelling viel. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel omdat er nog geen perfecte overeenkomst was. In navolging van het Hof oordeelde de Hoge Raad bovendien dat de schadevergoeding geen verband hield met het 50%-aandelenbelang dat reeds in bezit van belanghebbende was. Wel stelt de Hoge Raad dat indien in BNB 2017/11 aan de bezitseis was voldaan, de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing was geweest. Hiermee lijkt de Hoge Raad anders dan in BNB 1985/200 te beslissen dat wel aan de causaliteitseis is voldaan.

- Rechtmatigheid

Dat in de huidige jurisprudentie moeilijk een vaste lijn is te herkennen als het gaat om de vraag wanneer aan de causaliteitseis is voldaan, maakt het lastig om dit aan de toetsingscriteria te toetsen. Om dat te

bewerkstelligen geef ik eerst aan wanneer mijns inziens aan de criteria wordt voldaan. Ten eerste wordt dit gedaan voor het criterium rechtmatigheid. Het criterium rechtmatigheid houdt in dat de regelgeving in lijn met de wet moet zijn en in lijn met het algemene rechtsbeginsel rechtszekerheid. In art. 13 Wet Vpb staat wat betreft de causaliteitseis slechts dat sprake moet zijn van een voordeel uit hoofde van een deelneming. Om te bepalen of hieraan wordt voldaan is het ten eerste van belang om te bepalen wat de werkelijke oorzaak is van de schadevergoeding. Vervolgens moet worden vastgesteld of de deelneming de oorzaak is van de schadevergoeding. Snel noemt dit het veroorzakingsbeginsel.²³⁰

Naar mijn mening wordt een schadevergoeding als in BNB 1985/200 wegens de schending van een koopovereenkomst van een deelneming veroorzaakt door het bestaan van die koopovereenkomst en dus door het bestaan van die deelneming in de zin van de opgesplitst belang-leer. Zonder het bestaan van die koopovereenkomst en de deelneming was de schadevergoeding nooit betaald. De schadevergoeding is in casu een vergoeding voor de misgelopen toekomstige inkomsten op een bestaande deelneming en wordt daarom veroorzaakt door het aandeelhouderschap in die deelneming. De schadevergoeding uit BNB 2017/11 wordt mijns inziens niet veroorzaakt door het aandeelhouderschap in de reeds bestaande deelneming. De schadevergoeding wordt betaald wegens de schending van een voorkeursrecht op aandelen die nog niet in bezit waren en die ook nog geen deelneming vormden. In dat geval wordt de schadevergoeding niet veroorzaakt door het aandeelhouderschap, maar door het hebben van een voorkeursrecht op aandelen. Dit verband staat naar mijn mening te ver weg van het aandeelhouderschap om te spreken van een voordeel uit hoofde van een deelneming. Het is hiervoor niet voldoende dat sprake is van een dergelijke conditio sine qua non. De schadevergoeding in BNB 2005/372 valt naar mijn mening terecht niet onder de deelnemingsvrijstelling. De schadevergoeding is namelijk een compensatie van winsten die de deelneming achteraf juist niet heeft verdiend. Hier is dan ook niet eerder belasting over betaald op het niveau van de deelneming. De causaliteit tussen de deelneming en de schadevergoeding is hier onvoldoende aanwezig.

Concluderend is mijns inziens voldaan aan de causaliteitseis als de aandeelhoudersovereenkomst in rechtstreekse verbinding staat tot het aandelenbezit dat de deelneming vormt, omdat de schadevergoeding in dat geval een compensatie vormt voor de misgelopen toekomstige inkomsten uit die deelneming. Als de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst ziet op andere aandelen dan de aandelen die de deelneming vormen, zoals bij een voorkeursrecht, is naar mijn mening niet voldaan aan het veroorzakingsbeginsel. Schul en Knops zijn van mening dat in beide bovenstaande gevallen aan de causaliteitseis is voldaan.²³¹ Snel denkt daar hetzelfde over.²³² Bij schending van een voorkeursrecht menen zij dat de schadevergoeding onlosmakelijk is verbonden met het aandelenbezit in de vennootschap, terwijl ik van mening ben dat een dergelijke conditio sine qua non onvoldoende is om te spreken van causaliteit.

²³⁰ Snel 2014, p. 1-2.

²³¹ Schul & Knops 2015-1, p. 6.

²³² Snel 2014, p. 3.

In mijn ogen is dit de causaliteitseis zoals die in art. 13 Wet Vpb 1969 wordt bedoeld. Dit betekent dat slechts aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan als de schadevergoedingsleer deze voorwaarden aanhoudt. In BNB 1985/200 is dit expliciet niet het geval. Het lijkt dat de Hoge Raad in BNB 2017/11 wel van mening is dat is voldaan aan de causaliteitseis op basis van bovenstaande causaliteit. Omdat dit echter niet expliciet wordt genoemd, blijft dit speculeren. Indien de Hoge Raad inderdaad in BNB 2017/11 van oordeel is dat aan de causaliteitseis is voldaan en als de Hoge Raad daarmee terugkomt van BNB 1985/200 is naar mijn mening in beginsel aan het criterium rechtmatigheid voldaan. Als dat niet het geval is, dan is mijn oordeel op grond van BNB 1985/200 dat niet aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan.

Dat naar mijn mening slechts 'in beginsel' aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan indien de Hoge Raad de causaliteitseis toepast zoals hierboven beschreven, komt doordat het algemene rechtsbeginsel rechtszekerheid onderdeel uitmaakt van het door mij vastgestelde criterium rechtmatigheid. Dit beginsel houdt in dat de regeling ondubbelzinnig, duidelijk en kenbaar moet zijn. Zoals is gebleken is de regelgeving op het moment onduidelijk en niet kenbaar, waardoor geen sprake is van rechtszekerheid. Slechts als duidelijkheid wordt geschept over de manier waarop de causaliteitseis in schadevergoedingsgevallen moet worden toegepast kan naar mijn mening aan het criterium rechtmatigheid zijn voldaan.

- Doeltreffendheid

Het tweede criterium waaraan wordt getoetst is doeltreffendheid. Bij rechtmatigheid is al enigszins ingegaan op de vraag wat het doel is van de causaliteitseis, aangezien onduidelijk was wat de schadevergoedingsleer op dat punt precies inhoudt. Om aan het criterium doeltreffendheid te voldoen, moet de regeling bijdragen aan het bereiken van het doel van die regeling. Om te bepalen of het bijdraagt aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling dat een schadevergoeding uit hoofde van een deelneming wordt geacht te zijn ontvangen, moet naar mijn mening worden bepaald of de vergoeding verband houdt met gemiste winst uit een deelneming. De winst die wordt gemist, zou normaliter namelijk ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen op grond van het doel van de deelnemingsvrijstelling: het voorkomen van dubbele belastingheffing over dezelfde inkomensbestanddelen in deelnemingsverhoudingen. In het geval van schending van een koopovereenkomst of een aandeelhoudersovereenkomst die betrekking heeft op een reeds bestaande deelneming, is de schadevergoeding een vergoeding voor de misgelopen winst en hoort deze volgens het doel van de deelnemingsvrijstelling te worden vrijgesteld. De schadevergoeding die wordt ontvangen wegens de schending van een voorkeursrecht behoort mijns inziens op grond van het doel van de deelnemingsvrijstelling niet te worden vrijgesteld. Die vergoeding ziet namelijk op gemiste toekomstige winsten uit hoofde van aandelen die niet tot een deelneming behoren. Snel is daarentegen van mening dat ook de vergoeding wegens schending van een voorkeursrecht verband houdt met het missen van winst in een toekomstige dochtervennootschap. Hij stelt dat op grond van de ratio van de

deelnemingsvrijstelling een dergelijke vergoeding wel onder de deelnemingsvrijstelling valt.²³³ Net als bij de toets aan het criterium rechtmatigheid geldt dat de schadevergoedingsleer op dit gebied onduidelijkheid oplevert.

Concluderend wordt naar mijn mening aan het criterium doeltreffendheid voldaan als de schadevergoeding onder de deelnemingsvrijstelling valt indien deze verband houdt met gemiste toekomstige winst uit een bestaande deelneming. In BNB 1985/200 oordeelt de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, ondanks dat gemiste toekomstige winst uit een bestaande deelneming wordt gecompenseerd. In BNB 2017/11 oordeelt de Hoge Raad dat geen deelneming bestaat, maar dat de winst anders wel onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen. Dit laatste oordeel voldoet naar mijn mening aan het criterium doeltreffendheid, maar zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich hier verder niet expliciet over uitgelaten. Mocht blijken dat de Hoge Raad de schadevergoedingsleer als in BNB 1985/200 en BNB 2005/372 nog hanteert, is naar mijn mening niet aan het criterium doeltreffendheid voldaan.

- Doelmatigheid

Het laatste criterium waaraan dit onderdeel van de schadevergoedingsleer wordt getoetst is doelmatigheid. Aan dit criterium wordt voldaan indien de kosten en baten van de regelgeving in balans zijn. Zoals is gebleken bestaat nog veel onduidelijkheid over wat de schadevergoedingsleer precies inhoudt. Naar mijn mening zijn de kosten en baten met elkaar in balans indien blijkt dat de Hoge Raad in BNB 2017/11 inderdaad is omgegaan wat betreft toepassing van de causaliteitseis op schadevergoedingen. Indien de leer van BNB 1985/200 nog blijkt te gelden op dit gebied, worden belastingplichtigen naar mijn mening onredelijk benadeeld en wordt niet aan het criterium doelmatigheid voldaan. Op het moment wordt naar mijn mening niet aan het criterium doelmatigheid voldaan doordat de huidige onzekerheid een groot efficiëntieverlies met zich meebrengt.

Concluderend blijkt de schadevergoedingsleer op het gebied van de uitwerking van de causaliteitseis bij schadevergoeding uit hoofde van een overeenkomst nog erg onduidelijk. Hierdoor is toetsing aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid niet gemakkelijk. Naar mijn mening is aan de criteria voldaan indien blijkt dat de schadevergoedingsleer op dit punt blijkt te zijn gewijzigd naar aanleiding van BNB 2017/11. Een schadevergoeding staat naar mijn mening in causaal verband tot de deelneming, zolang deze strekt ter vergoeding van gemiste toekomstige winst uit hoofde van een deelneming. Zolang sprake is van een deelneming, wordt naar mijn mening ook aan de causaliteitseis voldaan bij schadevergoedingen uit hoofde van een overeenkomst. In BNB 1985/200 en BNB 2005/372 oordeelde de Hoge Raad dat niet aan de causaliteitseis werd voldaan, omdat de schadevergoeding slechts uit hoofde van de overeenkomst werd ontvangen en niet uit hoofde van de deelneming. Naar mijn mening is dit een onjuist oordeel en wordt de schadevergoeding tevens uit hoofde van een deelneming ontvangen. De huidige onduidelijkheid komt de rechtmatigheid, doeltreffendheid en de

²³³ Snel 2014, p. 3.

doelmatigheid niet ten goede. Het is voor de rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid derhalve van essentieel belang dat expliciet wordt uitgesproken dat schadevergoedingen die dienen ter compensatie van gemiste winsten van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling vallen, zoals in BNB 2017/11 het geval lijkt te zijn.

- **Onteigening**

In dit onderdeel wordt de invulling van de causaliteitseis bij schadevergoedingen wegens onteigening getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Eerst gebeurt dit voor schadevergoedingen wegens de onteigening van activa of aandelen van een deelneming. Vervolgens wordt getoetst voor de uitkeringen van confiscatieverzekeringen.

Een schadevergoeding die wordt ontvangen wegens de onteigening van de aandelen of activa in een deelneming staat zonder twijfel in causaal verband tot het aandeelhouderschap. De ontvangen vergoeding is in feite een vergoeding voor de vervreemding van de aandelen of activa in die deelneming en wordt dan ook uit hoofde van een deelneming ontvangen. In Rechtbank Gelderland 17 maart 2016 is dit ook niet in geding. Daarnaast zijn ook Schul en Knops van mening dat in die gevallen aan de causaliteitseis is voldaan.²³⁴ Dit is in lijn met de wettekst van art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969 en bovendien bestaat hier weinig twijfel over, waardoor tevens is voldaan aan het algemene rechtsbeginsel rechtszekerheid. Derhalve is op dit vlak sprake is van rechtmatige regelgeving.

Om te bepalen of wordt voldaan aan het criterium doeltreffendheid moet de schadevergoedingsleer op dit onderdeel bijdragen aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Dit lijkt mij het geval omdat op deze manier niet dubbel wordt geheven over dezelfde inkomensbestanddelen binnen deelnemingsverhoudingen. De schadevergoeding strekt ter compensatie van de misgelopen toekomstige winsten die anders door de onteigende dochter zouden zijn uitgekeerd. Deze winsten zijn bij de dochter ook reeds belast, waardoor het in lijn met het doel van de deelnemingsvrijstelling is om de schadevergoeding vrij te stellen.

Ten slotte wordt getoetst aan doelmatigheid. Om aan dit criterium te voldoen moeten de kosten en baten die opkomen door de regelgeving in balans zijn. Dit lijkt het geval en bovendien is de regelgeving op dit punt duidelijk, waardoor geen efficiëntieverlies optreedt. Op dit punt is de schadevergoedingsleer dus rechtmatig, doeltreffend en doelmatig.

- **Verzekeringssuitkering**

Een verzekeringssuitkering wegens de onteigening van een deelneming valt volgens de Staatssecretaris niet onder de deelnemingsvrijstelling omdat niet aan de causaliteitseis is voldaan.²³⁵ Niet het aandeelhouderschap, maar het verzekeringscontract roept namelijk het voordeel op. Ook dit onderdeel

²³⁴ Schul & Knops 2015-2, p. 5.

²³⁵ Besluit van 20 januari 2017, BKLB2016/803M, p. 2.

van de schadevergoedingsleer wordt getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid.

Om te beoordelen of dit een rechtmatig standpunt is, moet worden gekeken of dit in lijn met de wet is en bovendien moet het rechtszekerheid bieden. Om te beoordelen of dit standpunt in lijn is met de wet, moet worden beoordeeld of inderdaad niet aan de causaliteitseis wordt voldaan. De bron van de betaling is in dergelijke gevallen het verzekeringscontract, zoals de Staatssecretaris opmerkt. Het is echter de vraag of dit ook de daadwerkelijke oorzaak is. Het verzekeringscontract is gesloten wegens het bestaan van een deelneming en de schade die wordt vergoed is misgelopen toekomstige winst die de dochter normaliter aan de moeder had uitgekeerd. De schade die wordt vergoed komt derhalve voort uit hoofde van de deelneming. Snel kan geen conclusie trekken over de oorzaak van het voordeel, maar ik ben van mening dat de oorzaak ligt bij het bestaan van de deelneming.²³⁶ Zonder het bestaan van de deelneming was er geen verzekeringscontract geweest en het verzekeringscontract strekt ter vergoeding van schade geleden op de deelneming. Dit betekent naar mijn mening dat de vergoeding uit hoofde van een deelneming wordt ontvangen. Dat de verzekeringsuitkering niet onder de deelnemingsvrijstelling zou vallen voldoet naar mijn mening dan ook niet aan het criterium rechtmatigheid. Het standpunt van de Staatssecretaris is wel ondubbelzinnig, duidelijk en kenbaar, waardoor het wel tot rechtszekerheid leidt. Alhoewel dit ook in twijfel kan worden getrokken, omdat de houdbaarheid van het standpunt naar mijn mening beperkt is.

Wat betreft de doeltreffendheid geldt dat de schadevergoeding door de verzekeringsmaatschappij wordt betaald aan de moedermaatschappij en dus onmogelijk bij de dochter in de heffing wordt betrokken. Hierdoor is geen sprake van dubbele heffing in een deelnemingsverhouding die moet worden voorkomen. Met het oog op het doel van de deelnemingsvrijstelling lijkt de verzekeringsuitkering in beginsel niet onder de deelnemingsvrijstelling te vallen. Zoals gezegd moet de uitkering echter worden gezien als een compensatie voor de misgelopen toekomstige winst van de dochtermaatschappij. Aangezien bij de dochtermaatschappij wel reeds belasting is geheven over de behaalde winst, zou het in dat opzicht wel logisch zijn om de deelnemingsvrijstelling toe te passen vanuit de gedachte van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Zowel Snel als Schul en Knops zijn van mening dat het niet in lijn met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling ligt om verzekeringsuitkeringen vrij te stellen.^{237 238} Ik ben echter van mening dat het wel in lijn is met de doelstelling om de verzekeringsuitkering onder de deelnemingsvrijstelling te laten vallen. Alhoewel de inkomsten niet feitelijk worden betaald door de dochtermaatschappij, worden deze wel betaald ter compensatie van misgelopen toekomstige winsten van die dochtermaatschappij. Deze compensatie zal dusdanig zijn ingestoken dat de hoogte hiervan wordt bepaald op het bedrag dat de dochtermaatschappij zou hebben uitgedeeld na belastingheffing. Mijns inziens wordt dan ook niet aan het criterium doeltreffendheid voldaan.

²³⁶ Snel 2014, p. 2.

²³⁷ Snel 2014, p. 2.

²³⁸ Schul & Knops 2015-1, p. 6.

Aangezien naar mijn mening het standpunt van de Staatssecretaris niet rechtmatig en doeltreffend is, omdat een causaal verband bestaat tussen de verzekeringsuitkering en de (gemiste winst van de) deelneming, is dit standpunt ook niet doelmatig. Het standpunt van de Staatssecretaris levert naar mijn mening een onredelijk nadeel op voor belastingplichtigen. Concluderend voldoet het standpunt van de Staatssecretaris naar mijn mening niet aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid.

5.4.3 Tussenconclusie

In deze paragraaf is getoetst of de causaliteitseis in de schadevergoedingsleer voldoet aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Eerst is onderzocht of toepassing van de causaliteitseis aan deze criteria voldoet en vervolgens is hetzelfde gedaan voor de invulling van de causaliteitseis.

Na BNB 2017/11 is de vraag opgekomen of de causaliteitseis in de schadevergoedingsleer nog van belang is. Naar mijn mening is dit nog steeds het geval, omdat anders niet wordt voldaan aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Toepassing van de causaliteitseis is rechtmatig omdat deze letterlijk volgt uit de wettekst van art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969. In de huidige situatie kan echter niet worden gesteld dat aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan, omdat geen rechtszekerheid bestaat over de toepassing van de causaliteitseis.

Toepassing van de causaliteitseis is bovendien doeltreffend, omdat de causaliteitseis bijdraagt aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Het doel om inkomensbestanddelen in deelnemingsverhouding vrij te stellen kan slechts worden bereikt indien de inkomensbestanddelen in causaal verband staan tot de deelneming.

Ten slotte is toepassing van de causaliteitseis ook doelmatig, omdat toepassing niet leidt tot een onbalans tussen de kosten en baten van de deelnemingsvrijstelling. Door de bestaande onzekerheid ontstaat wel een efficiëntieverlies. Naar mijn mening is toepassing van de causaliteitseis derhalve rechtmatig, doeltreffend en doelmatig en daarmee essentieel voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Wat betreft de vraag wanneer is voldaan aan de causaliteitseis in het geval van schadevergoedingen uit hoofde van een overeenkomst is het lastig om een algemene lijn te herkennen in de jurisprudentie. Dit maakt het ook lastig om te toetsen of de schadevergoedingsleer op dit punt rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is. Wat betreft de schadevergoedingen die worden betaald wegens schending van een (aandeelhouders-)overeenkomst heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen. Wat betreft de rechtmatigheid geldt mijns inziens dat het rechtmatig is om de deelnemingsvrijstelling toe te passen als aan de causaliteitseis is voldaan, wat inhoudt dat de deelneming de oorzaak van de vergoeding is. Naar mijn mening is aan de causaliteitseis voldaan als de aandeelhoudersovereenkomst in rechtstreekse verbinding staat tot het aandelenbezit dat de deelneming vormt. Bovendien moet de schadevergoeding worden gezien als een compensatie van misgelopen toekomstige winsten uit hoofde van die deelneming. Als de inhoud van de aandeelhoudersovereenkomst ziet op andere aandelen dan de

aandelen die de deelneming vormen, zoals bij een voorkeursrecht, is niet voldaan aan de causaliteitseis die volgt uit art. 13, lid 1, Wet Vpb 1969. Ook als de schadevergoeding achteraf wordt betaald ter compensatie van niet betaalde winsten, is niet aan de causaliteitseis voldaan. De schadevergoeding wordt dan slechts uit hoofde van de overeenkomst ontvangen, zoals in BNB 2005/372 het geval is. Het lijkt dat de Hoge Raad in BNB 2017/11 van mening is dat wordt voldaan aan de causaliteitseis op basis van bovenstaande causaliteit. Omdat dit echter niet expliciet wordt genoemd, blijft dit onzeker. Indien de Hoge Raad inderdaad in BNB 2017/11 van oordeel is dat aan de causaliteitseis is voldaan en als de Hoge Raad daarmee terugkomt van BNB 1985/200 is naar mijn mening in beginsel aan het criterium rechtmatigheid voldaan. Als dat niet het geval is, dan is mijn oordeel op grond van BNB 1985/200 dat niet aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan. Door de onzekerheid waar dit onderdeel mee gepaard gaat, is geen sprake van rechtszekerheid. Slechts als expliciet duidelijk wordt dat de Hoge Raad in BNB 2017/11 is omgegaan ten opzichte van BNB 1985/200 wordt aan het criterium rechtmatigheid voldaan.

Het tweede criterium waar de uitwerking van de causaliteitsvraag onder de schadevergoedingsleer aan is getoetst, is doeltreffendheid. Net als bij de toets op rechtmatigheid, is de invulling van dit criterium afhankelijk van het oordeel van de Hoge Raad in BNB 2017/11. Indien de Hoge Raad inderdaad in dat arrest om is gegaan, dan draagt de schadevergoedingsleer op dit onderdeel bij aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling en wordt aan het criterium doeltreffendheid voldaan. Mocht blijken dat de Hoge Raad de schadevergoedingsleer als in BNB 1985/200 en BNB 2005/372 nog hanteert, is naar mijn mening niet aan het criterium doeltreffendheid voldaan.

Het laatste criterium waar dit deel van de schadevergoeding aan is getoetst is doelmatigheid. Net als bij rechtmatigheid en doeltreffendheid is naar mijn mening aan het criterium voldaan indien de Hoge Raad blijkt te zijn omgegaan in BNB 2017/11. In dat geval zijn de kosten en baten van de deelnemingsvrijstelling op dit punt met elkaar in balans. Op het moment is dat echter nog onzeker. Deze onzekerheid zorgt voor een groot efficiëntieverlies, waardoor niet aan het criterium doelmatigheid wordt voldaan.

Vervolgens is de invulling van de causaliteitseis in het kader van schadevergoedingen wegens onteigening van aandelen of activa van een deelneming getoetst aan de drie toetsingscriteria. De schadevergoedingsleer bestaat op dit gebied met name uit een uitspraak van de Rechtbank Gelderland. Op dit punt blijkt dat de schadevergoedingsleer voldoet aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Bij schadevergoedingen die strekken ter vergoeding van de schade bij onteigening van aandelen of activa van een deelneming geldt dat de causaliteitseis rechtmatig, doeltreffend en doelmatig uitwerkt in de schadevergoedingsleer.

Bij verzekeringsuitkeringen wegens onteigening is het standpunt van de Staatssecretaris in het besluit van 20 januari 2017 getoetst. Volgens de Staatssecretaris vallen dergelijke uitkeringen niet onder de deelnemingsvrijstelling omdat niet aan de causaliteitseis is voldaan. Naar mijn mening is dit niet in lijn met art. 13, lid 1, Wet Vpb, omdat wel aan de causaliteitseis wordt voldaan. De verzekeringsuitkering

strekt namelijk ter vergoeding van misgelopen toekomstige inkomsten uit hoofde van een deelneming. Dit betekent dat het standpunt van de Staatssecretaris niet voldoet aan het criterium rechtmatigheid.

Wat betreft de doeltreffendheid ben ik van mening dat hier eveneens niet aan wordt voldaan, omdat het in lijn zou zijn met het doel van de deelnemingsvrijstelling om deze vergoeding vrij te stellen. Alhoewel de vergoeding niet wordt betaald door de dochtermaatschappij, dient die wel ter compensatie van misgelopen toekomstige winsten hiervan. Het standpunt van de Staatssecretaris voldoet derhalve niet aan het criterium doeltreffendheid.

Aangezien het standpunt van de Staatssecretaris niet doeltreffend en rechtmatig is, levert dit naar mijn mening onredelijk nadeel op voor belastingplichtigen. Derhalve zijn kosten en baten niet met elkaar in balans en wordt niet voldaan aan het criterium doelmatigheid.

5.5 De evenwichtsgedachte

Het laatste aspect van de schadevergoedingsleer dat wordt getoetst op rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid is de evenwichtsgedachte die de Hoge Raad toepast in BNB 2017/11. De Hoge Raad merkt in dit arrest op: *‘Het strookt voorts met de (...) doelstelling van deelnemingsvrijstelling dat bij de koper en de verkoper een schadevergoeding fiscaal op dezelfde wijze wordt behandeld. Indien derhalve de beoogde verkoper een vergoeding verschuldigd wordt die bij de beoogde koper niet aan een deelneming kan worden toegerekend en mitsdien bij hem niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, zal de vergoeding bij die verkoper evenmin onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Hetzelfde heeft te gelden ingeval de beoogde koper een vergoeding verschuldigd wordt.’*²³⁹ Dit wil zeggen dat wat bij de een is vrijgesteld, bij de ander niet aftrekbaar is. En wat bij de een is belast, is bij de ander aftrekbaar. Volgens Egelie wekt de Hoge Raad hiermee de indruk dat hij zich sterk laat leiden door de wens om koper en verkoper op dezelfde wijze te behandelen, waarbij dit wordt gebaseerd op het ne-bis-in-idem-beginsel.²⁴⁰ Ook in het Falcons-arrest houdt de Hoge Raad vast aan dit evenwichtsbeginsel.²⁴¹ Het is echter de vraag of deze evenwichtsgedachte onder de schadevergoedingsleer rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is.

Om te bepalen of de evenwichtsgedachte voldoet aan het criterium rechtmatigheid, moet de evenwichtsgedachte in lijn zijn met de wetgeving en bovendien moet sprake zijn van rechtszekerheid. In de wettekst van art. 13 Wet Vpb 1969 wordt van de evenwichtsgedachte geen melding gemaakt. Naar mijn mening is de evenwichtsgedachte ook niet in lijn met de wettekst. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zou het niet uit moeten maken hoe de schadevergoeding bij de tegenpartij wordt behandeld. Bijvoorbeeld in de situatie die speelt in BNB 2017/11 is de conclusie dat de ontvangende partij de deelnemingsvrijstelling niet kan toepassen, omdat geen sprake is van een deelneming. Volgens de Hoge Raad betekent dit dat de schadevergoeding bij de betalende partij ook niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Naar mijn mening staat de betaling voor de betalende partij echter in

²³⁹ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11, r.o. 2.4.6.

²⁴⁰ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (noot Egelie).

²⁴¹ HR 22 november 2002, nr. 36.272, BNB 2003/34.

causaal verband tot de deelneming en zou deze dus wel onder de deelnemingsvrijstelling moeten vallen. Er wordt door de betalende partij zowel aan de bezitseis als aan de causaliteitseis voldaan. De evenwichtsgedachte is in schadevergoedingsgevallen dus mogelijk strijdig met de bezitseis en de causaliteitseis en daarom niet in lijn met art. 13 Wet Vpb. De evenwichtsgedachte voldoet derhalve niet aan het criterium rechtmatigheid.

Daarnaast moet de evenwichtsgedachte voldoen aan het criterium doeltreffendheid. Hiervoor moet de evenwichtsgedachte bijdragen aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Snel is van mening dat de evenwichtsgedachte een verdere uitwerking is van het doel van de deelnemingsvrijstelling: *‘winst moet binnen de vennootschappelijke keten eenmaal in de heffing betrokken worden.’*²⁴² Egelie is van mening dat voor de evenwichtsgedachte juist geen rol is weggelegd bij de schadevergoedingsleer op grond van de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Het ne-bis-in-idem-beginsel impliceert dat winst van de deelneming niet nogmaals bij de aandeelhouder wordt belast. Volgens Egelie brengt dit niet mee dat beide bij een schadevergoeding betrokken partijen fiscaal gelijk moeten worden behandeld.²⁴³

Naar mijn mening heeft Egelie gelijk dat de evenwichtsgedachte in casu niet bijdraagt aan het bereiken van de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Volgens de Hoge Raad wordt de deelnemingsvrijstelling bij de betalende partij in BNB 2017/11 niet toegepast, omdat de ontvangende partij dit ook niet kan. In casu lijkt de evenwichtsgedachte niet de juiste manier om dat te bepalen. De betaalde schadevergoeding moet worden gezien als compensatie van (te) ontvangen winst van de deelneming, waardoor het niet in lijn zou zijn met het ne-bis-in-idem-beginsel om de deelnemingsvrijstelling hier niet toe te passen. Door toepassing van de causaliteitseis en de bezitseis wordt het doel van de deelnemingsvrijstelling naar mijn mening beter bereikt dan door toepassing van de evenwichtsgedachte. Egelie stelt dat de causaliteitsleer voor een consistentere evenwicht zorgt dan de evenwichtsleer zelf.²⁴⁴ Op dit punt ben ik het eens met Egelie en niet met Snel en de Hoge Raad die de evenwichtsleer lijken aan te hangen. Naar mijn mening is de evenwichtsleer derhalve niet doeltreffend.

Dat de schadevergoeding bij de betalende partij niet ten laste van de winst kan worden gebracht, is naar mijn mening bovendien in lijn met het standpunt van de Staatssecretaris dat *‘een betaling die gericht is op het versterken van de bestaande aandeelhoudersrechten’* de kostprijs van de deelneming verhoogt.²⁴⁵

Doordat de evenwichtsgedachte niet in lijn is met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling en omdat dit in sommige gevallen ertoe kan leiden dat de betalende partij de schadevergoeding naar mijn mening ten onrechte in aftrek kan brengen, zijn de kosten en baten niet in balans. Bijvoorbeeld in BNB 2017/11 is de schadevergoeding aftrekbaar bij de beoogde verkoper, terwijl dit mijns inziens niet zo zou

²⁴² Snel 2014, p. 2.

²⁴³ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (noot Egelie).

²⁴⁴ HR 23 september 2016, nr. 15/02428, BNB 2017/11 (noot Egelie).

²⁴⁵ Besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, par. 1.1.1.1.

moeten zijn. Dit levert de beoogde verkoper onterecht een fiscaal voordeel op, waardoor de regeling niet efficiënt haar doel bereikt.

5.5.1 Tussenconclusie

De evenwichtsgedachte in de schadevergoedingsleer van de Hoge Raad uit BNB 2017/11 voldoet naar mijn mening niet aan het criterium rechtmatigheid, aangezien deze in sommige gevallen in strijd is met de bezitseis en de causaliteitseis uit de wettekst van art. 13, Wet Vpb 1969. Bovendien is de evenwichtsgedachte naar mijn mening niet in lijn met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. De evenwichtsgedachte is dus niet doeltreffend. Ten slotte is de evenwichtsgedachte ook niet doelmatig; deze leidt namelijk tot een onterecht fiscaal voordeel voor de verkopende partij.

5.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de schadevergoedingsleer getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid om te bepalen of sprake is van goede regelgeving. Dit is gebeurd aan de hand van de volgende onderzoeksvraag: *Is de schadevergoedingsleer rechtmatig, doeltreffend en doelmatig?* Om deze vraag te beantwoorden is het hoofdstuk opgedeeld in drie delen. Eerst is de bezitseis van de schadevergoedingsleer behandeld, vervolgens de causaliteitseis en ten slotte de evenwichtsgedachte.

Aan het criterium rechtmatigheid wordt voldaan indien het getoetste onderdeel van de schadevergoedingsleer in lijn is met de wet en voldoet aan het rechtszekerheidsbeginsel. Om te voldoen aan het criterium doeltreffendheid moet het onderdeel bijdragen aan het bereiken van het doel van de schadevergoeding. Het onderdeel van de schadevergoedingsleer wordt ten slotte doelmatig geacht indien kosten en baten met elkaar in balans zijn.

De 'algemene' bezitseis zoals deze volgt uit art. 13 Wet Vpb 1969 is zowel rechtmatig, doeltreffend als doelmatig gebleken. Met het Falcons-arrest heeft de Hoge Raad de bezitseis echter uitgebreid met de opgesplitst belang deelneming en in BNB 2017/11 heeft de Hoge Raad dit ook in de schadevergoedingsleer geïntroduceerd. Met de introductie van het opgesplitst belang in de schadevergoedingsleer heeft de Hoge Raad tevens een aantal handvatten gegeven om vast te stellen of sprake is van een opgesplitst belang.

Naar mijn mening voldoet de opgesplitst belang-leer bij schadevergoedingen niet aan het criterium rechtmatigheid. Het opgesplitst belang vormt een invulling van het begrip deelneming, die niet in lijn is met de wettekst. Bovendien is het nog onvoldoende duidelijk wanneer sprake is van een opgesplitst belang dat kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling. Aangezien dit onduidelijk en niet kenbaar is, wordt niet voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel. De opgesplitst belang-leer is mijns inziens in beginsel wel doeltreffend. Door de deelnemingsvrijstelling toe te passen op opgesplitste belangen wordt dubbele belastingheffing in deelnemingsverhouding naar mijn mening optimaal voorkomen. Ten aanzien van de door de Hoge Raad opgestelde voorwaarden voor een opgesplitst belang geldt naar mijn mening dat de voorwaarde dat sprake moet zijn van een opgesplitst belang onvoldoende duidelijkheid geeft om volledig doeltreffend te zijn. Ook de voorwaarde dat het opgesplitst belang

beoogd moet zijn is naar mijn mening niet doeltreffend. Ik zie voor deze voorwaarde geen toepassingsmogelijkheden en daarom draagt die mijns inziens niet bij aan het bereiken van het doel van de deelnemingsvrijstelling. Ten slotte is de opgesplitst belang-leer naar mijn mening doelmatig, omdat de kosten en baten met elkaar in balans zijn. Wel treedt een efficiëntieverlies op door de eerdergenoemde onduidelijkheid omtrent wanneer sprake is van een opgesplitst belang.

Vervolgens is de causaliteitseis getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Eerst is dit gedaan voor de toepassing van de causaliteitseis bij de schadevergoedingsleer en vervolgens is dit gedaan voor de vraag wanneer is voldaan aan de causaliteitseis.

Ten aanzien van de toepassing van de causaliteitseis is geconcludeerd dat toepassing rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is. Na BNB 2017/11 is de vraag opgekomen of toepassing van de causaliteitseis nog wel nodig is. Naar mijn mening is dit wel het geval omdat slechts dan aan de toetsingscriteria wordt voldaan.

Aangezien de Hoge Raad zich niet expliciet heeft uitgelaten over de invulling van de causaliteitseis bij schadevergoedingen uit hoofde van een overeenkomst in BNB 2017/11, maar wel van koers lijkt te zijn veranderd ten opzichte van BNB 1985/200, bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer volgens de huidige schadevergoedingsleer aan de causaliteitseis is voldaan. Naar mijn mening is het rechtmatig om te concluderen dat aan de causaliteitseis is voldaan indien een aandeelhoudersovereenkomst waaruit de schadevergoeding voortkomt in rechtstreekse verbinding staat tot het aandelenbezit dat de deelneming vormt en indien de schadevergoeding ziet op compensatie van misgelopen toekomstige winsten uit die deelneming. Naar mijn mening is dit in zowel BNB 1985/200 als BNB 2017/11 het geval. Indien de Hoge Raad met BNB 2017/11 inderdaad van koers is veranderd ten opzichte van BNB 1985/200 lijkt de Hoge Raad de causaliteitseis op eenzelfde manier in te vullen. In dat geval wordt aan het criterium rechtmatigheid voldaan. Omdat hier nog veel onduidelijkheid over bestaat is geen sprake van rechtszekerheid. Zonder duidelijkheid over deze kwestie is dan ook niet aan het criterium rechtmatigheid voldaan.

Ten aanzien van het criterium doeltreffendheid geldt mijns inziens hetzelfde als voor rechtmatigheid. Aan dit criterium wordt voldaan indien de Hoge Raad met BNB 2017/11 van koers is veranderd ten opzichte van BNB 1985/200. Naar mijn mening is het namelijk in lijn met het doel van de deelnemingsvrijstelling om deze toe te passen indien de schadevergoeding verband houdt met een bestaande deelneming en geldt ter compensatie van misgelopen toekomstige winsten uit hoofde van die deelneming, zoals in zowel BNB 1985/200 als BNB 2017/11 het geval is.

Ten slotte is de invulling van de causaliteitseis bij schadevergoedingen uit hoofde van een overeenkomst mijns inziens niet doelmatig, zolang niet expliciet wordt aangegeven dat de Hoge Raad in BNB 2017/11 is omgegaan. Slechts indien de causaliteitseis op die manier wordt ingevuld is die naar mijn mening rechtmatig. De huidige onzekerheid op dit punt leidt tot een onnodig efficiëntieverlies.

Vervolgens is de invulling van de causaliteitseis getoetst in het kader van schadevergoedingen wegens onteigening van aandelen of activa van een deelneming. Naar mijn mening is dit onderdeel van de schadevergoedingsleer, die met name wordt bepaald door een uitspraak van de Rechtbank Gelderland, rechtmatig, doeltreffend en doelmatig.

Daarna is de invulling van de causaliteitseis bij verzekeringsuitkeringen wegens onteigening getoetst aan de toetsingscriteria. Volgens de Staatssecretaris vallen dergelijke verzekeringsuitkeringen niet onder de deelnemingsvrijstelling, omdat niet aan de causaliteitseis wordt voldaan. Naar mijn mening wordt wel aan de causaliteitseis voldaan en is het standpunt van de Staatssecretaris dan ook niet in lijn met de wettekst. De verzekeringsuitkering strekt naar mijn mening ter vergoeding van misgelopen winsten uit hoofde van een deelneming. Het standpunt van de Staatssecretaris voldoet dan ook niet aan het criterium rechtmatigheid. Ten aanzien van de doeltreffendheid ben ik van mening dat het standpunt van de Staatssecretaris hier ook niet aan voldoet. Het zou in lijn zijn met het doel van de deelnemingsvrijstelling om de verzekeringsuitkering vrij te stellen, omdat deze strekt ter vergoeding van misgelopen toekomstige winsten uit hoofde van een deelneming. Het standpunt van de Staatssecretaris levert naar mijn mening onredelijk nadeel op voor belastingplichtigen en is dan ook niet doelmatig.

Ten slotte is de evenwichtsgedachte van de Hoge Raad uit BNB 2017/11 getoetst aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Naar mijn mening voldoet de evenwichtsgedachte niet aan het criterium rechtmatigheid, omdat deze bijvoorbeeld in BNB 2017/11 in strijd met de causaliteitseis is. Ook wordt naar mijn mening met de evenwichtsgedachte niet aan het criterium doeltreffendheid voldaan, omdat de evenwichtsgedachte niet in alle gevallen in lijn is met de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Daarnaast is de evenwichtsgedachte ook niet doelmatig, omdat deze voor de betalende partij tot een onterecht fiscaal voordeel kan leiden.

Concluderend moet de vraag die aan het aan begin van dit hoofdstuk gesteld is, ontkennend worden beantwoord. De schadevergoedingsleer is niet rechtmatig, doeltreffend en doelmatig. Zo is de opgesplitst belang-leer naar mijn mening niet in lijn met de wettekst en levert deze bovendien nog te veel onduidelijkheid op. Daarnaast moet naar mijn mening in de toekomst blijken dat de Hoge Raad de causaliteitseis met BNB 2017/11 niet ten grave heeft gedragen, maar wel op een andere manier heeft ingevuld dan in BNB 1985/200. Mocht dat niet het geval zijn, wordt niet aan de toetsingscriteria voldaan. Zoals is gebleken, bestaat nog veel onduidelijkheid over de schadevergoedingsleer wat betreft de invulling van de causaliteitseis na BNB 2017/11. Het is voor de rechtszekerheid dan ook van belang dat deze onduidelijkheid wordt opgelost. Bij schadevergoedingen wegens onteigening geldt dat de causaliteitseis weinig problemen oplevert. Het standpunt van de Staatssecretaris dat verzekeringsuitkeringen bij onteigening niet in causaal verband staan tot de deelneming is naar mijn mening echter niet rechtmatig, doeltreffend en doelmatig. Ten slotte voldoet de evenwichtsgedachte in de schadevergoedingsleer naar mijn mening ook niet aan de toetsingscriteria.

6. Samenvattingen

6.1 Conclusie

In dit onderzoek is de schadevergoedingsleer van de deelnemingsvrijstelling getoetst aan criteria voor goede regelgeving. Zoals is gebleken komen schadevergoedingen in deelnemingsverhoudingen vaak voor bij bijvoorbeeld mislukte overnamepogingen en onteigeningen. In deze gevallen is het voor de ontvangende partij vaak van groot belang dat deze de deelnemingsvrijstelling kan toepassen. Aan de hand van met name jurisprudentie en literatuur is onderzocht wanneer de deelnemingsvrijstelling op schadevergoedingen kan worden toegepast. Uiteindelijk is hier de volgende onderzoeksvraag mee beantwoord:

In hoeverre voldoet de schadevergoedingsleer onder de deelnemingsvrijstelling aan de criteria voor goede regelgeving?

De criteria waaraan is getoetst zijn rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Onder rechtmatigheid wordt verstaan dat de regelgeving in lijn moet zijn met de wet en met het algemene rechtsbeginsel van rechtszekerheid. Doeltreffendheid houdt in dat de regelgeving moet bijdragen aan het bereiken van het door de wetgever gestelde doel van de wetgeving. Doelmatigheid houdt ten slotte in dat de kosten en baten van de regelgeving in verhouding tot elkaar moeten staan.

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden is eerst onderzocht hoe het recht op schadevergoeding civiel is geregeld. Vaak is het civiele recht de basis voor het fiscale recht. Bovendien maakt dit inzichtelijk hoe schadevergoedingen tot stand komen. In beginsel is volgens het civiele recht eenieder verantwoordelijk voor zijn eigen schade. In sommige gevallen wordt echter een ander aansprakelijk gesteld en kan een schadevergoeding nodig zijn om de geleden schade te compenseren. Dit kan zowel op basis van een overeenkomst als op grond van de wet. Wanneer het gaat om schadevergoedingen die spelen in deelnemingsverhoudingen gaat het om vermogensschade. Dit is schade die bestaat uit geldelijk nadeel in de vorm van zowel geleden verlies (het negatief belang) als gederfde winst (het positief belang). In de precontractuele fase van onderhandelingen is slechts het negatief belang verschuldigd. In de contractuele fase, na afronding van de overeenkomst, is ook het positief belang verschuldigd. Bij contractuele schadevergoedingen is de hoogte van de vergoeding vaak al vastgelegd in het contract terwijl dit bij buitencontractuele schadevergoedingen door de rechter wordt bepaald. Voor toerekening van de schade is het ten slotte van belang dat sprake is van een causaal verband tussen de gedraging en de schade.

Dit civielrechtelijke deel van schadevergoedingen speelt met name een rol bij buitencontractuele schadevergoedingen, zoals schadevergoedingen naar aanleiding van wanprestatie ten opzichte van een overeenkomst. Bij contractuele schadevergoedingen is contractsvrijheid het uitgangspunt en is het civiele recht minder van belang. Bij schadevergoedingen wegens onteigening speelt het Nederlandse civiele recht een minder grote rol, doordat deze vaak voortkomen uit Bilateral Investment Treaties.

Nadat de civielrechtelijke eigenschappen van schadevergoedingen zijn onderzocht is het doel en de werking van de deelnemingsvrijstelling behandeld. Wat betreft het doel van de deelnemingsvrijstelling

is geconcludeerd dat dit een combinatie is van het ne-bis-in-idem-beginsel, wat inhoudt dat hetzelfde inkomensbestanddeel niet tweemaal door dezelfde belasting mag worden getroffen, en de verlengstukgedachte, die inhoudt dat de dochtermaatschappij als voortzetting moet worden gezien van de moedermaatschappij en dus niet twee keer mag worden geheven. Het doel van de deelnemingsvrijstelling is dan ook het voorkomen van dubbele heffing van vennootschapsbelasting over hetzelfde inkomensbestanddeel in deelnemingsverhouding.

Ten aanzien van de werking van de deelnemingsvrijstelling geldt dat met name twee voorwaarden van belang zijn voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, namelijk de bezitseis en de causaliteitseis. De bezitseis houdt in dat sprake moet zijn van een deelneming. Om te kunnen spreken van een deelneming moet er een dochtervennootschap zijn met in aandelen verdeeld kapitaal, moet de belastingplichtige aandeelhouder zijn van de dochtervennootschap en moet ten minste 5% van de aandelen in bezit zijn. In het Falcons-arrest is besloten dat het voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voldoende is als slechts het economische eigendom in bezit is, zoals bij opties het geval is. In dat geval is sprake van een deelneming op grond van een opgesplitst belang. De causaliteitseis ziet op de vraag op welke voordelen de deelnemingsvrijstelling vervolgens van toepassing is. Of een voordeel wordt genoten uit hoofde van een deelneming is afhankelijk van het verband tussen het voordeel en het aandelenbezit en de causaliteit tussen beide. Ook de ratio van de deelnemingsvrijstelling, het veroorzakingsbeginsel en de evenwichtsgedachte kunnen mogelijk een rol spelen bij het bepalen of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Nadat het doel en de werking van de deelnemingsvrijstelling zijn onderzocht is vervolgens gekeken naar de deelnemingsvrijstelling onder de schadevergoedingsleer. Ook bij schadevergoedingen is het logischerwijs van belang dat aan de bezitseis en de causaliteitseis wordt voldaan om de deelnemingsvrijstelling toe te kunnen passen. Ten aanzien van schadevergoedingen uit hoofde van een overeenkomst wordt de schadevergoedingsleer met name gevormd door de arresten BNB 1985/200 en BNB 2017/11. In BNB 1985/200 oordeelde de Hoge Raad, in navolging van het Hof, dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was op een schadevergoeding uit hoofde van schending van een aandeelhoudersovereenkomst omdat niet aan de causaliteitseis werd voldaan. Naar mijn mening was wel aan de causaliteitseis voldaan. Dat de schadevergoeding voortkomt uit een aandeelhoudersovereenkomst, hoeft niet te betekenen dat deze niet eveneens uit hoofde van een deelneming kan worden ontvangen. In tegendeel lijkt mij dit juist het geval.

In BNB 2017/11 oordeelde de Hoge Raad dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was bij de schending van een voorkeursrecht, omdat in dat geval geen sprake is van een deelneming. In navolging van het Falcons-arrest heeft de Hoge Raad verdere toelichting gegeven wanneer sprake is van een deelneming op grond van een opgesplitst belang. Hiervoor moet de precontractuele fase van onderhandelingen zijn afgerond, moet het contract een opsplitsing van belang bewerkstelligen, moet deze opsplitsing zijn beoogd en moet het aandeel op zichzelf als deelneming kwalificeren. In casu was volgens de Hoge Raad de precontractuele fase nog niet afgerond, waardoor niet aan de bezitseis werd voldaan. Omdat niet aan de bezitseis werd voldaan, ging de Hoge Raad niet meer in op de causaliteitseis. Wel werd opgemerkt dat indien wel aan de bezitseis was voldaan, de

deelnemingsvrijstelling kon worden toegepast. Voor sommigen is dit de reden om te veronderstellen dat de causaliteitseis überhaupt niet meer van belang is. Naar mijn mening moet de causaliteitseis nog steeds worden beantwoord voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Het lijkt mij dat de Hoge Raad wel van oordeel is dat in casu aan de causaliteitseis werd voldaan, waarmee de Hoge Raad om lijkt te gaan ten opzichte van BNB 1985/200 alhoewel dit niet expliciet wordt meegedeeld.

Ten aanzien van schadevergoedingen wegens onteigening geldt dat dezelfde twee voorwaarden bevestigend beantwoord moeten worden: de bezitseis en de causaliteitseis. Met betrekking tot dergelijke schadevergoedingen bestaat weinig jurisprudentie, maar een uitspraak van Rechtbank Gelderland biedt hierbij enige houvast. Geconcludeerd moet worden dat zowel bij onteigening van activa als bij onteigening van aandelen aan de causaliteitseis is voldaan. Zolang sprake is van een deelneming, betekent dit dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Daarnaast heeft de Staatssecretaris een standpunt ingenomen ten aanzien van verzekeringsuitkeringen wegens onteigening. Deze vallen volgens de Staatssecretaris niet onder de deelnemingsvrijstelling, omdat niet aan de causaliteitseis wordt voldaan.

In het laatste hoofdstuk is vervolgens de hiervoor geformuleerde schadevergoedingsleer getoetst aan de toetsingscriteria voor goede regelgeving: rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Gebleken is dat de schadevergoedingsleer op verschillende onderdelen niet voldoet aan deze criteria. Zo voldoet de opgesplitst belang-leer die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het Falcons-arrest en BNB 2017/11 naar mijn mening niet aan het criterium rechtmatigheid. De deelneming op grond van het opgesplitst belang is namelijk niet in lijn met de definitie van een deelneming in art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969. Bovendien is nog onvoldoende duidelijk wanneer de Hoge Raad vindt dat sprake is van een opgesplitst belang dat voor beide partijen tot een deelneming kan leiden. Hierdoor is de opgesplitst belang-leer op dit punt niet rechtmatig door gebrek aan rechtszekerheid, maar ook niet volledig doeltreffend en doelmatig, omdat een efficiëntieverlies optreedt door de onduidelijkheid. Bovendien ben ik van mening dat de voorwaarde die de Hoge Raad stelt dat de opsplitsing beoogd moet zijn niet doeltreffend is. Ik kan mij namelijk geen situaties voorstellen waarbij deze voorwaarde tot een ander resultaat leidt.

Ten aanzien van de causaliteitseis is geconcludeerd dat deze in 1985/200 niet in lijn met de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid is toegepast. Over het belang en de toepassing van de causaliteitseis is vervolgens onzekerheid ontstaan na BNB 2017/11. Volgens sommigen vindt de Hoge Raad de causaliteitseis na dit arrest überhaupt niet meer van belang, terwijl anderen van mening zijn dat de Hoge Raad slechts van oordeel is dat in casu aan de causaliteitseis wordt voldaan. Naar mijn mening is het rechtmatig, doeltreffend en doelmatig om de causaliteitseis toe te passen. Bovendien is het mijns inziens rechtmatig, doeltreffend en doelmatig om te concluderen dat in BNB 2017/11 en BNB 1985/200 aan de causaliteitseis is voldaan. Een schadevergoeding uit hoofde van een aandeelhoudersovereenkomst of een voorkeursrecht staat namelijk in causaal verband tot het aandelenbelang en de voordelen worden dan ook uit hoofde van dat aandelenbelang ontvangen. De Hoge Raad heeft zich echter niet expliciet uitgelaten over eventueel omgaan ten opzichte van BNB

1985/200, waardoor de huidige schadevergoedingsleer op dit punt nog niet rechtmatig, doeltreffend en doelmatig is.

Daarnaast is ook de schadevergoedingsleer bij onteigening getoetst aan de criteria. De schadevergoedingsleer bij onteigening van activa of aandelen van een deelneming voldoet mijns inziens aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Wat betreft de schadevergoedingsleer bij verzekeringsuitkeringen wegens onteigening geldt dat niet aan de criteria wordt voldaan. De Staatssecretaris heeft het standpunt ingenomen dat de deelnemingsvrijstelling op dergelijke verzekeringsuitkeringen niet van toepassing is, terwijl het naar mijn mening rechtmatig, doeltreffend en doelmatig zou zijn om de deelnemingsvrijstelling wel toe te passen.

Ten slotte is de evenwichtsgedachte uit BNB 2017/11 getoetst aan de toetsingscriteria voor goede regelgeving. Geconcludeerd moet worden dat deze niet voldoet aan de criteria rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid. Bijvoorbeeld in BNB 2017/11 leidt de evenwichtsgedachte ertoe dat de deelnemingsvrijstelling voor zowel de betalende partij, als de ontvangende partij niet van toepassing is. Naar mijn mening zou de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing moeten zijn bij de betalende partij. De betalende partij zou de schadevergoeding dan bij de kostprijs van de deelneming moeten optellen, in plaats van in aftrek brengen.

Terugkomend op de aan het begin van dit onderzoek gestelde onderzoeksvraag kom ik tot de conclusie dat de schadevergoedingsleer slechts in grote lijnen voldoet aan de criteria voor goede regelgeving. De uitwerking van de bezitseris door middel van de deelneming op grond van het opgesplitst belang is in beginsel een goede manier om de deelnemingsvrijstelling toe te passen, maar deze leidt nog tot veel onduidelijkheid en is bovendien niet in lijn met de wettekst. Indien de Hoge Raad met BNB 2017/11 blijkt te zijn omgegaan ten opzichte van BNB 1985/200 is dit een goede ontwikkeling, maar doordat dit niet expliciet is gebeurd, wordt nog niet aan de toetsingscriteria voldaan. Ten aanzien van schadevergoedingen wegens onteigeningen zit de rechtspraak op de goede lijn, maar dit geldt niet voor het standpunt van de Staatssecretaris ten aanzien van verzekeringsuitkeringen. De evenwichtsgedachte lijkt ten slotte niet geschikt om te bepalen of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is bij schadevergoedingsgevallen.

6.2 Aanbevelingen

Nu is gebleken dat de schadevergoedingsleer op verschillende onderdelen niet voldoet aan de criteria voor goede regelgeving, is het naar mijn mening belangrijk dat de regelgeving op deze punten wordt gewijzigd. In het laatste deel van dit onderzoek worden dan ook aanbevelingen gedaan waarmee de schadevergoedingsleer rechtmatiger, doeltreffender en doelmatiger wordt.

De eerste aanbeveling strekt ter verbetering van de rechtmatigheid van de deelneming op grond van het opgesplitst belang. De deelneming op grond van het opgesplitst belang is niet in lijn met de definitie van een deelneming in art. 13, lid 2, Wet Vpb 1969. Op grond van sub a is slechts sprake van een deelneming indien de belastingplichtige aandeelhouder is. Iemand die eigenaar is van een opgesplitst belang op die aandelen, kan niet als aandeelhouder worden aangemerkt. Omdat de deelnemingsvrijstelling in dat geval wel van toepassing kan zijn, dient de wettekst naar mijn mening te

worden aangepast. De aanpassing kan naar mijn mening in art. 13, lid 2, sub a, Wet Vpb 1969 worden doorgevoerd. De wettekst zou dan als volgt zijn:

'2. Van een deelneming is sprake indien de belastingplichtige:

a. voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder of eigenaar van een opgesplitst belang is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.'

Bovendien moet duidelijkheid worden geschept over de vraag wanneer een belang een opgesplitst belang vormt voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling en wanneer niet, om zo de rechtszekerheid te verhogen.

Ten tweede moet de Hoge Raad in een volgend schadevergoedingsarrest expliciet aangeven dat in BNB 2017/11 is omgegaan ten opzichte van BNB 1985/200. In BNB 2017/11 heeft de Hoge Raad de causaliteitseis überhaupt niet behandeld. Dit dient in een volgend arrest wel te gebeuren. Naar mijn mening wordt bij een schadevergoeding uit hoofde van een aandeelhoudersovereenkomst over het algemeen aan de causaliteitseis voldaan en dit moet de Hoge Raad dan ook expliciet uitspreken. Dit zal de rechtszekerheid, doeltreffendheid en doelmatigheid vergroten.

Ten derde moet de Staatssecretaris zijn standpunt ten aanzien van verzekeringsuitkeringen in het Besluit van 20 januari 2017 aanpassen door middel van een wijzigingsbesluit. In het huidige besluit geeft de Staatssecretaris aan dat naar zijn mening niet aan de causaliteitseis wordt voldaan bij verzekeringsuitkeringen wegens onteigeningen.²⁴⁶ Zoals in dit onderzoek is gebleken, voldoet dit standpunt niet aan de criteria voor goede regelgeving. De Staatssecretaris zal in een volgend besluit dan ook het standpunt in moeten nemen dat in dergelijke gevallen wel aan de causaliteitseis wordt voldaan en dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Ten slotte ben ik van mening dat de Hoge Raad in een volgend schadevergoedingsarrest geen gebruik meer dient te maken van evenwichtsgedachte, omdat dit geen juiste manier is om te bepalen of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De Hoge Raad zal in een volgend schadevergoedingsarrest ten aanzien van dit punt expliciet om moeten gaan en slechts aan de hand van de bezitseis en de causaliteitseis moeten bepalen of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Dit komt de rechtmatigheid, doeltreffendheid en de doelmatigheid van de schadevergoedingsleer ten goede.

²⁴⁶ Besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, par. 1.1.1.2.

Literatuurlijst

Aardema 1989

E. Aardema, De deelnemingsvrijstelling in nationaal perspectief, Belastingbeschouwingen (Christiaanse-bundel), Deventer: Kluwer 1989.

Albert 2015

P.G.H. Albert, Deelnemingsvrijstelling (Fiscale Geschriften 28), Amersfoort: Sdu 2015.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Asser Verbintenissenrecht 6-II, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Asser Verbintenissenrecht 6-III, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Bavinck 1992

C.B. Bavinck, 'De optie als zelfstandige zaak', WFR 1992/1177.

Bergenhengouwen & Van Strien 2017

C.L.T. Bergenhengouwen & J. van Strien, 'Schadevergoedingen en de deelnemingsvrijstelling', NTFR-A 2017/12.

Bongers & De Vries 2006

E. Bongers en R.J. de Vries, 'Pandrecht in de schijnwerpers', WFR 2006/487.

Christiaanse 1975

J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling en holdings, Belastingconsulentendag 1975, Deventer: Fed 1975.

CPB 2014

CPB, *Bilaterale investeringsverdragen*, Den Haag: 16 september 2014.

Egelie 2017

W.F.E.M. Egelie, noot bij BNB 2017/11.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008.

FD 2014

FD, 'Schadevergoeding voor Exxon in Venezuela', 9 oktober 2014.

Feenstra 2002

R. Feenstra, Vergelding en vergoeding, Deventer: Kluwer 2008.

Juch 1974

D. Juch, Deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, Deventer: Fed 1974.

Juch & Martens 2001

D. Juch en W.C.M. Martens, 'De fiscale behandeling van "communicerende vaten"', WFR 2001/400.

Knops 2016

M. Knops, noot bij FED 2016/125.

Köster 1962

H.K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid, Amsterdam: 1962.

Lindenbergh 1996

S.D. Lindenbergh, Groene Serie Schadevergoeding, Deventer: Wolters Kluwer 1996.

Lindenbergh 2014

S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Monografieën BW B34), Deventer: Kluwer 2014.

Martens

W.C.M. Martens, De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Fed Fiscale Brochure), Deventer: Fed 2011.

Meijers 1935

E.M. Meijers, WPNR 3442, 1935.

Nollkaemper 2016

A. Nollkaemper, Kern van het internationaal publiekrecht, Den Haag: Boom 2016.

Raaijmakers & Van der Velden 2009

G.T.M.J. Raaijmakers & E.A.M. van der Velden, Garanties in de overnamepraktijk (Bedrijfsovername), 2009.

Rezai 2012

S. Rezai, 'Indirecte onteigeningen in het internationaal investeringsrecht', Vennootschap & Onderneming 2012/1, p. 5-7.

Schul & Knops 2015-1

M.F.D. Schul & M. Knops, 'Schadevergoedingen en deelnemingsvrijstelling (deel 1)', WFR 2015/1046.

Schul & Knops 2015-2

M.F.D. Schul & M. Knops, 'Schadevergoedingen en deelnemingsvrijstelling (deel 2)', WFR 2015/1069.

Sider 2012

A. Sider, 'ConocoPhillips Awarded \$66.8 Million in Venezuela Case', The Wall Street Journal 21 september 2012.

Simonis 2014

P.H.M. Simonis, 'BITs en belastingen (deel 2)', MBB 2014/3.

Snel 2005

F.P.J. Snel, Van moeders en dochters, Systemen ter voorkoming van cumulatie van vennootschapstax in deelnemingssituaties, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2005.

Snel 2014

F.P.J. Snel, 'De ratio van de deelnemingsvrijstelling, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel en schadevergoedingen', NTFR-A 2014/24.

Tijsterman 2016

K.E. Tijsterman, Artikel 13 Wet VPB 1969 Deelnemingsvrijstelling (NDFR Commentaar), 2016.

Tjittes 2015

R.J. Tjittes, 'Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten', Contracteren 2015/4.

Van de Streek 2017

J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting/Deelnemingsvrijstelling, 2017.

Van der Geld & Hofman 2017

J.A.G. van der Geld & A.W. Hofman, De deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening (Fiscale monografieën 149), Deventer: Kluwer 2017.

Van Dijk 2016

B. van Dijk, 'Miljardenboete voor een gestrande fusie? In Nederland ondenkbaar', FD 3 mei 2016.

Van Dort & Rensema 2002

R.M.J.T. van Dort & J. Rensema, Schadevergoeding (Fiscale monografieën 13), Deventer: Kluwer 2013.

Vermeend 1996

W.A. Vermeend, 'Instrumentalisering van het belastingrecht', WFR 1996/209.

Jurisprudentielijst

Rechtbanken

Rechtbank Gelderland 17 maart 2016, V-N 2016/29.2.2.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 22 februari 1996, nr. 94/2578.

Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0375.

Hoge Raad

HR 3 februari 1927, NJ 1927/636 (Haagsche-Post).

HR 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2769, nr. 11.555, BNB 1954/61

HR 29 december 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2377, nr. 12.040, BNB 1955/50.

HR 19 december 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5664, NJ 1976, 280.

HR 24 november 1976, ECLI:NL:HR:1976:AX3276, nr. 17.998, BNB 1978/13.

HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7010, NJ 1978, 84.

HR 16 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4132, NJ 1981, 426.

HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

HR 5 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8394, nr. 22.486, BNB 1986/351.

HR 6 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8336, nr. 22.572, BNB 1985/200.

HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:BH4845, nr. 23.033, BNB 1986/118.

HR 19 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1982:AW9025, nr. 25.425, BNB 1983/43.

HR 3 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5271, nr. 28.598, BNB 1993/180 (Earn-outarrest).

HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995, 288 (Poot/ABP).

HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1748, NJ 1995, 692 (Finad/Worst).

HR 25 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA2196, nr. 32.142, BNB 1997/286.

HR 7 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6114, nr. 35.203, BNB 2000/318.

HR 24 mei 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD8553, nr. 37.021, BNB 2002/262c*.

HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, nr. 36.272, BNB 2003/34 (Falcons-arrest).

HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8708, nr. 38.028, V-N 2003/28.15.

HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4491, nr. 40 562, BNB 2005/254.

HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5898, nr. 40.038, BNB 2005/260.

HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5898, nr. 41.432, BNB 2005/372.

HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU0841, nr. 41.275, BNB 2006/7 (Antispeculatiearrest).

HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX2034, nr. 40.919, BNB 2006/288.

HR 12 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5353, nr. 43.643, NTFR 2007/1867.

HR 23 september 2016, ECLI:NR:HR:2016:2124, nr. 15/02428, BNB 2017/11.

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II 1959/60, nr. 6000, nr. 3.

Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 7.

Kamerstukken II 1990/91, *Nota zicht op wetgeving*, 22 008, nr. 1-2.

Brief van 13 december 2002, nr. WDB2002/700M, V-N 2003/2.21.

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, wetsvoorstel 30 52, V-N 2006/61.2.

Brief van 6 september 2006, Minister van Financiën, V-N 2006/51.2.

Memorie van Toelichting, Wetsvoorstel 32 129, V-N 2009/46.6.

Besluit van 11 december 2009, nr. CPP 2009/519M, BNB 2010/58.

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.

Besluit van 12 juli 2010, DGB2010/2154M.

Besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M.