Aan- en verkoopkosten deelneming na HR 2018 en HR 2023

Twee arresten hebben het speelveld rond aan- en verkoopkosten van deelnemingen fundamenteel herordend. Zij dwingen tot een scherpere toepassing van het causaliteitscriterium én tot een onderscheid tussen *kosten met het oog op* de transactie en *kosten als gevolg van* de transactie.

Mr. W. Kraakman en dr. A.W. Hofman
Wietse Kraakman en Arthur Hofman zijn als belastingadviseur verbonden aan Svalner Atlas Advisors. Arthur Hofman is ook verbonden aan het Fiscaal Instituut van Tilburg University.

Dit artikel is een praktijkgerichte bespreking van art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969: kwalificatie, timing en onderbouwing. Twee arresten van de Hoge Raad – uit 2018 en 2023 – bepalen wanneer transactiekosten bij deelnemingen onder het aftrekverbod van art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969 vallen. Dit artikel biedt een praktisch kader voor kwalificatie, timing (activering) en dossiervorming.

Waarom nog discussie?

In de overnamepraktijk is de discussie over transactiekosten een constante. De wettelijke basis lijkt helder: art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969 verklaart niet alleen de voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld, maar ook de 'kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling)'. Dat lijkt duidelijk: aan- en verkoopkosten zijn niet aftrekbaar. Toch is er in de praktijk veel discussie over deze aftrekbeperking. Welke kosten dienen werkelijk 'ter zake van' de verwerving of vervreemding? En in welk jaar moeten zij fiscaal worden verwerkt?

Het spanningsveld ontstaat doordat transactietrajecten zelden lineair verlopen. Een acquisitie kent meerdere fasen – oriëntatie, bieding, due diligence, contractering, closing – en soms meerdere pogingen. Daarbij worden kosten gemaakt die onmiskenbaar transactiegericht zijn (notaris, SPA, dataroom), maar ook kosten die diffuser zijn, zoals interne uren, reorganisatievoorbereiding, verzekeringen, afscheidsbonussen. Juist die diffuse kosten leiden tot discussie: zij lijken met de transactie samen te hangen, maar het is niet altijd duidelijk of ze ook daadwerkelijk bijdragen aan het tot stand brengen ervan.
Twee arresten zijn cruciaal als het gaat om de reikwijdte van het aftrekverbod. In HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2264 (hierna: *December I*) formuleerde de Hoge Raad het criterium van het *rechtstreeks oorzakelijk verband*.[1] In HR 22 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1793 (hierna: *December II*) expliciteerde hij dat in dat verband de eis besloten ligt dat kosten *nuttig of nodig* zijn om tot de transactie te komen.[2] De Belastingdienst heeft deze lijn verwerkt in het Kennisdocument aan- en verkoopkosten deelneming (stand 1 februari 2024)[3], dat de eerdere handreiking van 30 september 2016 en het kennisdocument van 1 december 2023 vervangt. Dit artikel biedt een werkbaar kader: hoe moeten kosten worden gekwalificeerd, wat is de verwerking wat betreft timing en activering, en welke dossiervorming is nodig?

Wettelijk kader

Art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969 bepaalt: *'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).'* Het regime behelst dus niet alleen een vrijstelling voor opbrengsten (dividenden, vervreemdingsresultaten), maar ook een begrenzing van kostenaftrek.
De ratio is consistentie: wanneer voordelen uit deelnemingen niet in de heffing worden betrokken, ligt het niet voor de hand dat kosten die strekken tot het realiseren van die voordelen wél aftrekbaar zijn. De wetgever heeft daarom – zij het met een open norm – ook die transactiekosten in de vrijstellingssfeer gebracht. Tegelijkertijd is die open norm precies de bron van onzekerheid: de wet geeft geen concrete lijst van kostenposten en de wetsgeschiedenis biedt beperkt houvast. Art. 13, lid 1 Wet Vpb 1969 vergt dan ook een kwalificatie per uitgave: is deze zó transactiespecifiek dat zij onder het bereik van 'kosten ter zake van verwerving of vervreemding' valt? Zo niet, dan is de aftrekbeperking voor aan- en verkoopkosten niet van toepassing.

Het causaliteitscriterium (2018)

Voorafgaand aan *December I* werd in de praktijk bij een aan- en verkoopproces vaak onderscheid gemaakt tussen een voorfase en een transactiefase. Kosten die gemaakt werden in de voorfase zouden niet kwalificeren als transactiekosten en daarmee niet onder het aftrekverbod vallen.[4]

Na *December I* kan dit onderscheid tussen een voorfase en een transactiefase niet langer worden gemaakt. De casus betrof de verkoop van een deelneming van 46% in een holdingvennootschap. Kosten waren gemaakt voor strategisch advies, consultancy, vendor due diligence, juridisch advies en het inrichten van een dataroom. Het Hof had geoordeeld dat al deze kosten niet-aftrekbaar waren; de Hoge Raad casseerde wegens onvoldoende motivering.

De kern van de maatstaf om te beoordelen of kosten onder de aftrekbeperking vallen, is het rechtstreeks oorzakelijk verband (r.o. 2.5.1): kosten vallen onder art. 13, lid 1 als 'zij worden opgeroepen door de verwerving of de vervreemding van de desbetreffende deelneming, in die zin dat de kosten zonder die verwerving of die vervreemding niet zouden zijn gemaakt'. De aanwezigheid van dat verband moet naar objectieve maatstaven worden beoordeeld. In de kern is dit een causaliteitstoets: is de kostenpost causaal terug te voeren op de specifieke transactie?

Drie nadere elementen verdienen aandacht. Ten eerste maakt de Hoge Raad duidelijk dat de wettekst geen onderscheid kent tussen interne en externe kosten (r.o. 2.5.2). Het aftrekverbod raakt beide kostensoorten. Dit is relevant omdat interne uren in overnames vaak omvangrijk zijn en niet altijd afzonderlijk worden geadministreerd. Het ontbreken van een factuur van een derde betekent niet dat er geen transactiekosten zijn; ook intern bestede capaciteit kan, mits transactie-specifiek, onder art. 13, lid 1 vallen.

Ten tweede oordeelt de Hoge Raad dat het aftrekverbod uitsluitend van toepassing is bij een daadwerkelijke verwerving of vervreemding van de betreffende deelneming (r.o. 2.5.3). Zonder doorgang van de transactie, geen aftrekverbod. Kosten uit een afgebroken traject zijn daarmee in beginsel aftrekbaar. Ketst een verkoop af maar wordt de deelneming later aan een andere partij vervreemd, dan moet per kostenpost worden beoordeeld in hoeverre de kosten uit de eerste fase ook zonder die fase zouden zijn gemaakt; slechts in zoverre worden zij door het aftrekverbod getroffen (r.o. 2.5.4). Stel: een vendor due diligence-rapport wordt opgesteld voor een eerste bieder, maar na het afketsen integraal hergebruikt voor de uiteindelijke koper. In dat geval zal het rapport alsnog als een transactiekost kwalificeren.

Ten derde bevat het arrest een jaarwinstelement. Goed koopmansgebruik brengt mee dat de belastingplichtige voor kosten ter zake van een voorgenomen transactie een *transitorische actiefpost* op de balans opneemt, totdat vaststaat of de transactie doorgang vindt (r.o. 2.5.5). Pas op dat moment wordt afgeboekt en bepaald in hoeverre

De staatssecretaris is echter wel streng in de leer en meent dat kosten die van bijkomstige betekenis zijn voor de financiering, volledig onder het aftrekverbod vallen.

het bedrag onder de deelnemingsvrijstelling valt. Dit beïnvloedt de winstneming per jaar en daarmee de aangiftepositie. In veel dossiers is juist dit punt – 'mag ik nu aftrekken of moet ik parkeren?' – de aanleiding voor discussie met de inspecteur. In de transitorische post hoeven volgens de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3835, geen kosten te worden opgenomen die geen nut meer hebben voor een mogelijke toekomstige transactie.[5] Deze kosten kunnen dus wel in aftrek worden gebracht, ook als de mogelijkheid van een toekomstige transactie (bijvoorbeeld met een andere koper) nog open staat.

Nuttig of nodig (2023)

Na *December I* ontstond het risico van een te ruime toepassing van de aftrekbeperking. De zinsnede 'zonder die verwerving niet gemaakt' verwerd in de praktijk tot een simpele causale redenering: kosten die causaal samenhangen met de deal zijn niet aftrekbaar. Dat trekt ook kosten die slechts 'na-ijlen' of geen enkele rol spelen in het tot stand brengen van de transactie in de sfeer van art. 13.

De Hoge Raad heeft die tendens in *December II* nader geduid. Opmerkelijk is dat hij de nuance niet als koerswijziging presenteert, maar als *verduidelijking* van wat reeds in 2018 besloten lag (r.o. 4.4.1). In het vereiste rechtstreekse oorzakelijke verband ligt de voorwaarde besloten dat de kosten zijn gemaakt omdat zij – *objectief bezien – nuttig of nodig* zijn om tot de vervreemding te komen. Kosten die weliswaar niet zouden zijn gemaakt als de transactie niet had plaatsgevonden, maar die 'overigens in generlei opzicht kunnen bijdragen aan de totstandkoming', missen het vereiste verband.

Het praktische effect is aanzienlijk. De toets verschuift van een zuiver causale vraag ('zou de uitgave er zonder de transactie zijn?') naar een functionele vraag ('droeg de uitgave bij aan het realiseren van de transactie?'). Art. 13, lid 1 wordt daarmee selectiever: niet elke uitgave die in de 'schaduw' van de transactie valt, is automatisch niet aftrekbaar.

De casus in *December II* illustreert dit scherp. Het ging om afscheidsbonussen aan het voltallige personeel van drie verkochte dochtervennootschappen. De bonussen waren afhankelijk van diensttijd, salaris en functioneren, en werden na de verkoop op 9 april 2015 ten laste van de verkopende moeder uitgekeerd. De inspecteur merkte deze afscheidsbonussen aan als niet-aftrekbare verkoopkosten. De afscheidsbonussen zouden immers zonder verkoop niet zijn betaald, zodat sprake was van een causaal verband met de transactie en de kosten onder het aftrekverbod vielen. De Hoge Raad corrigeert echter deze denklijn. Uiteraard is er een verband tussen de vervreemding en de afscheidsbonussen. Dit is echter niet voldoende om het aftrekverbod toe te passen. De bonussen zijn uitgekeerd als gevolg van de vervreemding en niet 'met het oogmerk om tot vervreemding te komen' (r.o. 4.4.2). Hiermee introduceert de Hoge Raad een scherp onderscheid: kosten *met het oog op* de transactie (niet-aftrekbaar) versus *kosten als gevolg van* de transactie (in beginsel aftrekbaar).

Kostensoorten in de praktijk

In de praktijk zijn er de volgende kosten te onderscheiden:

Niet-aftrekbare kosten

Het is behulpzaam om kostenposten te ordenen naar hun functie in het transactieproces. Due diligence-kosten (financieel, fiscaal, juridisch), kosten voor transactiedocumentatie (SPA) en notariële kosten voor levering zijn doorgaans nauw verweven met het realiseren van de verwerving. Zij worden door de transactie opgeroepen en zijn objectief nuttig of nodig om tot closing te komen. Bij een geslaagde deal liggen zij daarmee in de sfeer van art. 13, lid 1. Datzelfde geldt veelal voor succesfees en corporate finance-advies gericht op het tot stand brengen van de transactie.

Gemengde kosten

In de praktijk kan sprake zijn van kosten die zowel nut hebben voor de transactie als voor de financiering van de transactie. Hierbij kan worden gedacht aan de kosten van een due diligence-onderzoek. Uiteraard is dit onderzoek van belang in het kader van de overname, bijvoorbeeld om zicht te krijgen op de transactiewaarde en de benodigde vrijwaringen en garanties. Daarnaast kan het rapport ook van belang zijn om financiering te kunnen verkrijgen. In de rechtspraak is een verdelingsmaatstaf gehanteerd op basis van de EV/VV-verhouding van de overnameholding (Hof Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:724).[6] De staatssecretaris van Financiën erkent dat kosten van een due diligence-rapport onder omstandigheden deels in aftrek kunnen komen (Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2024, onderdeel 2.1.3.4).
De staatssecretaris is echter wel streng in de leer en meent dat kosten die van bijkomstige betekenis zijn voor de financiering, volledig onder het aftrekverbod vallen. Ook in het kennisdocument wordt expliciet de door Hof Amsterdam gehanteerde verdelingsmaatstaf afgewezen. Uit het arrest HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469 volgt overigens dat financieringskosten als hoofdregel direct in aftrek mogen worden

gebracht en dus niet hoeven te worden afgeschreven gedurende de looptijd van de financiering.

Interne kosten

Ook bij interne kosten doen zich in de praktijk vaak discussies voor. *December I* maakt duidelijk dat interne kosten onder het aftrekverbod kúnnen vallen; *December II* noodzaakt tot een scherpere functionele analyse. Daarbij gaat het niet alleen om additionele loonkosten (overuren), maar ook om reguliere salariskosten voor uren besteed aan de transactie, vermeerderd met een opslag voor indirecte kosten (huisvesting, ondersteunend personeel). Dat het salaris hoe dan ook zou zijn betaald, is volgens de staatssecretaris van Financiën geen reden om de kosten buiten het aftrekverbod te houden; bepalend is of de uren toerekenbaar zijn aan de transactie (Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2024, onderdeel 2.1.3.3).[7] Het kennisdocument bevat in dit verband het volgende voorbeeld: als een controller 10 procent van haar tijd besteedt aan een geslaagde vervreemding bij een jaarsalaris van € 100.000 en een indirecte-kostenopslag van 20 procent, bedragen de toerekenbare interne kosten € 12.000. Over de aftrekbeperking van interne kosten kan ook anders worden gedacht; in de literatuur is wel gesteld dat reguliere (salaris)kosten die ook zonder de transactie zouden zijn gemaakt, niet onder de aftrekbeperking vallen. Over interne kosten kan dus veel discussie ontstaan, aangezien de opvattingen van de staatssecretaris, de opvattingen in de literatuur en de jurisprudentie niet op één lijn liggen. Een grondige onderbouwing van interne kosten is cruciaal om goed voorbereid een discussie in te gaan.

Verzekeringen en geschillen

Ook als het gaat om kosten voor verzekeringen en geschillen is *December II* van groot belang. Volgens kennisgroepstandpunt KG:023:2024:2[8] en het besluit van 19 september 2024[9] kwalificeert de premie van een Warranty & Indemnity-verzekering als verwervingskost in de zin van art. 13, lid 1. Latere proceskosten over een claim onder die polis vallen echter niet onder het aftrekverbod: zij zijn niet nuttig of nodig geweest om tot de verwerving te komen. Een eventuele uitkering onder de polis is bij de koper onbelast (het opgeofferde bedrag wordt met de premie verhoogd, respectievelijk met de uitkering verlaagd).

Retentie- of afscheidsbonussen

Bij retentie- of afscheidsbonussen is de kernvraag of de bonus objectief nuttig of nodig was om de transactie te laten slagen. In *December II* oordeelde de Hoge Raad dat de afscheidsbonussen het gevolg waren van de vervreemding, niet een middel om die te bewerkstelligen. Anders kan het liggen als retentie expliciet is bedongen door de koper of als behoud van sleutelpersoneel aan toonbaar onderdeel was van de dealstructuur. Het kennisdocument vermeldt dat de Kennisgroep verzoekt retentiebonussen specifiek aan haar voor te leggen.

De twee December-arresten maken de praktijk niet eenvoudiger, maar wel systematischer.

Overige 'gevolgkosten'

In de praktijk kan na een transactie sprake zijn van verschillende 'gevolgkosten'. Denk aan de ontvlechting van een IT-systeem na de verkoop van een dochtervennootschap. Of aan kosten in verband met de integratie na een succesvolle aankoop. Na *December II* is duidelijk dat dergelijke 'gevolgkosten' niet onder de aftrekbeperking voor aan- en verkoopkosten vallen.

Dossiervorming

Omdat het toetsingskader sterk feitelijk is, is dossiervorming een inhoudelijke randvoorwaarde – geen compliance-bijzaak. De Belastingdienst behandelt het onderwerp in zijn kennisdocument als standaardthema.

Een *purpose memo* per kostencluster legt vast waarom kosten zijn gemaakt, welke deliverable zij ondersteunden en – sinds *December II* essentieel – waarom zij objectief nuttig of nodig waren om tot verwerving te komen, dan wel waarom dat juist niet het geval is. Een zinsnede als 'deze DD-kosten zijn gemaakt om garanties en vrijwaringen in de SPA te onderbouwen' plaatst de kosten in de transactiecontext. Een zinsnede als 'deze proceskosten zijn ontstaan uit een later geschil en hebben niet bijgedragen aan de totstandkoming van de verwerving' sluit aan bij het kennisgroepstandpunt over W&I-proceskosten.

Voor interne uren is een *kostenlog* nodig dat verder gaat dan een grootboekuitdraai: wie deed wat en met welk transactiedoel. Dat is vaak het verschil tussen een verdedigbare positie en een 'black box' die de inspecteur zelf invult.

Ten slotte verdient hergebruik van op de verkoop gerichte rapporten e.d. aandacht. *December I* behandelt de situatie waarin een eerste verkooppoging strandt en later een tweede poging slaagt (r.o. 2.5.4): per kostenpost moet worden beoordeeld in hoeverre de kosten ook zonder de eerste fase zouden zijn gemaakt. Een simpele notitie 'rapport X was alleen relevant voor beoogde koper A' kan veel discussie voorkomen.

Conclusie en open vragen

De twee December-arresten maken de praktijk niet eenvoudiger, maar wel systematischer. *December I* geeft het startpunt: transactiekosten vallen onder art. 13, lid 1 als zij door de transactie worden *opgeroepen* (causaliteitscriterium), ook wanneer het interne kosten betreft. Bovendien vraagt het arrest om activering als transitorische post zolang de uitkomst onzeker is. *December II* voegt daaraan toe dat de causaliteitsvraag niet mechanisch mag worden beantwoord: kosten moeten objectief *nuttig of nodig* zijn om de verwerving te realiseren. Er is dus een kernonderscheid tussen kosten die de transactie teweegbrengen en kosten die het gevolg zijn van de transactie.

Voor de praktijk ligt de winst in het proces: wie kosten structureel ordent en de functie documenteert, kan een beter onderbouwde positie innemen.

Er blijven in de praktijk open vragen. De afbakening van interne kosten – transactie-specifiek of ook zonder transactie gemaakt? – zal geschilgevoelig blijven, juist omdat *December I* interne kosten niet uitsluit en *December II* een functionele toets introduceert. Ook personeelsbonussen zijn vaak onderwerp van debat: wanneer is retentie 'deal-critical', en wanneer zijn kosten alleen het gevolg van de verkoop? En waar precies ligt de grens tussen kosten die objectief 'nuttig of nodig' zijn en kosten die op een andere wijze met de transactie samenhangen? De arresten bieden het vocabulaire om dat debat te voeren, maar niet de uitkomst; die volgt uit de feiten.

Noten

1. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2264 (December I).
2. HR 22 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1793 (December II).
3. Kennisdocument aan- en verkoopkosten deelneming, Kennisgroep deelnemingsvrijstelling, stand 1 februari 2024.
4. Zie hierover R.J. de Vries, Aan- en verkoopkosten in relatie tot deelnemingen, WFR 2009/85.
5. Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3835.
6. Hof Amsterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:724.
7. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2024, onderdeel 2.1.3.3.
8. KG:023:2024:2 Proceskosten W&I-verzekering en aankoopkosten deelneming, Kennisgroep deelnemingsvrijstelling.
9. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 19 september 2024.