

## Deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op belang in callopties in verband met de 'short cum-ex-transactie'

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Amsterdam, 02-10-2018 nr. 17/00317 en 17/00318
<b>Zaaknummer(s)</b>	17/00317 en 17/00318
<b>Datum uitspraak</b>	02-10-2018
<b>Belastingjaar/tijdvak</b>	2007
<b>Trefwoorden</b>	resultaat, beurs, dividendvervangende betaling, Duitse dividendstripping, EUREX, optiebeurs, XETRA
<b>Rubriek</b>	Winst
<b>Wetsartikelen</b>	Wet VPB 1969 - art. 13
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:GHAMS:2018:3507
<b>Brondocumenten</b>	Gerechtshof Amsterdam 2 oktober 2018, nrs. 17/00317 en 17/00318
<b>Auteur</b>	mr. N.I. Groenland
<b>NTFR</b>	2018/2729
<b>Datum publicatie</b>	30-11-2018
<b>NTFR</b>	

### Samenvatting

Belanghebbende is een market maker die zich in 2007 heeft beziggehouden met een cum-ex-transactie in aandelen in een Duits beursfonds. Deze transactie was primair gericht op het realiseren van een voordeel omdat belanghebbende niet verplicht was dividendbelasting in te houden en aan de Duitse fiscus af te dragen, terwijl haar wederpartij, de kopers van door belanghebbende bezitloos verkochte aandelen, kennelijk in de veronderstelling verkeerden recht te hebben op verrekening/teruggaaf door de Duitse fiscus van op een dividendvervangende betaling betrekking hebbende dividendbelasting. Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat het hiermee door haar behaalde resultaat niet in Nederland kan worden belast, omdat daarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en omdat het is toe te rekenen aan een Antilliaanse vaste inrichting. Het hof is echter van oordeel dat ter zake van het resultaat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Het hof overweegt hierbij dat niet aannemelijk is geworden dat sprake is geweest van een opsplitsen van een aandeel in een optie en het (resterende) aandeel, en al helemaal niet dat een dergelijk opsplitsen voorwerp van een overeenkomst tussen belanghebbende en de schrijver van de optie is geweest. Van het resultaat kan niet meer aan de Antilliaanse vaste inrichting worden toegerekend dan het bedrag dat de inspecteur reeds in aanmerking heeft genomen bij de uitspraak op bezwaar.

(Hoger beroep gegrond.)

### Commentaar

Voor meer achtergrond van de transacties in onderhavige casus verwijs ik naar r.o. 8.1 t/m 8.21 van Rechtbank Noord-Holland 12 mei 2017, nr. 14/2647, NTFR 2017/1947 (met commentaar van De Jonge) en voor een gedetailleerde uitleg van short cum-ex-transacties met Duitse aandelen in het algemeen verwijs ik naar r.o. 4.1, 4.2 en 4.3.

In hoger beroep richten de primaire geschilpunten zich op de volgende vragen.

- 1 Vormen de callopties en/of de verplichting tot levering van aandelen in het Duitse beursfonds uit hoofde van de bezitloze verkoop een deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969?
- 2 Vormen de aandelen die belanghebbende heeft gekocht dan wel de aandelen die

belanghebbende door uitoefening van callopties op een bepaald moment heeft verkregen een deelneming?

- 3 Als sprake is van een deelneming, is het door belanghebbende uit hoofde van die rechtsverhoudingen genoten voordeel van de transactie dan aan te merken als een voordeel uit hoofde van een deelneming?

De eerste vraag beantwoordt het hof ontkennend. De kern van deze overwegingen komen erop neer dat indien callopties worden geschreven op aandelen en deze aandelen bij de optieschrijver niet behoren tot een deelneming (de ongedekt geschreven callopties), de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op deze opties, ook al geven de opties aan de wederpartij bij uitoefening recht op meer dan 5% van het nominaal gestorte kapitaal in het Duitse beursfonds. Dit geldt eveneens indien putopties worden geschreven en de koper van deze opties op dat moment geen als deelneming aan te merken belang heeft bij de aandelen waarop de opties zien (de ongedekt geschreven putopties).

Opmerkelijk is overigens nog dat het hof de overweging bekrachtigt waarin de rechtbank de suggestie wekt dat ter zake van beurstransacties met (on)gedekte opties in de regel ervan kan worden uitgegaan dat geen sprake is van een deelnemingsrelatie bij een van de betrokken partijen en dat de transacties ook niet zullen resulteren in het ontstaan van een deelneming (zie r.o. 4.5.4.3). Deze overweging lijkt zonder nadere motivering een voor de praktijk onaanvaardbare uitkomst te hebben. De vraag rijst in welke gevallen deze (hoofd)regel voor beurstransactie met (on)gedekte opties niet opgaat en sprake is van een uitzonderingssituatie.

Anders dan de rechtbank in eerste aanleg wordt de tweede vraag door het hof ontkennend beantwoord (zie r.o. 4.9.4). Het hof overweegt dat vast is komen te staan dat ook andere marktpartijen in het bezit waren van vergelijkbare callopties in het Duitse beursfonds. Dit gegeven en de beperkte omvang van de verhandelbare aandelen (de free float) van het Duitse fonds maken het niet waarschijnlijk dat de aandelen waarop de opties recht gaven, bij gelijktijdige uitoefening van die opties in grote aantallen, leverbaar zouden kunnen zijn. Het was in onderhavige casus volgens het hof niet waarschijnlijk dat de uitoefening van de callopties tot een deelneming heeft geleid.

Ten aanzien van de derde vraag overweegt het hof – overigens geheel ten overvloede – dat de deelnemingsvrijstelling ertoe strekt te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Het hof legt de term ‘dezelfde winst’ zo uit dat niet iets anders kan zijn bedoeld dan winst van het Duitse beursfonds waarin de belastingplichtige een deelneming zou hebben. Het voordeel uit hoofde van de rechtsverhoudingen (lees: de dividendvervangende betalingen) vindt geen oorzaak in bedrijfsuitoefening van het Duitse beursfonds. Op basis hiervan concludeert het hof dat voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling het vereiste causaal verband tussen het voordeel en de deelneming ontbreekt. Dit vereiste causale verband komt in de tekst van art. 13, lid 1, Wet VPB 1969 tot uiting in de woorden ‘uit hoofde van’. Deze conclusie van het hof overtuigt en is mijns inziens helder gemotiveerd.

Het subsidiaire geschilpunt in hoger beroep concentreert zich op de vraag in hoeverre dit resultaat van de transactie tot de winst behoort van de op Curaçao aanwezige vaste inrichting van belanghebbende indien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Het hof is, wederom anders dan de rechtbank, van oordeel dat niet aannemelijk is gemaakt dat de werkzaamheden van de vaste

inrichting in het kader van de transactie van meer dan uitvoerende aard zijn geweest en dat deze werkzaamheden op zakelijke basis meer winst moest worden toegerekend dan het door de inspecteur vastgestelde bedrag. Volgens het hof is deze toerekening op basis van de verrichte werkzaamheden al zeer aanzienlijk, en gelet op het behaalde voordeel, passend in onderhavige casus. Zonder inzicht te hebben in de hoogte van de bedragen – er zijn geen bedragen in de uitspraak opgenomen – valt geen commentaar te geven op de aanvaardbaarheid van deze toerekening (en het oordeel van het hof op dit geschilpunt).

[1] Mr. N. I. Groenland is werkzaam bij Clifford Chance LLP.

Datum: 15-7-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2018-2729>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.