

Het Multi-vastgoedarrest is 20 jaar: (op sterven na) dood of nog springlevend?!

Een exploratief onderzoek naar de fiscale relevantie van het Multi-vastgoedarrest voor ontwikkelaars van Nederlands vastgoed



Scriptie: opleiding Master of Real Estate (MRE)
Jaargang: 2016-2018
Auteur: Leyla Yildirim LLM
Begeleider: prof. dr. mr. H. Vermeulen

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie ‘Het Multi-vastgoedarrest is 20 jaar: (op sterven na) dood of nog springlevend?!’. Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de tweejarige opleiding Master of Real Estate (MRE) aan de Amsterdam School of Real Estate (ASRE). In deze scriptie is exploratief onderzoek uitgevoerd naar de relevantie van het Multi-vastgoedarrest voor ontwikkelaars van Nederlands vastgoed in het bijzonder op het gebied van de vennootschapsbelasting. Dit is een vraag waar mijn collega’s en ik in de vastgoedbelastingadviespraktijk steeds vaker mee worden geconfronteerd. Tot op heden kon hier geen eenduidig antwoord op worden gegeven. Met deze scriptie hoop ik met behulp van een raamwerk handvatten te bieden aan de diverse partijen die hiermee te maken krijgen en een positieve bijdrage te kunnen leveren aan de verdere ontwikkeling van dit leerstuk.

Het schrijven van deze scriptie heb ik als uiterst leerzaam en zeer uitdagend ervaren, voornamelijk vanwege de diverse uitdagingen in mijn leven waarvoor ik tijdens het schrijven van deze scriptie heb gestaan. Ik ben dan ook bijzonder verheugd dat ik het heb doorgezet, de uitdagingen heb overwonnen en uiteindelijk een resultaat heb bereikt dat zelfs mijn eigen verwachtingen heeft overtroffen. In de afgelopen periode heb ik niet alleen op vastgoed en wetenschappelijk gebied veel geleerd, maar nog meer op persoonlijk vlak. Dit heeft me bewuster, breder en sterker gemaakt.

Op deze plaats wil ik dan ook graag iedereen bedanken die daaraan heeft bijgedragen. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar Hein Vermeulen voor zijn grenzeloze begrip, deskundigheid en effectieve begeleiding tijdens het schrijven van mijn scriptie. Daarnaast gaat mijn dank uit naar alle geïnterviewden voor de tijd die ze hebben willen vrij maken voor de afname van de interviews en voor hun openheid tijdens de gesprekken. Hun bijdrage aan mijn scriptie was van grote waarde en wordt door mij enorm gewaardeerd. Tenslotte wil ik mijn collega’s van het PwC real estate team en mijn lieve familie enorm bedanken voor de steun die zij mij tijdens de opleiding hebben geboden. Jullie waren er voor me, ook als ik weer afwezig of niet te genieten was. Hopelijk is het niet voor niets geweest. Ik wens u veel leesplezier toe.

Amsterdam, 30 januari 2019

Samenvatting

In de afgelopen jaren zijn er weer volop nieuwe vastgoedprojecten geïnitieerd. In de praktijk is het onder partijen die zich met projectontwikkeling bezighouden gebruikelijk om elk te ontwikkelen vastgoedproject onder te brengen in een separate vennootschap, een zogeheten projectvennootschap. Het gebruik van een separate projectvennootschap biedt tevens als voordeel dat de verkoop van een vastgoedproject behalve door de vervreemding van het project zelf, ook door de vervreemding van de aandelen in de desbetreffende projectvennootschap kan plaatsvinden. Bij een dergelijke aandelentransactie wordt de praktijk vaak geconfronteerd met de vraag of rekening dient te worden gehouden met de toepassing van de zogeheten tweeprocentsformule uit het arrest van 17 augustus 1998, nr. 32 997, ook wel aangeduid als het Multi-vastgoedarrest. De toepassing van de tweeprocentsformule heeft tot gevolg dat in plaats van de gehele winst behaald met de verkoop van de aandelen in de projectvennootschap, slechts 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van een vastgoedproject onder de deelnemingsvrijstelling kan worden verantwoord en derhalve dat slechts dat beperkte gedeelte niet wordt belast met vennootschapsbelasting bij de verkoper van de aandelen in de projectvennootschap.

Het doel van dit onderzoek is het verkrijgen van inzicht in de toepassing van de tweeprocentsformule rekening houdend met de huidige Nederlandse fiscale wet- en regelgeving, de thans geldende jurisprudentie en de hedendaagse maatschappelijke realiteit, zodat door ontwikkelende partijen die actief zijn op de Nederlandse vastgoedmarkt vanuit dit kader nieuwe vastgoedprojecten kunnen worden gepland en ontwikkeld. Hiervoor is de volgende centrale onderzoeksvraag opgesteld: *is de leer uit het Multi-vastgoedarrest 20 jaar na dato nog steeds geldend recht en in de praktijk algemeen aanvaard?*

Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is allereerst onderzoek verricht naar het geheel van voorwaarden en omstandigheden waaronder de tweeprocentsformule bij de inbreng van locatielkennis voor een vastgoedproject in een projectvennootschap dient te worden toegepast. Hieruit is gebleken dat voor de toepassing van de tweeprocentsformule een dergelijke transactie aan twee voorwaarden moet voldoen. Ten eerste dient op het moment van overdracht van de locatielkennis een aanmerkelijke onzekerheid te bestaan over de waardering van het project. Ten tweede dient door de verkrijgende projectvennootschap geen eigen projectbijdrage te worden geleverd aan de verdere ontwikkeling en realisatie van de onroerende zaak, omdat hiervoor steeds in een contractuele relatie met een aan de projectvennootschap gelieerde partij is voorzien.

Vervolgens is door middel van literatuur- en jurisprudentieonderzoek nagegaan in hoeverre het Multi-vastgoedarrest nog in overeenstemming is met thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving, wat de commentaren in de Nederlandse fiscale vakliteratuur op of naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest zijn geweest en of het bepaalde in het Multi-vastgoedarrest navolging heeft gevonden in nadien gewezen jurisprudentie. Uit dit onderzoek blijkt dat op basis van de thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving een transactie slechts met behulp van een winstvoorbehoud, oftewel een winstafhankelijke vergoeding, zakelijk kan worden gemaakt, indien door de gelieerde partij onder vergelijkbare omstandigheden in vergelijkbare transacties met onafhankelijke derden ook een winstvoorbehoud wordt toegepast of zou zijn toegepast. Naar de mening van de staatssecretaris van Financiën zal bij een overdracht van locatielkennis waarvan de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is tussen onafhankelijke derden naar alle waarschijnlijkheid een prijsaanpassingsclausule worden overeengekomen. De OESO-richtlijnen erkennen daarentegen dat in een dergelijk geval onder omstandigheden ook een vaste zakelijke prijs kan worden afgesproken. In de commentaren in de vakliteratuur wordt daarnaast tot uiting gebracht dat, in tegenstelling tot hetgeen is bepaald in het Multi-vastgoedarrest, de ontwikkelwinst met name aan de tweede fase van het projectontwikkelingsproces, oftewel de planontwikkelingsfase, moet toekomen, omdat in deze fase van het projectontwikkelingsproces de meeste waarde zou worden gecreëerd.

Volgens de bevindingen uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de toepassing van de tweeprocentformule geen navolging heeft gevonden in de Nederlandse jurisprudentie en dat de Nederlandse belastingrechter zakelijk handelen in principe gelijkstelt aan at arm's length-handelen. Het Hof van Justitie lijkt echter het zakelijkheidsbegrip (voor de toepassing van het Europese recht) ruimer

uit te leggen. Dit zou kunnen betekenen dat het niet at arm's length-handelen door een projectontwikkelaar met zijn projectvennootschap, zoals het geval was in het Multi-vastgoedarrest, toch zakelijk kan zijn, indien de overdracht van locatiekennis om niet door commerciële redenen kan worden gerechtvaardigd.

Tot slot is met behulp van diepte-interviews onder vooraanstaande ontwikkelaars en specialisten aanvullend onderzoek verricht naar de juistheid van de door de Hoge Raad in het Multi-vastgoedarrest gehanteerde veronderstellingen ten aanzien van de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk. De uitkomst hiervan is dat de veronderstellingen die ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de Hoge Raad in het Multi-vastgoedarrest geheel niet aansluiten bij de realiteit. Dit met uitzondering van de veronderstelling dat locatiekennis waarde heeft.

De conclusie van het onderzoek in deze scriptie is derhalve dat de centrale onderzoeksvraag negatief dient te worden beantwoord en een oordeel van de Hoge Raad op basis van de huidige wet- en regelgeving en EU-jurisprudentie over de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bij inbreng van vastgoedprojecten gedurende de aanloopfase in een projectvennootschap zeer gewenst is voor de praktijk.

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst.....	6
1. Inleiding	7
1.1 Aanleiding.....	7
1.2 Probleemstelling.....	8
1.3 Doelstelling	8
1.4 Centrale onderzoeksvraag.....	8
1.5 Deelvragen	8
1.6 Afbakening	9
1.7 Conceptueel model	9
1.8 Methodologie.....	10
1.9 Relevantie.....	10
1.10 Leeswijzer.....	10
2. Het Multi-vastgoedarrest van 17 augustus 1998	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Casus	11
2.3 Standpunten van partijen	12
2.4 Het geschil	13
2.5 Uitspraak Gerechtshof Amsterdam.....	13
2.6 Conclusie Plaatsvervangend Procureur-Generaal Van Soest	15
2.7 Arrest Hoge Raad	15
2.8 Tussenconclusie	16
3.1 Inleiding	18
3.2 Het totaalwinstbeginsel	18
3.3 Het arm's-lengthbeginsel.....	19
3.4 Het OESO-modelverdrag en de OESO-richtlijnen.....	19
3.4.1 Transacties met immateriële activa met een hoogst onzekere waardering	20
3.4.2 Transacties met moeilijk te waarderen immateriële activa.....	21
3.5 Het Verrekenprijzenbesluit 2018	22
3.5.1 Transacties met (im)materiële activa	23
3.5.2 Prijsbepaling bij hoogst onzekere waardering van immateriële activa	24
3.5.3 Prijsbepaling bij moeilijk te waarderen immateriële activa	24
3.6 Deelnemingsvrijstelling.....	25
3.7 Tussenconclusie.....	25
4. Commentaren op het Multi-vastgoedarrest	27
4.1 Inleiding	27
4.2 Commentaren op het Multi-vastgoedarrest	27
4.2.1 Van der Wal	27
4.2.2 Langereis	28
4.2.3 Redactie Vakstudie Nieuws.....	29
4.2.4 Hoogendoorn	29
4.2.5 Van der Heijden en Lubbers	30
4.3 Opvattingen naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest.....	30
4.3.1 Van Egdom	30
4.3.2 De Win en Broekman.....	30
4.3.3 Berkhout en Van der Heijden.....	30
4.3.4 De minister van Financiën	31
4.3.5 Bureau redactie NTFR.....	31

4.4 Tussenconclusie	32
5. Jurisprudentie na het Multi-vastgoedarrest.....	34
5.1 Inleiding	34
5.2 Jurisprudentie omtrent waardering van onroerende zaken	34
5.2.1 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3117	34
5.2.2 Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF7794.....	35
5.2.3 Hof Amsterdam 14 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4329.....	35
5.2.4 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0172.....	36
5.3 Jurisprudentie omtrent waardering van overige activa	36
5.3.1 HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2724	36
5.3.2 Hof 's-Gravenhage 23 januari 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AV6592	37
5.3.3 HR 6 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8777.....	38
5.3.4 HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366.....	38
5.4 Tussenconclusie	40
6. Interviews	41
6.1 Inleiding	41
6.2 Getoetste veronderstellingen.....	41
6.3 Geïnterviewden	42
6.4 Resultaten getoetste veronderstellingen	43
6.5 Tussenconclusie	46
7. Conclusies, reflectie en aanbevelingen	47
7.1 Inleiding	47
7.2 Beantwoording centrale onderzoeksvraag en (sub)deelvragen	47
7.3 Reflectie	49
7.4 Aanbevelingen voor eventueel vervolgonderzoek	49
Literatuurlijst	50
Jurisprudentielijst	52
Bijlage 1: Vragenlijst interviews	53

Afkortingenlijst

AG	Advocaat-Generaal
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
btw	Belasting over de toegevoegde waarde c.q. omzetbelasting
e.a.	en andere(n)
fbi	Fiscale beleggingsinstelling
FED	FED Fiscaal Weekblad
Hof	Gerechtshof
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
i.e.	is est
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
Minister	minister van Financiën
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal recht
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-richtlijnen	Richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten
Plv. P-G	Plaatsvervangend Procureur-Generaal
Rb.	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging
Staatssecretaris	staatssecretaris van Financiën
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WBR	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968
V-N	Vakstudienieuws
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Voor de ontwikkeling van nieuwe bouwprojecten zijn projectontwikkelaars voortdurend op zoek naar geschikte locaties. Dit houdt in dat zij vaak middels de relaties die zij hebben opgebouwd met onder meer aannemers, makelaars, beleggers, architecten en gemeenten, behoeften aan een bepaald soort gebouw signaleren en vervolgens zorgdragen voor het beschikbaar komen van de gewenste bouwgrond. Zodra een dergelijke locatie is gevonden, vindt in een projectontwikkelingsproces achtereenvolgens planontwikkeling (in financiële, commerciële, juridische en ontwerptechnische zin), realisatie en afzet (zoals de verkoop, levering aan de koper en/of huurder en het wegwerken van onvolkomenheden) van het vastgoedproject plaats.¹

In de praktijk is het onder partijen die zich met projectontwikkeling bezighouden, zoals projectontwikkelaars en ontwikkelende beleggers, gebruikelijk om elk te ontwikkelen vastgoedproject onder te brengen in een separate (besloten) vennootschap, een zogeheten projectvennootschap. Het onderbrengen van de te ontwikkelen vastgoedprojecten in aparte projectvennootschappen heeft meerdere voordelen. De belangrijkste hiervan zijn: het bieden van bescherming tegen overige risicovolle(re) projectontwikkelingsactiviteiten en belangrijke activa, zoals onroerende zaken en overtollige winstreserves, het bieden van inzicht in de financiële positie van elk individueel project, zodat ieder project op zijn eigen financiële merites kan worden beoordeeld en het biedt flexibiliteit in organisatorische zin, waardoor bijvoorbeeld investeerders sneller en goedkoper aan boord kunnen stappen van een bepaald project en/of joint ventures met andere partijen kunnen worden opgezet.

Het gebruik van separate projectvennootschappen biedt daarnaast als voordeel dat de verkoop van vastgoedprojecten zowel door vervreemding van aandelen in de desbetreffende projectvennootschap (aandelentransactie) als door vervreemding van het project zelf (onroerende zaaktransactie) kan plaatsvinden. Diverse factoren van strategische en/of subjectieve aard kan de keuze voor een bepaalde transactie bepalen. Vanuit de directe belastingen gezien is voor de koper in principe de onroerende zaaktransactie gunstiger, omdat veelal op de aankoop prijs van de onroerende zaak kan worden afgeschreven.² Voor de verkoper is vanuit fiscaal perspectief de verkoop van aandelen gunstiger, omdat bij verkoop van aandelen in een projectvennootschap veelal een beroep kan worden gedaan op de deelnemingsvrijstelling.³ Door toepassing van de deelnemingsvrijstelling is door de verkoper geen vennootschapsbelasting verschuldigd over de winst behaald met de verkoop van aandelen in de projectvennootschap. In de praktijk wordt echter de uitgestelde fiscale heffing bij een aandelentransactie vaak verrekend in een lagere koopprijs.

Bij vastgoedprojecten die binnen een concern zijn ondergebracht in een projectvennootschap, is de omvang van het voordeel dat door toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan worden behaald, mede afhankelijk van de vergoeding die voor de inbreng is bedongen. Voor fiscale doeleinden dient deze vergoeding op zakelijk handelen te berusten. In het arrest van 17 augustus 1998, nr. 32 997, ook wel aangeduid als het Multi-vastgoedarrest, aanvaardde de HR voor het eerst een formule aan de hand waarvan een zakelijke prijs dient te worden berekend voor de overdracht van kennis en wetenschap omtrent geschikte locaties voor nieuwe vastgoedprojecten. Deze formule stelt dat onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden de bedongen overdrachtprijs slechts zakelijk is, indien deze gelijk is aan de winst gerealiseerd met de verkoop van het vastgoedproject met uitzondering van 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van het project (hierna te noemen: “**de tweeprocentsformule**”). Dit heeft tot gevolg dat in plaats van de gehele winst behaald met de verkoop van de aandelen in de projectvennootschap, slechts 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van een vastgoedproject onder de deelnemingsvrijstelling dient te worden verantwoord bij de

¹ Zie ook Van Gool e.a. 2013, p. 133-134. Hierin worden de volgende vier fasen onderscheiden: de initiatief-, de contract-, de realisatie- en de afzetfase.

² Met uitzondering van grond en inachtneming van de bodemwaarde.

³ Tenzij sprake is van voorraad hetgeen niet vaak aan de orde is.

aandeelhouder van de projectvennootschap en derhalve dat beperkte gedeelte niet wordt belast met vennootschapsbelasting.

Hoewel de tweeprocentsformule destijds tot (enige) kritiek uit de praktijk leidde, kreeg het in de afgelopen jaren (vermoedelijk vanwege de financiële crisis) geen bijzondere aandacht. Na afloop van de crisis zijn er echter weer volop nieuwe vastgoedprojecten geïnitieerd door projectontwikkelaars en ontwikkelende beleggers. Als gevolg daarvan wordt de praktijk wederom geconfronteerd met de vraag of bij de verkoop van een projectvennootschap rekening dient te worden gehouden met de toepassing van de tweeprocentsformule uit het Multi-vastgoedarrest.

1.2 Probleemstelling

Doordat het voor belastingadviseurs niet geheel duidelijk is wat de reikwijdte is van het Multi-vastgoedarrest, kan vaak geen eenduidig antwoord worden gegeven op de vraag onder welke voorwaarden en omstandigheden de tweeprocentsformule dient te worden toegepast. Gezien de mogelijke financiële impact die de toepassing van de tweeprocentsformule kan hebben, is het verkrijgen van zekerheid vooraf van de belastingdienst over de fiscale behandeling van de inbreng van het nieuw te ontwikkelen vastgoedproject in een separate projectvennootschap en/of verkoop van een projectvennootschap zeer gewenst. De ervaring leert echter dat ook de belastingdienst vaak niet bereidwillig is om hierover vooraf een standpunt in te nemen en derhalve voorzichtigheidshalve iedere voorgelegde casuspositie in beginsel onder de reikwijdte van het Multi-vastgoedarrest schaaft. Ook uit de fiscale vakliteratuur is geen eenduidig advies te destilleren omtrent de reikwijdte van het bepaalde in het Multi-vastgoedarrest. In deze bijdragen worden zowel positieve als kritische kanttekeningen geplaatst bij de toepassing van de tweeprocentsformule uitgaande van de thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving, gewezen jurisprudentie en de maatschappelijke realiteit.

1.3 Doelstelling

De doelstelling van het onderzoek in deze scriptie is het verkrijgen van inzicht in de toepassing van de voormelde tweeprocentsformule uit het Multi-vastgoedarrest en het bieden van duidelijke kaders en richtlijnen voor de toepassing van deze tweeprocentsformule, die recht doen aan de huidige Nederlandse fiscale wet- en regelgeving, de thans geldende jurisprudentie, de hedendaagse maatschappelijke realiteit en de gewenste rechtszekerheid, zodat door projectontwikkelaars en ontwikkelende beleggers die actief zijn op de Nederlandse vastgoedmarkt vanuit dit kader nieuwe vastgoedprojecten kunnen worden gepland en ontwikkeld.

1.4 Centrale onderzoeksvraag

Het voorgaande leidt tot de vraag wat de betekenis is van het Multi-vastgoedarrest voor de hedendaagse ontwikkelaars van Nederlandse vastgoedprojecten. De centrale onderzoeksvraag waarop het onderzoek in deze scriptie een antwoord wordt gegeven luidt derhalve:

“Is de leer uit het Multi-vastgoedarrest 20 jaar na dato nog steeds geldend recht en in de praktijk algemeen aanvaard?”

1.5 Deelvragen

Ter beantwoording van de centrale vraag worden in dit onderzoek de volgende deelvragen (en subvragen) beantwoord:

1. welke criteria hanteert de HR in het Multi-vastgoedarrest voor toepassing van de tweeprocentsformule?
2. onder welke voorwaarden en omstandigheden dient krachtens de thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving de methode van winstvoorbehoud, oftewel een winstafhankelijke vergoeding, voor de overdracht van immateriële activa binnen concernverband te worden toegepast?

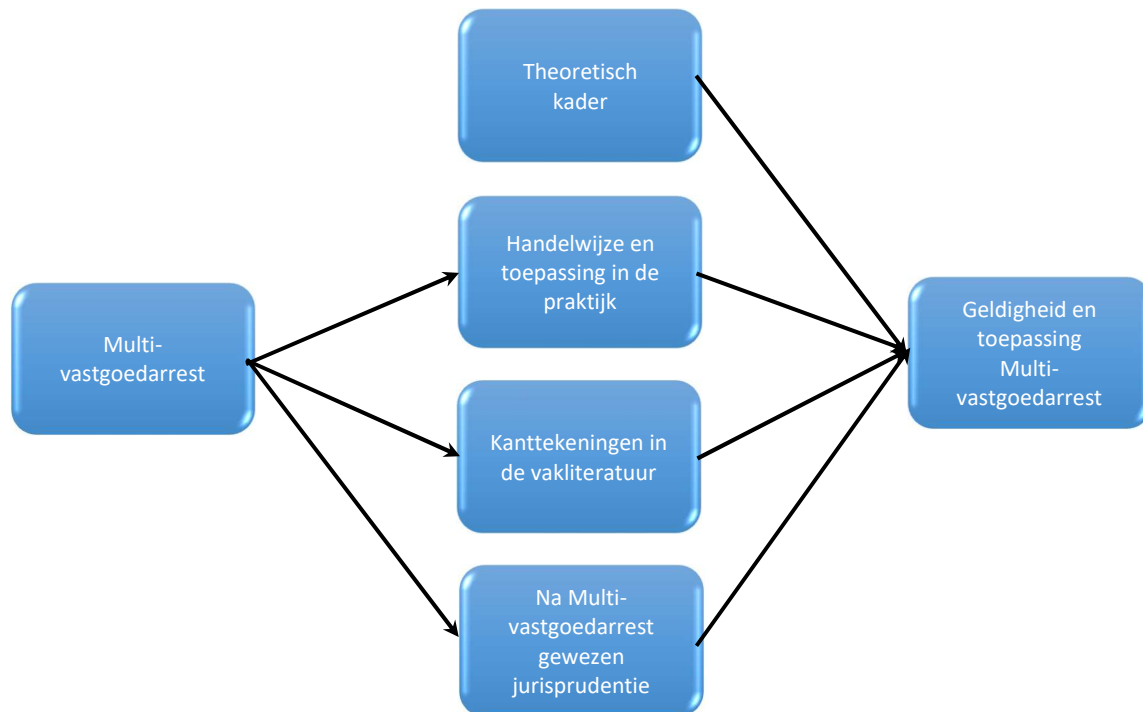
3. wat waren de commentaren in de fiscale vakliteratuur naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest?
4. heeft de toepassing van de tweepercentformule of de methode van winstvoorbehoud voor de overdracht van (vastgoed)projecten binnen concernverband navolging gevonden in de Nederlandse jurisprudentie gewezen na het Multi-vastgoedarrest?
5. wat is de betekenis van het Multi-vastgoedarrest voor de vastgoedontwikkelaars?
 - i) sluiten de in het Multi-vastgoedarrest gehanteerde cruciale veronderstellingen omtrent de vastgoedontwikkelp praktijk die voor de toepassing van de tweepercentformule ten grondslag zijn gelegd aan bij de maatschappelijke realiteit?
 - ii) wat is in de praktijk de impact geweest van het Multi-vastgoedarrest op het handelen van vastgoedontwikkelaars?

1.6 Afbakening

Het onderzoek in deze scriptie heeft uitsluitend betrekking op het Nederlandse recht voor directe belastingen en is derhalve van belang voor belastingplichtigen in Nederland. Nu de zaak in het Multi-vastgoedarrest op de fiscale behandeling van de inbreng en de verdere totstandkoming van vastgoedprojecten zag, wordt in dit onderzoek met name gefocust op Nederlandse projectontwikkelaars. In het kader van deze scriptie wordt onder vastgoedprojecten verstaan: de totstandkoming, oftewel de ontwikkeling en realisatie van onroerende zaken van enige omvang. De door de Nederlandse belastingrechter gehanteerde veronderstellingen hadden alle te maken met de gebruikelijke wijze van handelen binnen de Nederlandse vastgoedontwikkelp praktijk. Het onderzoek wordt zodoende in dit kader beperkt tot ontwikkelaars die actief zijn in de Nederlandse vastgoedontwikkelp praktijk.

1.7 Conceptueel model

Het conceptueel model voor het toetsend onderzoek in deze scriptie is hieronder in figuur 1 weergegeven.



Figuur 1: Conceptueel model

1.8 Methodologie

Dit onderzoek betreft een exploratief onderzoek. Door middel van zowel bureau- als veldonderzoek wordt getoetst of het Multi-vastgoedarrest nog steeds geldend recht vormt en hoe de praktijk hier invulling aan heeft gegeven. Hiervoor is gebruik gemaakt van verschillende kwalitatieve onderzoeksmethoden. Allereerst is onderzoek verricht naar de reikwijdte van het arrest door na te gaan onder welke voorwaarden en omstandigheden volgens de HR de tweeprocentsformule moet worden toegepast bij de inbreng van locatiekennis voor een vastgoedproject in een separate dochtervennootschap en in hoeverre deze formule ook toepassing moet vinden bij inbreng van (andersoortige) activa met betrekking tot vastgoedprojecten waarvan de ontwikkeling zich in een verder of minder ver gevorderd stadium bevindt. Vervolgens wordt nagegaan in hoeverre deze uitspraak in overeenstemming is met thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving, de fiscale vakliteratuur en nadien gewezen relevante jurisprudentie op dit gebied.

Hiertoe wordt allereerst een literatuuronderzoek gedaan naar de thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving om het wettelijke kader en daarmee de theoretische achtergrond van de methode van winstvoorbehoud (waarop de tweeprocentsformule is gebaseerd) te schetsen en te toetsen aan het Multi-vastgoedarrest. Vervolgens wordt literatuuronderzoek gedaan naar de commentaren die over het Multi-vastgoedarrest zijn gepubliceerd. Nadien zal er een jurisprudentieonderzoek plaatsvinden waarbij wordt bestudeerd welke feiten en omstandigheden bij inbreng van (im)materiële activa in een concernvennootschap relevant worden geacht voor een verplichte toepassing van de methode van winstvoorbehoud en worden deze voorwaarden en omstandigheden naast het Multi-vastgoedarrest gelegd.

Tot slot worden ter beoordeling en validatie van de cruciale veronderstellingen die ten grondslag hebben gelegen aan de geïntroduceerde tweeprocentsformule en ter bepaling van de eventuele impact van het Multi-vastgoedarrest op het handelen van ontwikkelende partijen, een achttal diepte-interviews afgenomen onder vooraanstaande ontwikkelaars en specialisten in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling.

1.9 Relevantie

Door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting op de ontvangen vergoeding is in beginsel voor een in Nederland belastingplichtige ontwikkelaar de verkoop van de aandelen in de projectvennootschap fiscaal ‘voordeliger’ dan de verkoop van de onroerende zaak zelf. De omvang van dit fiscaal voordeel is (mede) afhankelijk van de toepassing van de tweeprocentsformule uit het Multi-vastgoedarrest. De bevindingen uit het onderzoek in deze scriptie zijn derhalve in het bijzonder relevant voor ontwikkelaars van in Nederland gelegen vastgoedprojecten en uiteraard de belastinginspecteurs die hiermee te maken krijgen. Aangezien de omvang van de door de ontwikkelaar genoten voordeel bij de verkoop van de aandelen in de projectvennootschap tevens van belang is voor de koper van het project, zijn de bevindingen uit dit onderzoek tevens voor de kopers van Nederlandse vastgoedprojecten van belang. De exacte impact voor deze partijen zou in vervolgonderzoeken nader onderzocht en gekwantificeerd kunnen worden.

1.10 Leeswijzer

Hoofdstuk 2 beschrijft het Multi-vastgoedarrest en dient ter beantwoording van de eerste deelvraag. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de theoretische achtergrond geschetst en het oordeel van de HR in het Multi-vastgoedarrest aan deze toepasselijke wet- en regelgeving getoetst ter beantwoording van de tweede deelvraag. Hoofdstuk 4 geeft een samenvatting van de commentaren in de fiscale vakliteratuur naar aanleiding van Multi-vastgoedarrest en beantwoordt de derde deelvraag. Hoofdstuk 5 geeft een samenvatting van de gewezen relevante jurisprudentie na het Multi-vastgoedarrest en geeft een antwoord op de derde deelvraag. Hoofdstuk 6 geeft een samenvatting van de bevindingen die middels interviews zijn verkregen omtrent de juistheid van de gehanteerde veronderstellingen in het Multi-vastgoedarrest en geeft een antwoord op de vijfde en laatste deelvraag. Afgesloten wordt met hoofdstuk 7 waarin de centrale onderzoeksvraag en de deelvragen worden beantwoord en een aantal aanbevelingen worden geformuleerd.

2. Het Multi-vastgoedarrest van 17 augustus 1998

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het Multi-vastgoedarrest, waarin voor het eerst de tweeprocentsformule werd geïntroduceerd. De toepassing en reikwijdte van dit arrest wordt nader onderzocht en verder uitgewerkt. Afgesloten wordt met een samenvatting van de belangrijkste bevindingen inclusief een overzicht van de gehanteerde veronderstellingen en criteria voor de toepassing van de tweeprocentsformule.

2.2 Casus

Belanghebbende in deze zaak is een besloten vennootschap opgericht in 1980 wier activiteiten mede bestaan uit het ontwikkelen van projecten en het financieren van ondernemingen al dan niet in samenwerking met anderen.⁴ Hiertoe richt belanghebbende tussen 1982 en 1987 meerdere besloten dochtervennootschappen op die van een opvolgend Romeins cijfer worden voorzien (hierna ook te noemen: “C BV’s”). De C BV’s hebben ten doel onroerende zaakprojecten (hierna ook te noemen: “projecten”) van enige omvang te ontwikkelen. Voor elk project wordt van een afzonderlijke C BV gebruik gemaakt.⁵ De aandelen in de C BV’s worden gehouden door belanghebbende al dan niet samen met derden, zoals een partij waarmee wordt samengewerkt of de uiteindelijke afnemer van het project. Door elk project in een separate vennootschap onder te brengen, wordt enerzijds beoogd de risico’s verbonden aan de afzonderlijke projecten voor de daarbij betrokkenen te beperken en anderzijds zekerheid te scheppen voor de deelnemers in een bepaald project. Ieder project kan dan uitsluitend op eigen financiële merites worden beoordeeld.⁶ De directie over de C BV’s wordt uitgevoerd door belanghebbende. De C BV’s hebben geen personeel in dienst en beschikken uitsluitend over het vereiste wettelijke minimumkapitaal en maken geen deel uit van een fiscale eenheid met belanghebbende.⁷

Belanghebbende is ten behoeve van zijn projectontwikkelingsactiviteiten voortdurend op zoek naar kennis omtrent locaties waar bouwprojecten kunnen worden begonnen. Zodra een mogelijk geschikte locatie is gevonden, wordt deze kennis overgebracht naar een C BV. De overdracht geschiedt tot 1984 tegen een vergoeding en daarna om niet. Na de inbreng verstrekt de desbetreffende C BV aan belanghebbende opdracht voor een onderzoek naar de mogelijkheden om de locatie te verwerven, te bebouwen en om aan een en ander praktische uitvoering te geven.⁸ Voor deze haalbaarheidsonderzoeksopdracht wordt een standaardmodel gehanteerd waarin C BV aan belanghebbende een vergoeding is verschuldigd. Indien op enig tijdstip tijdens het haalbaarheidsonderzoek blijkt dat verder onderzoek geen zin heeft, omdat het project niet gerealiseerd kan worden, bedraagt de vergoeding van C BV aan belanghebbende niet meer dan de daadwerkelijk door belanghebbende gemaakte kosten, vermeerderd met een opslag van 10%.⁹ Circa 45% van de mogelijke projecten blijkt niet realiseerbaar te zijn.¹⁰

Indien het project wel realiseerbaar blijkt en wordt overgegaan tot uitvoering van het project, dan wordt op basis van een standaardmodel een derde overeenkomst, te weten de projectontwikkelingsovereenkomst, gesloten tussen belanghebbende en de desbetreffende C BV. In deze overeenkomst verleent C BV opdracht en een onherroepelijk volmacht aan belanghebbende tot het technisch en economisch ontwikkelen van het project om tot volledige realisatie van het project te komen. Dit houdt onder meer in de verzorging van het ontwerp, bemiddeling bij afsluiten van de aanneemovereenkomst, toezicht op de uitvoering en bemiddeling bij verhuur van de projecten. Voor het verrichten van deze opdracht is C BV aan belanghebbende een vergoeding van een bedrag voor algemene

⁴ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.1.

⁵ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.2.

⁶ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.6.

⁷ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.7.

⁸ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.7.

⁹ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.8.

¹⁰ Hoogendoorn, *BNB* 1998/385.

kosten en winst/risico verschuldigd welke gewoonlijk tussen de 4% en 6% van de aanneemsom ligt (hierna ook wel te noemen: “**management fee**”).¹¹

De verkoop van projecten aan derden, doorgaans beleggers, vindt plaats door vervreemding van het project zelf door C BV (activa-passivatransactie) of door vervreemding van de aandelen in de desbetreffende C BV (aandelentransactie). De winst behaald met de vervreemding van het project ten tijde van of na de start van de bouwwerkzaamheden wordt door C BV in het jaar van verkoop aan de vervangingsreserve (vanaf 1 januari 2001 herinvesteringsreserve genaamd) gedoteerd. Bij verkoop van aandelen wordt door belanghebbende de winst deels als management fee en deels onder de deelnemingsvrijstelling verantwoord.¹²

2.3 Standpunten van partijen

De inspecteur heeft in de periode van 1990 tot en met 1992 bij belanghebbende en de met haar gelieerde vennootschappen een boekenonderzoek ingesteld over de jaren 1985 tot en met 1988.¹³ Als gevolg van dit onderzoek corrigeert de inspecteur de aanslagen vennootschapsbelasting 1985 en 1986 van belanghebbende. De reden voor deze correcties is het standpunt van de inspecteur dat de verkoopwinsten van de projecten niet aan een C BV, doch rechtstreeks aan belanghebbende toegerekend moeten worden en derhalve deze verkoopwinsten bij belanghebbende dienen te worden belast. Hiertoe voert de inspecteur een viertal stellingen aan.

Ten eerste stelt de inspecteur zich op het standpunt dat vanaf 1984 geen reële overdrachten van locatiekennis door belanghebbende aan C BV's hebben plaatsgevonden en derhalve sprake was van schijnhandelingen, omdat voor deze overdrachten geen prijs in rekening is gebracht noch overeenkomsten zijn opgemaakt. Mocht wel sprake zijn geweest van reële overdrachten, dan leiden deze tot een resultaat in strijd met doel en strekking van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna te noemen: “**Wet Vpb 1969**”).¹⁴ Zodoende dient op grond van fraus legis geen rekening te worden gehouden met de overdrachten. Subsidiair stelt de inspecteur zich op het standpunt dat het bestaan van de C BV's bij de fiscale winstberekening van belanghebbende dient te worden genegeerd wegens ontbreken van reële betekenis.¹⁵ Het verweer van belanghebbende hierop luidt dat de C BV's realiteiten zijn en een wezenlijke functie vervullen bij de ontwikkeling van projecten.¹⁶ Zij worden ook zelfstandig in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken.¹⁷

Meer subsidiair voert de inspecteur aan dat belanghebbende op onzakelijke voorwaarden afstand heeft gedaan van de winstpotentie van de projecten. De zakelijke prijs dient volgens de inspecteur op basis van een functionele analyse, oftewel de uitgeoefende functies, de daarmee gepaard gaande risico's en de gebruikte activa, te worden bepaald. De naar voren gebrachte projectontwikkelaars worden niet vergelijkbaar geacht, omdat door belanghebbende een unieke werkwijze zou worden gehanteerd.¹⁸ De enige zakelijke prijs voor de overdracht van de projecten in een situatie als de onderhavige is volgens de inspecteur de prijs die aansluit bij de uiteindelijk op een project gerealiseerde winst. De inspecteur legt aan deze opvatting ten grondslag dat belanghebbende over alle middelen (arbeid, knowhow, relaties en werkkapitaal) beschikt die nodig zijn voor het ontwikkelen van projecten. De beide directeurs/aandeelhouders van belanghebbende voeren alle onderhandelingen en nemen alle beslissingen die nodig zijn voor de projectontwikkeling en de uitvoering daarvan. Ook zou belanghebbende de risico's verbonden aan projectontwikkeling, waaronder het verkoop- en kostprijsrisico, lopen en zich garant stellen voor de C BV's. De C BV's zouden uitsluitend voor de uitvoering van de projecten worden gebruikt en over niets anders dan het wettelijke minimum aandelenkapitaal beschikken. De zakelijke beloning voor de C BV's dient derhalve aan de hand van het enige middel dat de C BV's bezitten, het wettelijke minimum

¹¹ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.9.

¹² HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, r.o. 3.1.5.

¹³ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 2.9.

¹⁴ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.2.

¹⁵ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.3.

¹⁶ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.1.

¹⁷ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.3.

¹⁸ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.3.

aandelenkapitaal, te worden bepaald. Op basis hiervan kan naar de mening van de inspecteur aan de C BV's hooguit een winst worden gelaten van 5% van de eigen projectontwikkelingskosten, zijnde de aankoop prijs van het project vermeerderd met de kosten van de haalbaarheidsopdracht.¹⁹

Voorts acht de inspecteur de deelnemingsvrijstelling op deze winst niet van toepassing, omdat de aandelen van de C BV's voor belanghebbende geen deelneming, maar voorraad vormen. Belanghebbende zou immers vanaf de verkrijging van die aandelen het oogmerk hebben deze te verkopen.²⁰ Bovendien zouden de C BV's slechts lege omhulsels vormen, waarvoor de deelnemingsvrijstelling niet zou gelden.²¹

Het verweer van belanghebbende op de derde en laatste stelling van de inspecteur luidt dat bij iedere overdracht van de afzonderlijke projecten aan de C BV's reeds is getracht een zakelijke prijs in rekening te brengen. Dit resulteerde in een koopprijs van nihil, omdat op het moment van inbreng de locatiekennis nog geen waarde had. Op het moment van inbreng was namelijk deze informatie al in brede kring bekend en was er nog sprake van grote onzekerheid omtrent de vraag of er in de toekomst daadwerkelijk een onroerende zaak op die locatie kon worden gerealiseerd. Nu het zo onzeker is of de locatiekennis ooit tot inkomsten zal leiden, zou een derde voor deze kennis nooit bereid zijn daar enig bedrag voor te betalen.²² Daarnaast zou de winst op de management fee voor de bouwbegeleiding door belanghebbende navenant hoog zijn geweest. Ook door concurrenten zou ongeveer dezelfde prijsgrondslag worden gehanteerd. Tevens wordt ter beperking van de risico's verbonden aan projectontwikkeling door de C BV's altijd een garantie van de aannemer gevraagd, zodat het risico van een flop van een project niet bij belanghebbende doch bij de aannemer ligt.²³ Bovendien zouden in een aantal gevallen naast belanghebbende ook onafhankelijke derden - veelal de uiteindelijke afnemer van het project - hebben deelgenomen in het aandelenkapitaal van een C BV. Hierdoor zou de zakelijkheid van de verhouding tussen belanghebbende en de C BV's een gegeven zijn.²⁴

2.4 Het geschil

Het geschil tussen belanghebbende en de inspecteur betreft in essentie hoe de winst van belanghebbende moet worden berekend met betrekking tot de door haar, althans onder de supervisie van haar directeurs, ontwikkelde en gerealiseerde onroerende zaken, waarbij in het bijzonder de vragen aan de orde zijn of de C BV's als afzonderlijke belastingplichtige lichamen kwalificeren, en zo ja tot welk bedrag door belanghebbende in enig jaar winst wordt gegenereerd dan wel deze aan belanghebbende toekomt, en of, en zo ja in hoeverre belanghebbende met betrekking tot de C BV's aanspraak kan maken op de deelnemingsvrijstelling van art. 13 van de Wet Vpb 1969.²⁵

2.5 Uitspraak Gerechtshof Amsterdam

Het Gerechtshof Amsterdam (hierna te noemen: “**Hof**”) verwerpt reeds in zijn tussenuitspraak van 16 augustus 1995 de eerste stellingname van de inspecteur. Naar 's Hof oordeel zijn de overdrachten aan de C BV's reëel en levert het onderbrengen van de afzonderlijke projecten in separate vennootschappen een wijze van risicospreiding en -beperking, geen schijnhandeling noch een handelen in strijd met doel en strekking van de Wet Vpb 1969 op.²⁶ De tweede stellingname van de inspecteur wordt eveneens verworpen. Naar 's Hof oordeel is het niet juist om bij de winstberekening van belanghebbende geen rekening te houden met het bestaan van de C BV's. Dit zou in strijd zijn met een op geoorloofde wijze gecreëerde werkelijkheid.²⁷

¹⁹ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.2.

²⁰ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.2.

²¹ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.3.

²² HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, BNB 1998/385.

²³ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.3.

²⁴ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 4.1.

²⁵ Tevens was in geschil de vorming van een vervangingsreserve en de toepassing van het vertrouwensbeginsel. Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 3; Hof Amsterdam 28 augustus 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AA4348, r.o. 3; HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, r.o. 3.2.

²⁶ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.1.

²⁷ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.3.

Het Hof komt vervolgens tot het oordeel dat in wezen de vraag aan de orde is welke prijs belanghebbende dient te bedingen voor de overdracht van een project aan een C BV en met name op welke wijze en in welke mate belanghebbende, los van concrete dienstverlening, zich een deel van de toekomstige winstmogelijkheid van het project dient te voorbehouden.²⁸ Volgens het Hof bestaat de onderneming van belanghebbende uit een proces met een jarenlange looptijd die ziet op het voortdurend ontwikkelen en zo mogelijk realiseren van projecten. In dit proces zouden per project twee fasen te onderscheiden zijn: de aanlooffase bestaande uit onderzoek naar de mogelijkheden tot creatie van een project en de realisatiefase. Naar het oordeel van het Hof wordt pas tijdens de realisatiefase concreet welke winst het project - een te realiseren onroerende zaak - in zich bergt. Volgens het Hof staat vast dat belanghebbende de projecten tijdens of kort na de aanlooffase onderbrengt in één van de C BV's.²⁹ Het Hof vervolgt:

*“Aangezien een C BV geen verdere eigen bijdrage aan de totstandkoming van een project heeft dan de voor- en nadelen, verbonden aan haar rechtspersoonlijkheid, kan een zodanige overeenkomst tussen X BV [oftewel belanghebbende - LY] en een C BV slechts dan op zakelijk handelen van X BV berusten als zij zich het leeuwendeel van de winspotentie van een project voorbehoudt en zij de C BV niet meer dan een bescheiden aandeel laat. Alsdan doet zich bij de door X BV gevolgde werkwijze, overdracht van een project in de aanlooffase, het probleem voor dat op dat moment de onzekerheid over de concrete omvang van de prijs van het project aanmerkelijk zal zijn, omdat de prijs van nog te realiseren winspotentie nu eenmaal mede berust op componenten, waarover eerst in de toekomst, in casu het jaar van oplevering van de onroerende zaak, meer zekerheid ontstaat.”*³⁰

Het Hof overweegt voorts dat voor de overdracht van projecten in de aanlooffase als een zakelijke prijsstelling kan worden beschouwd, de prijsstelling waarbij belanghebbende zich de resultaten van een in een C BV ontwikkeld en gerealiseerd project voorbehoudt behoudens 2% van de bouwsom, de grondkosten en de bijkomende kosten van het project. Het resterende bedrag, i.e. 2% van de bouwkosten, behelst de maximale opbrengst voor een C BV onder de in de tussenuitspraak weergegeven omstandigheden en voorwaarden.³¹ In beginsel dient de winstneming door belanghebbende te geschieden in het jaar waarin de overeenkomst tot overdracht van een project aan C BV wordt gesloten. Aangezien de uiteindelijke omvang van de in rekening te brengen prijs op dat moment onzeker is, dient bij de overdracht van een project een schatting te worden gemaakt omtrent de financiële afloop van een project, i.e. het projectresultaat. Deze schatting dient in latere jaren te worden herzien, laatstelijk in het jaar waarin de schattingen tot zekerheid zijn geworden.³² Afgezien van bijzondere omstandigheden die tot dadelijke bijstelling van de initieel bepaalde prijs kunnen nopen, is het naar het oordeel van het Hof niet in strijd is met enige rechtsregel om de laatste herziening te beperken tot het jaar waarin een verkoopovereenkomst met een belegger is aangegaan, en, indien een project bij of kort na oplevering van de onroerende zaak niet is of wordt verkocht aan een belegger, tot het jaar waarin de onroerende zaak door de aannemer is opgeleverd. Voorts overweegt het Hof dat indien het projectresultaat naar beneden moet worden bijgesteld, die bijstelling ook als verlies in aanmerking kan worden genomen door belanghebbende.³³

In reactie hierop werd door belanghebbende nog aangevoerd dat de toerekening van een miljoenenwinst aan belanghebbende op het moment van overdracht van de locatiekennis niet is toegestaan onder goed koopmansgebruik. Deze winst is feitelijk nog niet gerealiseerd en onzeker is of die winst überhaupt zal worden gerealiseerd. In de einduitspraak van 28 augustus 1996 werd belanghebbende daarin niet gevolgd door het Hof. Ook het door belanghebbende aangevoerde verweer dat de tweeprocentsformule volstrekt in strijd is met de maatschappelijke realiteit, omdat overdrachten tegen een dergelijke prijsstelling tussen onafhankelijke derden niet plaatsvinden, mocht niet baten.³⁴

²⁸ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.5.

²⁹ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.4.

³⁰ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.5.

³¹ Hof Amsterdam 28 augustus 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AA4348, r.o. 5.6.

³² Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5.6.

³³ Hof Amsterdam 28 augustus 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AA4348, r.o. 5.6.

³⁴ Hof Amsterdam 28 augustus 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AA4348, r.o. 4.4.

Tot slot zag het Hof, anders dan de inspecteur verdedigde, geen reden om belanghebbende ter zake van de (gecorrigeerde) winst bij verkoop van de aandelen in een C BV de deelnemingsvrijstelling te onthouden.³⁵

2.6 Conclusie Plaatsvervangend Procureur-Generaal Van Soest

De Plaatsvervangend Procureur-Generaal (hierna te noemen: “**Plv. P-G**”), de heer Van Soest, adviseerde in zijn conclusie naar de HR tot ongegrondverklaring van de cassatie en derhalve tot verwerping van het beroep.³⁶ De Plv. P-G vangt zijn conclusie aan met de bekentenis dat vanwege de gecompliceerdheid van de zaak de voorbereiding van zijn conclusie veel tijd heeft gevergd. In theorie is het volgens de Plv. P-G eenvoudig te zeggen hoe de winsttoerekening tussen dochtervennootschap en moedervennootschap behoort te geschieden. De moedervennootschap dient voor de overdracht van het project aan de dochtervennootschap de winst toegerekend te krijgen die zij bij overdracht van het project in dat stadium (i.e. in de aanloopfase) aan een onafhankelijke derde behaald zou hebben. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de naar schatting op dat tijdstip bestaande winstkansen, risico’s en onzekerheden. De gecompliceerdheid van de zaak wordt volgens de Plv. P-G opgeroepen door het feit dat overdrachten van projecten in de aanloopfase tussen van elkaar onafhankelijke derden niet voorkomen. De Plv. P-G schrijft in zijn advies dat in een dergelijke situatie het Hof zijn beslissing over de hoogte van de formule en de initiële overdrachtprijs van één miljoen gulden op weinig meer kon baseren dan op hetgeen het in goede justitie geraden achtte.³⁷

Ten aanzien van de winsttoerekening over de jaren na de overdracht merkt de Plv. P-G op dat na de overdracht van de projecten (in afwijking van de andere relevante arresten) contractuele relaties bleven bestaan tussen belanghebbende en de C BV’s. Zodoende heeft hij begrip voor de keuze van het Hof om in de onderhavige situatie van onzekerheid zakelijk te achten dat de bedongen tegenprestatie voor de overdracht van de projecten mede zou bestaan uit een winstverrekening over de jaren na de overdracht.³⁸

2.7 Arrest Hoge Raad

Het eerste middel bij de HR betrof de toepassing van de tweeprocentformule als een zakelijke prijsstelling voor de overdracht van de projecten aan C BV’s en ziet op zowel de hoogte van de formule als de daaruit voortvloeiende verplichting tot toerekening van de winst over de jaren na de overdracht. Volgens de HR is dit oordeel van het Hof niet in strijd met enige rechtsopvatting en in het licht van de door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden ook niet onbegrijpelijk.³⁹ Ook het onderdeel dat belanghebbende hierdoor wordt verplicht tot het verantwoorden van resultaten die zijn gebaseerd op een wijze van contracteren met C BV’s die in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden, kan volgens de HR niet tot cassatie leiden.

De HR overweegt dat: *“in het onderhavige geval zijn slechts de gegevens betreffende de ligging van mogelijk te ontwikkelen bouwlocaties in een zeer vroeg stadium van projectontwikkeling aan de afzonderlijke C BV’s overgedragen, terwijl voor de verdere uitwerking van het project steeds in een contractuele relatie tussen belanghebbende en de desbetreffende C B.V. was voorzien. Deze omstandigheden laten toe dat het Hof, zoals het gedaan heeft, als verondersteld zakelijk aanneemt dat tussen belanghebbende en een C B.V. zou worden bedongen dat de tegenprestatie voor de overdracht mede zou bestaan uit winstverrekening over de komende jaren. Dit oordeel geeft derhalve niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk.”*⁴⁰

Het tweede middel was gericht op de initiële prijsbepaling van de projecten door het Hof van gemiddeld één miljoen gulden per project. Belanghebbende betoogt dat dit oordeel niet is onderbouwd en dat bij de prijsbepaling geen rekening is gehouden met de haalbaarheidsfactor en het rente-element. De HR

³⁵ Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347, r.o. 5-7.

³⁶ Concl. Plv. P-G Van Soest, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, bij HR 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385.

³⁷ Concl. Plv. P-G Van Soest, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, bij HR 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385.

³⁸ Concl. Plv. P-G Van Soest, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, bij HR 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385.

³⁹ HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, r.o. 3-4.

⁴⁰ HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, r.o. 3-6.

overweegt dat nu deze omstandigheden onderwerp van het debat zijn geweest voor het Hof, ervan moet worden uitgegaan dat het Hof bij het in goede justitie bepalen van dit bedrag, naast de overige door partijen voor het Hof naar voren gebrachte, ook met deze omstandigheden rekening heeft gehouden bij het bepalen van de overdrachtprijs. Aangezien een verdere onderbouwing van het bedrag niet mogelijk bleek, heeft het Hof dit kennelijk in goede justitie bepaald. Ook dit middel kon derhalve niet tot cassatie leiden.⁴¹

2.8 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de toepassing en reikwijdte van het Multi-vastgoedarrest nader beschreven en geanalyseerd. Kort samengevat, gaat het in deze rechtszaak om een projectontwikkelaar die verworven locatiekennis omtrent potentiële bouwprojecten, oftewel know-how, (doorgaans) om niet overdraagt aan afzonderlijke door haar speciaal daartoe opgerichte project-BV's. Na de overdracht verricht belanghebbende op basis van verschillende contracten alle werkzaamheden met betrekking tot de ontwikkeling en realisatie van het bouwproject voor rekening en risico van de desbetreffende project-BV. Vervolgens wordt door middel van een overdracht van de aandelen in de project-BV het project verkocht aan een belegger, met als resultaat dat een belast transactieresultaat bij een assetdeal wordt omgezet in een onbelast deelnemingsresultaat. De centrale vraag in dit arrest is welke zakelijke prijs belanghebbende voor de overdracht van de locatiekennis had moeten bedingen ten behoeve van een correcte vaststelling van de (totaal)winst voor de berekening van de door belanghebbende verschuldigde vennootschapsbelasting.

De HR oordeelt in wezen in het Multi-vastgoedarrest dat het Hof terecht heeft besloten dat onafhankelijke derden onder de vastgestelde omstandigheden en voorwaarden de locatiekennis slechts tegen een winstrecht zouden overdragen. Het winstrecht loopt in principe (uiterlijk) tot en met het jaar van oplevering van de onroerende zaak en geeft recht op de volledige winst behaald met de verkoop van het project aan onafhankelijke derden met uitzondering van 2% van de bouwkosten. De voor vennootschapsbelastingdoeleinden door belanghebbende definitief voor de overdracht in aanmerking te nemen prijs dient derhalve achteraf op basis van de uiteindelijke winstrealisatie te worden bepaald. Aan dit oordeel van de HR ligt naar mijn mening de vaststelling van een tweetal omstandigheden ten grondslag.

De eerste omstandigheid is dat bij een overdracht in de aanloopfase van een project aanmerkelijke onzekerheid (aanmerkelijk wordt fiscaal veelal uitgelegd als 30% of meer) bestaat over de waardering van het project. Dit wordt gebaseerd op een tweetal veronderstellingen. Ten eerste zou de waarde in het economische verkeer van het project niet kunnen worden achterhaald, omdat vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke derde partijen niet zouden voorkomen. Het hanteren van een werkwijze waarbij uitsluitend gegevens omtrent de ligging van mogelijk te ontwikkelen bouwlocaties worden overgedragen aan afzonderlijke partijen zou uniek zijn onder projectontwikkelaars. De tweede veronderstelling is dat pas tijdens de realisatiefase duidelijk wordt welke winst een project in zich bergt. De prijs van nog te realiseren winstpotentie zou immers mede berusten op componenten, waarover pas in het jaar van oplevering van de onroerende zaak of het aangaan van een koopovereenkomst met een belegger, meer zekerheid ontstaat. De tweede omstandigheid is dat de verkrijgende vennootschap geen eigen projectbijdrage heeft (afgezien van de voor- en nadelen verbonden aan haar rechtspersoonlijkheid) aan de verdere ontwikkeling en realisatie van de onroerende zaak, omdat hiervoor steeds in een contractuele relatie tussen de gelieerde partijen, i.e. belanghebbende en de C BV's, is voorzien.

Verkoop tegen een winstrecht is niet ongebruikelijk (en kan derhalve zakelijk worden geacht) bij grote onzekerheid omtrent de winst die met het verkochte in de toekomst kan worden behaald. Niettemin kan op basis van eigen ervaring in de praktijk de vraag worden gesteld of de voornoemde aannames, waarop de HR zijn oordeel heeft gebaseerd, ook voor de projectontwikkelingspraktijk gelden. Het onderbrengen van verschillende projecten in afzonderlijke rechtspersonen tijdens de aanloopfase, betreft immers een veel minder ongebruikelijke werkwijze onder projectontwikkelaars dan dat het arrest doet vermoeden.⁴²

⁴¹ HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, r.o. 3.7.

⁴² Zie ook Brink & Bruijsten, *TFO* 2006/126.

Ook de veronderstelling dat pas tijdens de realisatiefase duidelijk wordt wat de winstpotentie is van een project roept de nodige vraagtekens op. Men zou verwachten dat juist projectontwikkelaars op basis van hun kennis en ervaring al dan niet met behulp van data-analyse als geen ander een inschatting kunnen maken omtrent de financiële afloop van een project en derhalve de winstpotentie van een locatie in een (veel) eerder stadium zouden (moeten) kunnen vaststellen.

Verder wordt verondersteld dat een overdracht van locatiekennis tussen onafhankelijke derden niet voorkomt. Aangezien in nota bene het Multi-vastgoedarrest zelf melding wordt gemaakt van deelname van onafhankelijke derden in de C BV's, kan deze stelling eveneens worden betwist.⁴³ Daarnaast kan op basis van eigen ervaring worden gesteld dat verkoop tegen een winstrecht van projecten met een jarenlange looptijd in de praktijk eerder uitzondering dan regel is. Als dit al het geval is, was het dan niet zakelijk geweest om zekerheid voor de voldoening van de verschuldigde winstuitkeringen te vorderen door belanghebbende.

Verder kan ook de juistheid van de tweeprocentsformule zelf in twijfel worden getrokken. Door belanghebbende wordt immers slechts locatiekennis overgedragen wat nog verdere ontwikkeling behoeft. Hieraan kleven derhalve nog substantiële projectontwikkelingsrisico's voor de projectvennootschap. Nu in het arrest wordt gesteld dat de contracten, op basis waarvan alle werkzaamheden met betrekking tot de projecten door belanghebbende voor rekening en risico van de desbetreffende project-BV's worden verricht, zakelijk zijn, is het mijns inziens ten eerste de vraag of de projectvennootschap wel voldoende wordt beloond voor de verrichte functies en gelopen risico's.

⁴³ Een tussen onafhankelijke derden overeengekomen prijs is in beginsel gelijk aan de waarde in het economische verkeer van het verkochte. Zie onder andere HR 24 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7729, r.o. 4.2.

3. Theoretisch kader

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de relevante bepalingen uit de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna te noemen: “**Wet IB 2001**”) en de Wet Vpb 1969, die aan de tweeprocentsformule ten grondslag liggen, benoemd en nader onderzocht. Gezien het feit dat zowel de OESO-richtlijnen als het zogenoemde verrekenprijzenbesluit invulling en uitwerking geven aan het Nederlandse begrip van het arm’s-lengthbeginsel, komen in dit hoofdstuk ook deze regelingen aan bod. Dit hoofdstuk dient als theoretische basis voor het onderzoek en wordt aangevangen met een korte omschrijving van het totaalwinstbeginsel.

3.2 Het totaalwinstbeginsel

In art. 2 van de Wet Vpb 1969, waarin de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting is geregeld, is in het eerste lid, onderdeel a bepaald dat de in Nederland gevestigde besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid als binnenlandse belastingplichtigen aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Voor het bepalen van de (jaarlijkse en totale) belastbare winst voor de heffing van vennootschapsbelasting, is in art. 8 Wet Vpb 1969 een schakelbepaling opgenomen, waarin onder andere wordt verwezen naar het totale winstbegrip in art. 3.8 Wet IB 2001 en het jaarwinstbegrip in art. 3.25 Wet IB 2001. Het jaarwinstbegrip behelst de verdeling van de totale winst in jaarwinsten op basis van goedkoopmansgebruik. Het totaalwinstbeginsel houdt in dat de volledige winst die een belastingplichtige gedurende zijn bestaan behaalt in de belastingheffing moet worden betrokken.⁴⁴ De som van de jaarwinsten en de slotwinst bedraagt derhalve de totale winst.⁴⁵ De definitie van de totale winst in art. 3.8 Wet IB 2001 luidt:

“Winst is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit onderneming.”

Deze definitie houdt in dat voor de heffing van vennootschapsbelasting alle positieve en negatieve voordelen die opkomen of onder bepaalde omstandigheden hadden kunnen opkomen met het drijven van de onderneming in beginsel onderdeel uitmaken van de belastbare winst van de vennootschap. De wettelijke termen “*verkregen uit de onderneming*” impliceert dat de positieve en negatieve voordelen die hun oorsprong vinden buiten de onderneming, bijvoorbeeld in de relatie met de aandeelhouder, geen invloed mogen hebben op de winstbepaling. De voordelen die de belastingplichtige zich op grond van de relatie met haar aandeelhouder heeft laten ontgaan, zoals bij een aankoop door de deelneming van een onroerende zaak van de aandeelhouder voor een hogere prijs dan de waarde in het economische verkeer, worden zodoende alsnog tot zijn belastbare winst gerekend.⁴⁶ Vervolgens wordt dit aangemerkt als een verkapte winstuitdeling die fiscaalrechtelijk hetzelfde als een reguliere winstuitdeling wordt behandeld. In de omgekeerde situatie, waarin de aandeelhouder haar deelneming bevoordeelt, bijvoorbeeld bij kwijtschelding door de aandeelhouder van haar vordering op de deelneming, is sprake van een informele kapitaalstorting. In een dergelijk geval wordt de kostprijs dan wel de boekwaarde van het aandelenbelang in de dochtervennootschap verhoogd.⁴⁷

Bij de vaststelling of iets al dan niet thuishoort in de totaalwinst van de vennootschap dient derhalve te worden beoordeeld of door partijen zakelijk is gehandeld. Is dit niet het geval, dan moet er in enig jaar een winstbijtelling komen ter grootte van het voordeel die de belastingplichtige zich heeft laten ontgaan. Dergelijke onttrekkingen moeten voor de bepaling van een correcte jaarwinst van jaar tot jaar worden vastgesteld en gecorrigeerd.⁴⁸ De totale winst heeft in tegenstelling tot de jaarwinst een objectief karakter, hetgeen betekent dat de totaalwinst wordt gebaseerd op de waarden in het economische verkeer, ongeacht

⁴⁴ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.A.a* (online, laatst bijgewerkt 16 maart 2018).

⁴⁵ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 2.1 (online, laatst bijgewerkt 3 november 2018).

⁴⁶ HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, r.o. 3.2.2.

⁴⁷ Van der Wal, *FED* 1998/633; HR 25 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:BM0726, *BNB* 2010/93.

⁴⁸ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.A.a* (online, laatst bijgewerkt 16 maart 2018); Van der Wal, *FED* 1998/633.

het oordeel of het inzicht van de belastingplichtige.⁴⁹ Om de totaalwinst correct vast te stellen is het derhalve van belang dat bij transacties tussen gelieerde partijen een prijs wordt berekend die in vergelijkbare omstandigheden ook tussen onafhankelijke derde partijen overeen zou zijn gekomen. Dit principe staat ook wel bekend als het zogeheten at arm's-lengthbeginsel.⁵⁰ De achterliggende gedachte hierbij is dat als de prijs voor de levering van een goed of dienst tussen gelieerde partijen vergelijkbaar is aan die welke tussen onafhankelijke derden tot stand zou zijn gekomen, alsnog een juiste winsttoerekening tussen de gelieerde partijen plaatsvindt en derhalve de correcte fiscale winst in de belastingheffing van belastingplichtige wordt betrokken.⁵¹ Het arm's-lengthbeginsel geeft diensgevolge de belastingdienst de bevoegdheid voordelen die in het verkeer tussen onafhankelijke derden zouden zijn opgekomen, maar vanwege gelieerdheid bij een bepaalde belastingplichtige niet zijn opgekomen, alsnog in aanmerking te nemen, zodat de totaalwinst van de belastingplichtige correct wordt vastgesteld.

3.3 Het arm's-lengthbeginsel

Sinds het jaar 2002 is in Nederland het arm's-lengthbeginsel, dat voorheen in feite ook op grond van het totaalwinstbeginsel ex art. 3.8 Wet IB 2001 in Nederland van toepassing was, gecodificeerd in art. 8b, eerste lid, Wet Vpb 1969. De tekst van art. 8b, eerste lid, Wet Vpb 1969 luidt als volgt:

“Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.”

Het arm's-lengthbeginsel zegt dat gelieerde lichamen voor fiscale doeleinden worden verondersteld onderling te handelen zoals onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden doen. Hiertoe dient een vergelijking te worden gemaakt van de voorwaarden van een transactie tussen gelieerde partijen met de voorwaarden van een transactie tussen onafhankelijke derden. Door toepassing van het arm's-lengthbeginsel wordt een resultaat beoogd waarin de fiscale winst die gelieerde partijen behalen op hun onderlinge transacties vergelijkbaar is met de winst die onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden met vergelijkbare transacties zouden behalen.⁵² Blijkens de parlementaire toelichting streeft de wetgever hiermee twee doelstellingen na: het creëren van zoveel mogelijk gelijkheid tussen de fiscale winst van gelieerde en onafhankelijke lichamen en het voorkomen van onzakelijke winstverschuivingen tussen (veelal internationaal opererende) gelieerde lichamen.⁵³

3.4 Het OESO-modelverdrag en de OESO-richtlijnen

De voormelde definitie van het arm's-lengthbeginsel in art. 8b, eerste lid, Wet Vpb 1969, is nagenoeg gelijklopend aan die welke is neergelegd in art. 9, eerste lid van het OESO-Modelverdrag. Met art. 9 van het OESO-modelverdrag wordt beoogd staten in geval van een grensoverschrijdende transactie tussen twee onderdelen van dezelfde multinationalaal opererende onderneming de mogelijkheid te geven om voordelen die om onzakelijke redenen niet bij een onderneming in de winst zijn begrepen, alsnog bij het bepalen van de winst van die onderneming in aanmerking te nemen. Door toepassing van het arm's-lengthbeginsel wordt de omvang van deze voordelen (geobjectiveerd) vastgesteld.⁵⁴ Bij deze beoordeling worden de gelieerde partijen behandeld als zelfstandige partijen en niet als onderdeel van een multinationalaal opererende onderneming.⁵⁵

⁴⁹ Vermeulen, in: *Cursus Belastingrecht* Vpb.2.0.4.A.a (online, laatst bijgewerkt 16 maart 2018).

⁵⁰ OECD 2017, p. 35.

⁵¹ Damsma & Velden 2017, par. 1.

⁵² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 2.1.

⁵³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, 3, p. 19 (MvT).

⁵⁴ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 8b Wet Vpb 1969, aant. 1.1 (online, laatst bijgewerkt 4 november 2018).

⁵⁵ OECD 2017, p. 35; *Vakstudie Nederlands internationaal Belastingrecht*, art. 9 OESO-modelverdrag, aant. 2.2 (online, laatst bijgewerkt 4 november 2018).

Om het at arm's-lengthbeginsel, zoals dat is opgenomen in art. 9 van het OESO-modelverdrag, een uniforme internationaal geaccepteerde invulling te geven, is dit beginsel nader uitgewerkt in de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten (hierna te noemen: "**OESO-richtlijnen**").⁵⁶ De OESO-richtlijnen beogen inzicht te geven in de wijze waarop het at arm's-lengthbeginsel in de praktijk dient te worden toegepast. Volgens de staatssecretaris van Financiën (hierna te noemen: "**Staatssecretaris**") geven de richtlijnen een passende uitleg en verduidelijking van het at arm's-lengthbeginsel en hebben ze, door de codificatie van het at arm's-lengthbeginsel van art. 9 OESO-modelverdrag in art. 8b Wet Vpb 1969, in beginsel een directe werking in de Nederlandse rechtspraak.⁵⁷ De belastingdienst is zodoende voor de nadere invulling van het arm's-lengthbeginsel in principe gebonden aan de OESO-richtlijnen.

De OESO-richtlijnen zijn in 1995 in hun huidige vorm ontstaan en hebben recentelijk nog een grondige revisie ondervonden. Dit laatste was het gevolg van de publicatie op 5 oktober 2015 van de finale rapporten voor de actiepunten 8 tot en met 10 'Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation' in het kader van het bekende 'Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)'-project. Deze rapporten bevatten voorstellen tot (substantiële) wijziging van vier van de negen hoofdstukken van de OESO-richtlijnen, waaronder hoofdstuk VI, 'Special Considerations for Intangible Property'. De OESO heeft deze voorstellen nog in 2016 goedgekeurd en in 2017 de nieuwe OESO-richtlijnen gepubliceerd.⁵⁸ De hoofdstukken I tot en met III van de OESO-richtlijnen 2017 bevatten de OESO-beginselen. Deze beginselen zijn van toepassing op transacties met zowel materiële als immateriële activa. Hoofdstuk VI is bedoeld om specifieke richtsnoeren te bieden voor de vaststelling van in het economische verkeer gebruikelijke voorwaarden voor transacties waarbij sprake is van gebruik of overdracht van immateriële activa. In de paragrafen 6.181 tot en met 6.185 van de OESO-richtlijnen wordt speciale aandacht besteed aan de vaststelling van arm's length prijsstelling voor transacties met immateriële activa in gevallen waarin de waardering van het immaterieel activum hoogst onzeker is ten tijde van de transactie. Volgens paragraaf 6.181 moet in een dergelijk geval door zowel belastingplichtigen als de fiscale autoriteiten aansluiting worden gezocht bij wat onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden hadden gedaan teneinde rekening te kunnen houden met deze onzekerheid bij het bepalen van de transactie.⁵⁹

3.4.1 Transacties met immateriële activa met een hoogst onzekere waardering

Afhankelijk van de feiten en omstandigheden zijn er meerdere manieren mogelijk waarop onafhankelijke derden bij een hoge onzekerheid in de waardering van de immateriële activa op het moment van de transactie kunnen omgaan met deze onzekerheid. De OESO-richtlijnen onderscheiden in dit verband een vijftal manieren. De eerste optie is het gebruik van de te verwachten voordelen (rekening houdend met alle relevante economische factoren) als een middel om de prijs te bepalen op het moment van de overdracht. Bij het bepalen van die te verwachten voordelen zullen onafhankelijke derden rekening houden met de mate waarin toekomstige ontwikkelingen voorzienbaar en voorspelbaar zijn. Indien naar het oordeel van de onafhankelijke derden deze toekomstige ontwikkelingen voldoende voorspelbaar zijn en derhalve projecties van de te verwachten voordelen voldoende betrouwbaar zijn, dan kunnen partijen een vaste prijs overeenkomen voor de overdracht van de immateriële activa.⁶⁰

Indien naar het oordeel van onafhankelijke derden door een prijsstelling op basis van de te verwachten voordelen geen adequate bescherming wordt geboden tegen de gelopen risico's bij een hoge onzekerheid in de waardering van de immateriële activa, dan kunnen onafhankelijke derden voor andere opties kiezen ter bescherming tegen latere ontwikkelingen die mogelijk niet voldoende voorspelbaar zijn. Hierbij kan volgens de OESO-richtlijnen worden gedacht aan het aangaan van overeenkomsten met een kortere looptijd (optie 2), de opname van een prijsaanpassingsclausule in de overeenkomst (optie 3) of het

⁵⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

⁵⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, aanhef & par. 2.1; Helderma, Sporken & à Campo, *WFR* 2013/112, p. 106. Daar is overigens wel kritiek op, zie bijvoorbeeld de aantekening van de redactie van de Vakstudie Nieuws in *V-N* 2013/62.2 en de daar opgenomen verwijzing. Volgens deze kritiek zijn de Nederlandse rechter en belastingplichtigen niet gebonden aan de OESO-richtlijnen.

⁵⁸ Van Egdom 2017, p. 7; Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2017/42.7; Damsma & Velden 2017, par. 1.

⁵⁹ OECD 2017, p. 306.

⁶⁰ OECD 2017, p. 306-307.

overeenkomen van een betalingsstructuur met voorwaardelijke betalingen, zoals royalty's of prestatiegebonden betalingen bij het bereiken van bepaalde milestones (optie 4). Bij een overdracht van immateriële activa of rechten daarop in een stadium waarin het nog niet klaar is om gecommmercialiseerd te worden en derhalve nog verder ontwikkeld moet worden, kunnen onafhankelijke derden op het moment van de initiële overdracht in de overeengekomen betalingsvoorwaarden additionele voorwaardelijke betalingen afspreken waarbij het realiseren van bepaalde milestones in de verdere ontwikkeling voorwaarde is voor het beschikbaar komen van deze additionele betalingen.⁶¹

De vijfde optie is dat onafhankelijke derden bereid zijn om het risico van onvoorspelbare toekomstige ontwikkelingen zelf te dragen. In een dergelijk geval zal echter worden afgesproken dat bij grote gebeurtenissen of ontwikkelingen die op het moment van de transactie onvoorzienbaar waren voor partijen of bij voorziene gebeurtenissen of ontwikkelingen waarvan het plaatsvinden laag werd geacht en die de fundamentele uitgangspunten waarop de prijsstelling was gebaseerd wijzigen, door partijen tot heronderhandeling van de prijsstelling kan worden overgegaan wanneer dit tot wederzijds voordeel leidt.⁶²

Tevens geven de OESO-richtlijnen aan dat wanneer onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden een mechanisme waren overeengekomen om in de grote onzekerheid omtrent de waardering van het immaterieel activum te voorzien (bijvoorbeeld door middel van een prijsaanpassingsclausule), dat het dan ook de fiscale autoriteiten is toegestaan de prijsstelling van een transactie met behulp van een dergelijk mechanisme te bepalen. Ook in de situatie waarin onafhankelijke derden latere gebeurtenissen⁶³ dusdanig fundamenteel achten dat het plaatsvinden daarvan zou hebben geleid tot een toekomstige heronderhandeling van de prijs van de transactie, geldt dat dergelijke gebeurtenissen ook tot aanpassing van de prijs van de transactie tussen gelieerde partijen dient te leiden.⁶⁴

In de vorige versie van de OESO-richtlijnen werd hierna benadrukt dat bij de beoordeling van de waardering van een transactie met immateriële activa waarvan de waardering hoogst onzeker is ten tijde van de transactie, de fiscale autoriteiten moeten uitgaan van de gegevens en ontwikkelingen die redelijkerwijs beschikbaar respectievelijk voorzienbaar waren ten tijde van de transactie. Van de informatie die pas na het sluiten van de transactie beschikbaar komt, mag geen gebruik worden gemaakt.⁶⁵ Tevens dienden de fiscale autoriteiten bijzondere aandacht te besteden aan de vraag of de door de gelieerde partijen gemaakte projecties ook door onafhankelijke derden als adequaat zouden worden beschouwd rekening houdend met redelijkerwijs voorzienbare ontwikkelingen en het risico van onvoorzienbare ontwikkelingen. Daarnaast moest worden beoordeeld of onafhankelijke derden op aanvullende beschermingen tegen het risico van grote onzekerheid in de waardering hadden aangedrongen.⁶⁶ De paragraaf waarin het voorgaande was opgenomen, is echter in de in 2017 gepubliceerde versie van de OESO-richtlijnen volledig komen te vervallen.

3.4.2 Transacties met moeilijk te waarderen immateriële activa

In de vernieuwde OESO-richtlijnen wordt (in tegenstelling tot de 2010 versie van de richtlijnen) in de paragrafen 6.186 tot en met 6.195 tevens aandacht besteed aan de zogenoemde Hard To Value Intangibles, oftewel moeilijk te waarderen immateriële activa (hierna te noemen: “**HTVI**”). HTVI zijn immateriële activa of rechten daarop waarvan op het moment van de transactie geen betrouwbare vergelijkbare transacties bestaan en waarvan de toekomstige of de te verwachten opbrengsten lastig zijn te voorspellen dan wel de gehanteerde uitgangspunten voor de waardering van de activa erg onzeker zijn.⁶⁷ Kenmerken van transacties met dergelijke immateriële activa zijn bijvoorbeeld de overdracht van een activum dat op het moment van de overdracht slechts gedeeltelijk is ontwikkeld, het ontbreken van een

⁶¹ OECD 2017, p. 307.

⁶² OECD 2017, p. 307.

⁶³ In de 2010 versie van de OESO-richtlijnen wordt hier gesproken van “onvoorzienbare” latere gebeurtenissen.

⁶⁴ OECD 2017, p. 308.

⁶⁵ OECD 2010, p. 202.

⁶⁶ OECD 2010, p. 202.

⁶⁷ OECD 2017, p. 309-310.

trackrecord in de ontwikkeling of exploitatie van vergelijkbare activa en de overdracht van een HTVI naar een gelieerde onderneming tegen een lumpsum betaling.⁶⁸

De belastingplichtige zal bij de overdracht van HTVI vooraf een prijs voor het immaterieel activum bepalen (ex-ante). Deze waardering kan echter afwijken van de daadwerkelijke waarde. De daadwerkelijke waarde kan pas na de transactie worden bepaald door beoordeling van de daadwerkelijke opbrengsten uit het immaterieel activum (ex-post). Voor de fiscale autoriteiten kan het moeilijk zijn om te vast te stellen dan wel te controleren welke ontwikkelingen of gebeurtenissen relevant kunnen zijn voor de bepaling van de prijs, en de mate waarin dergelijke ontwikkelingen of gebeurtenissen waren voorzien of redelijkerwijs voorzienbaar waren op het moment van aangaan van de transactie met een immaterieel activum. Hiervoor is specialistische kennis, expertise en inzicht vereist in de zakelijke omgeving waarin het immaterieel activum wordt ontwikkeld of geëxploiteerd. Volgens de OESO-richtlijnen is in dergelijke situaties de algemene ervaring van de fiscale autoriteiten dat deze niet de specifieke zakelijke inzichten en toegang tot informatie hebben om het standpunt van de belastingplichtige te onderzoeken en aan te tonen dat het verschil tussen de ex-ante en ex-post waarde van een immaterieel activum het gevolg is van niet marktconforme prijsstelling veronderstellingen gehanteerd door de belastingplichtige.⁶⁹ In dergelijke gevallen kunnen de ex-post resultaten een aanknopingspunt bieden voor de fiscale autoriteiten over het arm's length-karakter van de ex-ante prijsstelling door de gelieerde partijen. Indien de ex-ante projecties van toekomstige inkomsten niet overeenkomen met de ex-post resultaten en deze verschillen niet zijn veroorzaakt door onvoorzienbare ontwikkelingen of gebeurtenissen, kan dit een indicatie zijn dat de prijsafspraken tussen de gelieerde partijen niet marktconform was. In een dergelijk geval zijn volgens de OESO-richtlijnen de verwachte relevante ontwikkelingen of gebeurtenissen die effect kunnen hebben op de waarde van het immaterieel activum niet adequaat meegenomen in de prijsstelling of de overeengekomen prijsafspraken en is het de fiscale autoriteiten toegestaan om ex-post resultaten als bewijsvermoeden te hanteren voor de ongeschiktheid van de prijsstelling vooraf.⁷⁰ Dit betekent dat de bewijslast van de fiscale autoriteiten naar de belastingplichtige wordt verschoven en derhalve een fiscale autoriteit in beginsel zonder nadere onderbouwing een correctie kan doorvoeren resulterend in een hogere winst voor de belastingplichtige.

Indien de fiscale autoriteiten in staat zijn om de betrouwbaarheid van de informatie waarop de prijsstelling vooraf was gebaseerd te bevestigen, dan zijn correcties gebaseerd op winst achteraf niet toegestaan.⁷¹ Daarnaast worden in de OESO-richtlijnen nog een aantal situaties benoemd waarin het fiscale autoriteiten niet is toegestaan om ex-post resultaten als bewijsvermoeden te hanteren voor de ongeschiktheid van de prijsstelling vooraf. Dit is onder meer het geval wanneer het significante verschil tussen financiële projecties en daadwerkelijke resultaten niet tot een verhoging of verlaging van de vergoeding voor de HTVI leidt van meer dan 20%.⁷² Dit geldt ook als de belastingplichtige de details van de gebruikte projecties vooraf ter bepaling van de prijsstelling verstrekt én betrouwbaar bewijs overlegt, waaruit blijkt dat het significante verschil tussen financiële projecties en de daadwerkelijk behaalde resultaten het gevolg is van: i) onvoorzienbare ontwikkelingen of gebeurtenissen die zich na de prijsbepaling hebben voorgedaan en waarop niet kon worden geanticipeerd op het moment van de transactie of ii) de kans op voorzienbare resultaten zich heeft voorgedaan en deze kans niet significant werd onder- of overschat op het moment van de transactie.⁷³ De veronderstelling hierachter is dat als voorzienbare omstandigheden reeds zijn gereflecteerd in de prijs en het verschil voort komt uit niet voorzienbare gebeurtenissen, dan de prijsbepaling vooraf arm's length is geweest.⁷⁴

3.5 Het Verrekenprijzenbesluit 2018

Zoals reeds eerder opgemerkt, volgt Nederland bij de toepassing van het at arm's-lengthbeginsel de OESO-richtlijnen. In het verrekenprijzenbesluit van 22 april 2018 (hierna te noemen:

⁶⁸ OECD 2017, p. 310.

⁶⁹ OECD 2017, p. 308.

⁷⁰ OECD 2017, p. 309.

⁷¹ OECD 2017, p. 311.

⁷² OECD 2017, p. 312.

⁷³ OECD 2017, p. 311.

⁷⁴ OECD 2017, p. 312.

“**Verrekenprijzenbesluit 2018**”) wordt nadere invulling gegeven aan het at arm’s-lengthbeginsel voor het Nederlandse belastingrecht.⁷⁵ Dit besluit richt zich met name op aspecten waar de OESO-richtlijnen ruimte laten voor een eigen invulling door nationale overheden of waar mogelijk sprake is van onduidelijkheid.⁷⁶ Het Verrekenprijzenbesluit 2018 is op 12 mei 2018 in werking getreden en is de vervanger van het besluit van 14 november 2013 (hierna te noemen: “**Verrekenprijzenbesluit 2013**”).⁷⁷ Aanleiding voor het nieuwe besluit waren de wijzigingen in de OESO-richtlijnen als gevolg van de resultaten van het BEPS-project. Naar het oordeel van de Staatssecretaris zijn deze wijzigingen in de OESO-richtlijnen, voor zover deze wijzigingen een nadere verduidelijking betreffen omtrent de toepassing van het at arm’s-lengthbeginsel, ook van toepassing op de jaren waarin deze wijzigingen nog niet waren gepubliceerd.⁷⁸ Voorts merkt de Staatssecretaris op dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. De Nederlandse belastinginspecteurs worden derhalve verzocht flexibel te zijn bij hun aanpak en niet te eisen dat de belastingplichtige zijn verrekenprijzen vaststelt met een nauwkeurigheid die, gezien alle feiten en omstandigheden, onrealistisch is.⁷⁹ Hoofdstuk 5 van het Verrekenprijzenbesluit 2018 heeft betrekking op transacties met immateriële activa. Aangezien het Multi-vastgoedarrest betrekking had op de waardering van overdrachten van locatiekennis, oftewel immateriële activa, worden hierna de relevante paragrafen (par. 5.1-5.3) uit dit hoofdstuk behandeld.

3.5.1 Transacties met (im)materiële activa

Paragraaf 5.1 van het Verrekenprijzenbesluit 2018 wordt aangevangen met de stelling dat als een overdracht van een (im)materieel activum commercieel niet rationeel is, dan per definitie niet wordt voldaan aan het arm’s-lengthbeginsel, omdat in een dergelijk geval tussen onafhankelijke derden geen transactie tot stand zou zijn gekomen. Een transactie wordt commercieel rationeel geacht als de totale (operationele) winst die de overdragende en verkrijgende partij gezamenlijk na de overdracht naar verwachting zullen behalen, hoger is ten opzichte van de situatie voor de overdracht. De Staatssecretaris stelt dat deze verwachte winsttoename slechts kan plaatsvinden wanneer de verkrijgende partij de relevante functionaliteit bezit voor toevoeging van waarde aan de verkregen activa en deze dientengevolge in staat is om de relevante risico’s met betrekking tot de overgedragen activa te beheersen. Als de verkrijger niet over de vereiste relevante functionaliteit beschikt, dan is volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 de verkrijger voor de toekomstige waardeontwikkeling en de exploitatie van het overgedragen activum volledig afhankelijk van de overdrager. In een dergelijk geval kan onder normale omstandigheden van een verwachte toename van de operationele winst van de verkrijger geen sprake zijn.⁸⁰

Het gevolg van het niet voldoen aan het at arm’s-lengthbeginsel bij een overdracht van een (im)materieel activum tussen gelieerde partijen is dat het hierdoor veroorzaakte nadeel dient te worden geëlimineerd uit de winst van de Nederlandse overdrager. Dit vindt in principe plaats door de winst behaald na de overdracht met het overgedragen activum in plaats van bij de verkrijger alsnog bij de overdrager in aanmerking te nemen. De voornoemde uitgangspunten gelden volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 ook ten aanzien van de juridische eigenaar van (im)materiële vaste activa die niet over de vereiste relevante functionaliteiten bezit. In een dergelijk geval dient door de belastingdienst slechts een relatief beperkte beloning aan de juridische eigenaar te worden toegerekend. De relevante functies die in de OESO-richtlijnen ten aanzien van immateriële vaste activa worden onderscheiden zijn ontwikkeling, verbetering, onderhoud, bescherming en exploitatie (“DEMPE-functies”), waarvan de functies bescherming en exploitatie volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 de belangrijkste zijn.⁸¹

⁷⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

⁷⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 1.4.

⁷⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2013, IFZ 2013/184M, *Stcrt.* 2013, 32854.

⁷⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 1.2.

⁷⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 1.3.

⁸⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.1.

⁸¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.1.

3.5.2 Prijsbepaling bij hoogst onzekere waardering van immateriële activa

Paragraaf 5.2 van het Verrekenprijzenbesluit 2018 bepaalt hoe de arm's length prijsstelling dient plaats te vinden voor de toepassing van het Nederlandse belastingrecht, indien de waardering van het immaterieel activum op het tijdstip van overdracht hoogst onzeker is vanwege onvoldoende inzicht in de toekomstige voordelen en risico's. Voor dergelijke gevallen is in de OESO-richtlijnen opgenomen dat wanneer onafhankelijke derden bij een transactie onder vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden eisen, het dan ook een fiscale autoriteit is toegestaan de prijsstelling op basis van een dergelijke clausule te bepalen. Op basis hiervan stelt de Staatssecretaris dat het ook de Nederlandse belastingdienst is toegestaan om het standpunt in te nemen dat het onzakelijk is een vaste prijs overeen te komen, indien de waardering van de immateriële activa op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is en economisch rationeel handelende onafhankelijke derden in een soortgelijke situatie geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen. Volgens de Staatssecretaris dient in dergelijke gevallen een aanpassingsclausule te worden opgenomen in de overeenkomst tussen de gelieerde partijen waarbij de prijs mede afhankelijk is van de latere inkomsten. Als voorbeeld wordt gegeven de situatie waarin een nieuw immaterieel activum is ontwikkeld en op het moment dat het aan een gelieerde partij wordt overgedragen nog onvoldoende duidelijk is of en in welke mate de betreffende immateriële activa succesvol zal zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval als het immaterieel activum nog geen opbrengsten heeft gegenereerd en aan het inschatten van de toekomstige opbrengsten belangrijke onzekerheden zijn verbonden. In dit verband wordt tevens naar het Multi-vastgoedarrest verwezen.⁸² De prijsaanpassingsclausule kan leiden tot een zowel opwaartse als neerwaartse aanpassing van de oorspronkelijk overeengekomen prijs.⁸³ Aan de andere mechanismen die in de OESO-richtlijnen worden onderkend voor bescherming tegen hoogst onzekere waardering, zoals het gebruik van overeenkomsten met een kortere looptijd, een voorwaardelijke betalingsstructuur en de heronderhandelingsmogelijkheid bij onvoorziene fundamentele ontwikkelingen, wordt geen aandacht besteed in het Verrekenprijzenbesluit 2018.

3.5.3 Prijsbepaling bij moeilijk te waarderen immateriële activa

Paragraaf 5.3 van het Verrekenprijzenbesluit 2018 is nieuw en ziet op de overdracht van moeilijk te waarderen immateriële activa. De Staatssecretaris stelt dat bij een moeilijk te waarderen immaterieel activum of een recht daarop, conform de in hoofdstuk 3.4.2 behandelde definitie van de OESO-richtlijnen, de Nederlandse belastingdienst de daadwerkelijk met het betreffende immaterieel activum gerealiseerde resultaat mag gebruiken bij de beoordeling van de zakelijkheid van de prijs op het moment van voordoen van de transactie.⁸⁴ De prijs voor de overdracht van immateriële activa wordt in dit verband gedefinieerd als de waarde die aan het activum wordt toegekend vermeerderd met de verschuldigde (vennootschaps)belasting over een eventuele boekwinst.⁸⁵ Bij een grote afwijking, te weten een afwijking van meer dan 20%, tussen het daadwerkelijk gerealiseerde resultaat en de projecties van de toekomstige inkomsten die ten grondslag hebben gelegen aan de vaststelling van de prijs op het moment van de transactie, kan de belastingdienst de initieel door partijen bepaalde prijs voor de transactie alsnog ter discussie stellen. Dit geldt niet voor afwijkingen als gevolg van feiten en omstandigheden die zich pas na de datum van de prijsbepaling hebben voorgedaan. Tot slot wordt, overeenkomstig het bepaalde in de OESO-richtlijnen, opgemerkt dat voor de toepassing van het Nederlandse belastingrecht geen sprake is van een moeilijk te waarderen immaterieel activum, indien de grote afwijking zich voordoet na het verstrijken van vijf jaar te rekenen vanaf de dag waarop voor het eerst met het immaterieel activum opbrengsten zijn gerealiseerd in transacties met niet gelieerde partijen.⁸⁶

⁸² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.2, voetnoot 11.

⁸³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.2.

⁸⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.3.

⁸⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.4.

⁸⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 5.3.

3.6 Deelnemingsvrijstelling

Op het totaalwinstbeginsel zijn in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 uitzonderingen opgenomen in de vorm van aftrekbeperkingen, forfaitaire benaderingen en vrijstellingen. Een in het kader van deze scriptie noemenswaardige vrijstelling is de zogenoemde deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling houdt in dat onder bepaalde voorwaarden alle voordelen, zowel positieve als negatieve, uit hoofde van een deelneming niet tot de winst van de deelnemende vennootschapsbelastingplichtige worden gerekend en derhalve zijn vrijgesteld van de vennootschapsbelasting. Onder voordelen uit hoofde van een deelneming vallen in elk geval winstuitdelingen (formeel in de vorm van een dividenduitkering of verkapt in de vorm van een bevoordeling van de aandeelhouder), boekwinsten of verliezen bij vervreemding van de deelneming ten bedrage van de verkoopprijs minus de kostprijs van de deelneming en herwaarderings van deelnemingen.⁸⁷ Volgens de HR strekt de deelnemingsvrijstelling ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst twee keer in een belasting naar de winst wordt betrokken.⁸⁸ Als gevolg van de deelnemingsvrijstelling leiden zowel de winstuitdelingen afkomstig uit bijvoorbeeld een projectvennootschap als de vervreemdingswinst bij verkoop van aandelen in de projectvennootschap niet tot belastbare winst bij de vennootschapsbelastingplichtige deelnemer in de projectvennootschap, zodat economisch dubbele belastingheffing over de deelnemingsvoordelen wordt voorkomen.⁸⁹ Indien de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt, worden (in een binnenlandse situatie) de deelnemingsvoordelen, waaronder de boekwinst bij vervreemding van de aandelen in de projectvennootschap) tevens bij de moedermaatschappij in de belastingheffing betrokken.

3.7 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is het theoretisch kader van deze scriptie vastgesteld door middel van een onderzoek naar de relevante wet- en regelgeving waarbinnen de beantwoording van de rechtsvraag in het Multi-vastgoedarrest dient te plaatsvinden. De belangrijkste conclusies en bevindingen hieruit zijn als volgt.

Voor de heffing van vennootschapsbelasting dienen in beginsel alle positieve en negatieve voordelen die met het drijven van de onderneming opkomen of onder bepaalde omstandigheden hadden kunnen opkomen tot de belastbare winst van de vennootschap te worden gerekend. Als vanuit de aandeelhoudersrelatie inkomsten zijn ontvangen of uitgaven zijn gedaan dan wel hiervan wordt afgezien die vanuit de onderneming gezien niet zakelijk van aard zijn, dan dient dit voor de heffing van vennootschapsbelasting bij de vennootschap te worden gecorrigeerd. Deze correctie van de winst wordt vastgesteld op basis van het at arm's-lengthbeginsel. Het uitgangspunt van het at arm's-lengthbeginsel is dat gelieerde partijen voor fiscale doeleinden worden verondersteld zelfstandig te handelen en houdt in dat de prijs die dient te worden berekend bij de onderlinge overdracht van (im)materiële goederen en/of bij het verrichten van diensten en de voorwaarden waaronder deze transacties tot stand komen tussen gelieerde partijen, overeenkomstig dienen te zijn aan de prijs en de voorwaarden die onder vergelijkbare omstandigheden ook zouden gelden tussen onafhankelijke marktpartijen. Bij de uitleg van het at arm's-lengthbeginsel spelen, naast jurisprudentie, de door de OESO opgestelde richtlijnen en het Verrekenprijzenbesluit 2018 een belangrijke rol. Volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 hebben de OESO-richtlijnen zelfs directe werking in de Nederlandse rechtspraktijk.

In de OESO-richtlijnen is voor immateriële activa waarvan de waarde hoogst onzeker is ten tijde van de overdracht bepaald dat onafhankelijke derden op een vijftal manieren kunnen omgaan met deze onzekerheid. Ten eerste kan een vaste prijs worden overeengekomen, indien de toekomstige ontwikkelingen voor partijen voldoende voorspelbaar zijn. Is dit laatste niet het geval, dan kunnen partijen bijvoorbeeld overeenkomsten met een kortere looptijd aangaan, prijsaanpassingsclausules in de overeenkomst opnemen of een betalingsstructuur met voorwaardelijke betalingen overeenkomen. Bij een overdracht van immateriële activa die nog verder ontwikkeld moet worden, kunnen de onafhankelijke derden additionele voorwaardelijke betalingen overeenkomen waarbij het realiseren van bepaalde milestones in de verdere ontwikkeling voorwaarde is voor het beschikbaar komen van deze additionele

⁸⁷ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 13 Wet Vpb 1969, aant. 2.1 (online, laatst bijgewerkt 22 april 2018).

⁸⁸ Onder andere HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8553, r.o. 3.3; HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, r.o. 3.3.1 en meer recent HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2124, r.o. 2.4.1.

⁸⁹ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 13 Wet Vpb 1969, aant. 2.1.1 (online, laatst bijgewerkt 22 april 2018).

betalingen. De vijfde optie is dat onafhankelijke derden bereid zijn om het risico van onvoorspelbare toekomstige ontwikkelingen zelf te dragen, waarbij onder bepaalde omstandigheden tot heronderhandeling van de prijsstelling wordt overgegaan.

Verder geven de OESO-richtlijnen aan dat het de fiscale autoriteiten is toegestaan om één van de bovenvermelde opties te hanteren indien onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden eenzelfde optie hadden gebruikt om in de grote onzekerheid omtrent de waardering van het immaterieel activum te voorzien. Dit suggereert dat wanneer de waardering hoogst onzeker is ten tijde van de transactie, belastinginspecteurs de contractduur kunnen verkorten, prijsaanpassingsclausules kunnen invoegen in het contract, heronderhandeling kunnen eisen of op andere wijze correcties kunnen aanbrengen die onafhankelijke derden naar hun oordeel ook zouden doen. In dit verband stelt de Staatssecretaris in het Verrekenprijzenbesluit 2018 dat het de Nederlandse belastingdienst is toegestaan om bij een overdracht van een nieuw ontwikkeld immaterieel activum aan een gelieerde partij waarvan op dat moment nog onvoldoende duidelijk is of en in welke mate het immaterieel activum succesvol zal zijn, bijvoorbeeld omdat het immaterieel activum nog geen opbrengsten heeft gegenereerd en aan het inschatten van de toekomstige opbrengsten belangrijke onzekerheden zijn verbonden, het standpunt in te nemen dat het onzakelijk is om voor deze transactie een vaste prijs overeen te komen. In een dergelijke situatie zouden onafhankelijke derden naar de mening van de Staatssecretaris naar alle waarschijnlijkheid een prijsaanpassingsclausule overeen zijn gekomen. De Staatssecretaris baseert zijn standpunt op het Multi-vastgoedarrest. Dit is naar mijn mening op z'n minst opmerkelijk te noemen. In de OESO-richtlijnen worden immers ook andere mogelijkheden genoemd om met de onzekere waardering van een nieuw ontwikkeld immaterieel activum, zoals het geval was in het Multi-vastgoedarrest, om te gaan. Volgens de OESO-richtlijnen kunnen onafhankelijke derden in een dergelijk geval ook voorwaardelijke betalingen overeenkomen die afhankelijk zijn van de verdere ontwikkeling van het immaterieel activum of een vaste zakelijke prijs afspreken zolang de gebruikte projecties van de te verwachten voordelen naar het oordeel van de onafhankelijke derden voldoende betrouwbaar zijn. Mijns inziens is in dit kader slechts van belang het antwoord op de vraag wat projectontwikkelaars in de praktijk in transacties met onafhankelijke derden afspreken.

Naast de onzekerheid over de waarde van het immaterieel activum op het moment van de transactie kan het ook zo zijn dat het immaterieel activum moeilijk te waarderen is. Hiervan is sprake wanneer voor de transactie geen betrouwbare vergelijkbare transacties bestaan en de te verwachten opbrengsten of de gehanteerde uitgangspunten voor de waardering van het immaterieel activum erg onzeker zijn. Eén van de kenmerken van transacties met dergelijke immateriële activa is bijvoorbeeld de overdracht van een gedeeltelijk ontwikkeld immaterieel activum aan een gelieerde partij. In de OESO-richtlijnen en het Verrekenprijzenbesluit 2018 wordt voor deze gevallen opgemerkt dat, indien de ex-ante projecties niet overeenkomen met de ex-post resultaten en deze verschillen niet zijn veroorzaakt door onvoorzienbare ontwikkelingen of gebeurtenissen, dan dit een indicatie kan zijn dat de prijsafspraken tussen de gelieerde partijen niet marktconform is geweest. In een dergelijke situatie wordt het de fiscale autoriteiten in beginsel toegestaan om de daadwerkelijk met de betreffende immateriële activa gerealiseerde resultaten als bewijsvermoeden te hanteren voor de ongeschiktheid van de prijsstelling vooraf. Concreet betekent dit dat de belastingdienst bij een afwijking van meer dan 20% in beginsel zonder nadere onderbouwing een correctie kan doorvoeren. De belastinginspecteurs wordt hiermee de mogelijkheid geboden om de prijsstelling van een transactie tussen gelieerde partijen met terugwerkende kracht aan te passen als de daadwerkelijk gerealiseerde inkomsten (toevalligerwijs of vanwege een prudente inschatting) hoger uitvallen dan de projecties van de toekomstige kasstromen vooraf, ondanks het feit dat deze projecties van inkomsten naar het oordeel van onafhankelijke derden adequaat zijn geweest.

Eventuele winstuitdelingen afkomstig uit een projectvennootschap en het vervreemdingsresultaat bij verkoop van aandelen in de projectvennootschap worden in principe als gevolg van de deelnemingsvrijstelling niet tot de belastbare winst van de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder gerekend.

4. Commentaren op het Multi-vastgoedarrest

4.1 Inleiding

In de fiscale vakliteratuur is het Multi-vastgoedarrest uitvoerig besproken. In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de commentaren in de vakliteratuur op of naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest. Afgesloten wordt met een samenvatting van de belangrijkste opmerkingen en bezwaren in de vakliteratuur over de toepassing van de tweeprocentsformule en de conclusies en bevindingen die daaruit kunnen worden getrokken.

4.2 Commentaren op het Multi-vastgoedarrest

4.2.1 Van der Wal

Het meest kritische commentaar in de vakliteratuur op het Multi-vastgoedarrest is afkomstig uit de pen van Van der Wal. Hij begint zijn commentaar met de vaststelling dat het Hof op een heel concrete manier heeft beslist zonder dat de redengeving (volledig) controleerbaar is. Dit maakt de beslissing moeilijk te accepteren voor Van der Wal. Het Hof zou terecht hebben vastgesteld dat de C BV's en de gesloten overeenkomsten ook fiscaalrechtelijk realiteitsgehalte hebben, geen sprake is van schijnhandelingen of *fraus legis* en de projectwinsten vanwege het reële stelsel van winstberekening niet statistisch kunnen worden vastgesteld. Zodoende dient volgens Van der Wal uitsluitend nog de vraag te worden beantwoord hoe de winst van belanghebbende, gegeven deze uitgangspunten, moet worden bepaald.⁹⁰

Volgens Van der Wal is een ondernemer vrij in zijn keuzes zolang zakelijk wordt gehandeld. De enige juiste methode om dit laatste te toetsen is door te kijken naar hoe deze ondernemer met onafhankelijke derden handelt. Van der Wal stelt dat in het Multi-vastgoedarrest de tussen belanghebbende en de C BV's aangegane transacties niet met onafhankelijke derden worden aangegaan, waardoor de rechter marginaal heeft moeten toetsen of door belanghebbende met onafhankelijke derden ook op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden transacties zouden zijn aangegaan. Door het hanteren van deze beoordelingsmaatstaf wordt naar het oordeel van Van der Wal afbreuk gedaan aan de realiteit.

Getoetst had zijns inziens moeten worden of geen enkele onafhankelijke derde in het economische verkeer aan eenzelfde transactie had willen deelnemen. Tussen belanghebbende en de C BV's worden drie overeenkomsten gesloten, te weten (i) een overeenkomst van verkoop en overdracht van het idee voor een mogelijke bouwlocatie, (ii) een overeenkomst van opdracht tot het verrichten van een haalbaarheidsonderzoek en (iii) een projectontwikkelingsovereenkomst. Nu geen enkele onafhankelijke derde in het economische verkeer onder dezelfde condities deze overeenkomsten zou sluiten, is naar de mening van Van der Wal sprake van winstoverheveling naar de C BV's. Belanghebbende heeft immers als aandeelhouder zich bewust (potentiële) winst laten ontgaan ten behoeve van de C BV's, om zelf de tegenprestatie bij verkoop van de aandelen in deze dochtermaatschappijen te kunnen realiseren. Het doel van de winstoverheveling is derhalve het benutten van de deelnemingsvrijstelling ter (enkele) bevoordeling van de aandeelhouders.⁹¹

Vervolgens legt Van der Wal de beoordeling van het Hof onder de loep. Hij merkt op dat het Hof de koopsom bij verkoop en overdracht van de projecten, oftewel de eerste overeenkomst, "*los van de concrete dienstverlening*" onzakelijk acht. Hieruit leidt hij af dat het Hof de dienstverleningsovereenkomsten, oftewel de tweede en de derde overeenkomst, kennelijk wel zakelijk acht. Indien dit klopt, dan zou dit betekenen dat de door belanghebbende verleende dienstverlening volledig voor rekening van de C BV's komt. De vaststelling van het Hof dat de C BV's geen verdere bijdrage hebben aan de totstandkoming van een project dan hun rechtspersoonlijkheid is derhalve volstrekt onbegrijpelijk voor Van der Wal. De verrichte arbeid ten aanzien van de totstandkoming van het vastgoedproject wordt kennelijk door het Hof niet doorslaggevend geacht. De zaak beperkt zich derhalve

⁹⁰ Van der Wal, *FED* 1998/633.

⁹¹ Van der Wal, *FED* 1998/633.

tot de vraag of een zakelijke prijs is overeengekomen voor de overgedragen winstpotentie, oftewel wat de waarde is van het projectidee op het moment van overdracht. Van der Wal acht een waardering van locatiekennis nauwelijks mogelijk, omdat deze kennis (meestal) in brede kring bekend is en de haalbaarheid van een mogelijk project uiterst onzeker is. Het Hof lost dit probleem op door in wezen te oordelen dat niemand bereid zou zijn het projectidee tegen een vaste prijs over te dragen. Met dit oordeel wordt, aldus Van der Wal, wederom afbreuk gedaan aan de realiteit. Een toelichting voor deze zienswijze wordt niet gegeven. Van der Wal vervolgt zijn betoog met de stelling dat het Hof met de bedachte tweeprocentsformule nog verder verwijderd raakt van de realiteit en vraagt zich verwonderd af of er daadwerkelijk geen enkele onafhankelijke partij is die, onder de gegeven omstandigheden, met de genoemde twee procent geen genoegen neemt. Ook de beslissing van het Hof dat de initiële prijs per project in goede justitie op gemiddeld één miljoen gulden moet worden bepaald, raakt volgens Van der Wal ieder contact met de werkelijkheid kwijt. De initiële prijs wordt gebaseerd op een schatting en bovendien kan worden afgevraagd of geen enkele onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest om het projectidee voor een andere prijs te verkopen.⁹²

Ook de beslissing van de HR inzake de jaarwinsttoerekening is naar de mening van Van der Wal onjuist. Hij merkt op dat de HR zich daarbij op de langlopende contractuele relatie tussen belanghebbende en C BV's baseert, terwijl het Hof de langlopende dienstverleningsovereenkomsten voor de verdere totstandkoming van het vastgoedproject buiten beschouwing laat. Volgens Van der Wal hanteert het Hof voor de waardebepaling van het projectidee ten onrechte een subjectief uitgangspunt door te kijken naar hoeveel een C BV heeft bijgedragen aan de later ontstane winst. Beoordeeld had moeten worden wat de waarde in het economische verkeer van het projectidee was op het moment van overdracht. De waardebepaling had derhalve vanuit een objectief uitgangspunt moeten plaatsvinden. Vanwege het feitelijke karakter van de uitspraak, kon deze omissie volgens Van der Wal niet worden gecorrigeerd door de HR. Vervolgens hadden de dienstverleningsovereenkomsten als onzakelijk aangemerkt moeten worden, omdat belanghebbende niets in rekening bracht voor haar inbreng van kennis, relaties, naamsbekendheid en financieringsgaranties. Door aan deze prestaties jaarlijks een waarde toe te kennen (en tot de winst van belanghebbende te rekenen), zou (het realiteitsbeginsel binnen) goed koopmansgebruik niet buitenspel worden gezet, aldus Van der Wal.⁹³

4.2.2 Langereis

In tegenstelling tot Van der Wal acht Langereis de uitspraak in het Multi-vastgoedarrest begrijpelijk. De te betalen tegenprestatie voor de locatiekennis door de C BV's was in hoge mate onzeker en mede afhankelijk van toekomstige onzekere gebeurtenissen, onder andere het al dan niet verkrijgen van een gunstige bouwvergunning en het aantrekken van een belegger. Verkoop van dergelijke informatie aan derden kan in de praktijk lastig zijn. De zakelijkheid van elke prijsstelling voor de locatiekennis is derhalve moeilijk te onderbouwen. Niettemin meent Langereis dat bij transacties tussen gelieerde partijen nog steeds als uitgangspunt dient te gelden dat uitsluitend de overdrachtswinst wordt belast die op het moment van de overdracht wordt of op zakelijke basis zou kunnen worden behaald. Het meenemen van winst of waarde toerekenbaar aan latere jaren leidt volgens Langereis in principe tot rechtsonzekerheid en toepassen van 'hindsight'. Dit laatste zou in strijd zijn met de (toenmalige, LY) OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen. Zoals reeds in hoofdstuk 3.4.2 is uiteengezet, is dit laatste inmiddels onder bepaalde omstandigheden wel toegestaan. Naar het oordeel van Langereis kan een latere aanpassing van de overdrachtprijs alleen gerechtvaardigd zijn wanneer het bepalen van een arm's length-prijs, al dan niet met behulp van een deskundige, volstrekt onmogelijk is. Langereis noemt het Multi-vastgoedarrest derhalve een uitzonderlijke zaak. De rechter zou in deze zaak bijzonder veel waarde hebben gehecht aan het feit dat de projecten in een zeer vroeg stadium werden overgedragen, maar dat de verdere ontwikkeling van het project in nauwe samenhang tussen C BV en belanghebbende geschiedde. Alleen onder die omstandigheden voldoet volgens Langereis een schatting van de waarde op het moment van overdracht niet en is een winstvoorbehoud de enige fiscaal acceptabele methode.⁹⁴

⁹² Van der Wal, *FED* 1998/633.

⁹³ Van der Wal, *FED* 1998/633.

⁹⁴ Langereis, *BNB* 2010/93.

4.2.3 Redactie Vakstudie Nieuws

Ook de redactie van de Vakstudie Nieuws (hierna te noemen: “**Redactie**”) denkt dat met name de voorziene continue contractuele relatie tussen belanghebbende en de C BV’s bij de verdere ontwikkeling van de projecten in de jaren na de overdracht een rol heeft gespeeld bij de beslissing van de HR om resultaten aan latere jaren toe te rekenen. De Redactie erkent tamelijk verrast te zijn door de gehanteerde tweeprocentsformule door het Hof ter invulling van het “*leeuwendeel van de winstpotentie*”. De Redactie vindt echter troost in de gedachte dat het objectief gezien niet aannemelijk te maken is dat die uitkomst per se een andere had moeten zijn. Volgens de Redactie is het bijzondere aan dit arrest dat, in tegenstelling tot eerdere jurisprudentie, toerekening van resultaten aan latere jaren wel mogelijk wordt geacht. In eerdere jurisprudentie was namelijk reeds bepaald dat resultaten op transacties als deze in het jaar van overdracht moeten worden verantwoord. Dat de waarde van dergelijke rechten in hoge mate wordt bepaald door onzekere toekomstige factoren deed hier niet aan af.⁹⁵

4.2.4 Hoogendoorn

In zijn noot onder het Multi-vastgoedarrest erkent Hoogendoorn direct de gecompliceerdheid van de zaak. Vervolgens geeft hij te kennen de C BV’s nuttige vehikels in de bedrijfsvoering van belanghebbende te vinden. Met behulp van deze BV’s worden de overige activiteiten van belanghebbende, voornamelijk andere onderhanden projecten, zoveel mogelijk beschermd tegen eventuele flops. Daarnaast biedt het de mogelijkheid om de projecten aan beleggers te verkopen door overdracht van de onroerende zaak door een C BV of de aandelen in een C BV. Voorts wijst Hoogendoorn op het feit dat in binnenlandse verhoudingen het belang van de toepassing van het at arms length-principe met name ligt in het tijdstip waarop de belasting wordt verschuldigd. Indien de winsten (grotendeels) aan belanghebbende worden toegerekend, dan is de belasting uiterlijk in het jaar van voltooiing van het project verschuldigd.⁹⁶ Is dit niet het geval, dan valt de winst onder de deelnemingsvrijstelling en wordt de gedeelde belasting in de toekomst via versmalling van de afschrijvingsbasis ingelopen.⁹⁷

Hoogendoorn sluit zich aan bij de Plv. P-G en stelt dat een prijs in het verkeer tussen derden die in casu als beoordelingsmaatstaf kan dienen niet voorhanden is. In een dergelijk geval acht hij de methode van het afwegen van functies (functieanalyse), zoals het Hof heeft toegepast, een acceptabele methode.⁹⁸ Wel pleit Hoogendoorn ervoor om, in tegenstelling tot het Hof en de HR, uit te gaan van het eindresultaat van het project, en dit eindresultaat, aan de hand van een functieanalyse, toe te delen aan belanghebbende en de C BV. De prestaties die belanghebbende verricht jegens de C BV’s, te weten alle ontwikkelingswerkzaamheden, dienen als één continu proces te worden gezien, waarvan de kennisoverdracht slechts een fase vormt. Deze functie van belanghebbende moet worden afgewogen tegen die van C BV, die slechts de draagster is van de rechten en verplichtingen van het project. Het at arm’s-lengthbeginsel dient in de zakelijkheid van dit wegingsproces tot uiting te komen. Voorts vraagt Hoogendoorn zich af hoe het Hof tot een beloningspercentage heeft kunnen komen van 2%. Door het ontbreken van enige toelichting, acht hij dit oordeel van het Hof moeilijk toegankelijk voor toetsing aan het at arm’s-lengthbeginsel. Wel acht Hoogendoorn de uitkomst van de formule van het Hof, te weten een winstdeling van 85% voor belanghebbende en 15% voor de C BV’s (op basis van veronderstelde winstmarge van 2%), op het eerste gezicht niet onredelijk, omdat in een dergelijk geval een “*leeuwendeel van de winstpotentie*” daadwerkelijk aan belanghebbende toekomt. Hij plaatst echter hierbij direct de kanttekening dat de zinsnede “*leeuwendeel van de winstpotentie*” wel een te ruime marge toelaat. Voorts vindt Hoogendoorn het terecht dat de deelnemingsvrijstelling niet is onthouden van belanghebbende, omdat de projecten via C BV’s ontwikkeld zijn.

⁹⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 1998/40.26.

⁹⁶ Belanghebbende wordt geacht een informele kapitaalbreng in de C BV’s te hebben verricht. De boekwaarden van de projecten in de C BV’s worden met het bedrag van deze inbreng verhoogd, resulterend in een bredere afschrijvingsbasis. Bij belanghebbende wordt de kostprijs van de aandelen in de C BV’s met een gelijk bedrag vermeerderd.

⁹⁷ Hoogendoorn, BNB 1998/385.

⁹⁸ Hoogendoorn, BNB 1998/385.

Over het jaar van winstneming is Hoogendoorn het echter pertinent oneens met het oordeel van het Hof en de HR. Of er daadwerkelijk winst zal worden behaald op een project, en, zo ja, hoeveel, wordt zijns inziens pas ná voltooiing van het project concreet. Gezien deze aanmerkelijke onzekerheid ten aanzien van de concrete omvang van de prijs van het project en het feit dat de 2% vergoeding voor de C BV's óók uit de winst op het project moet komen, is het volgens Hoogendoorn in overeenstemming met goed koopmansgebruik de aan belanghebbende toe te rekenen winst pas te verantwoorden op het tijdstip waarop deze winst daadwerkelijk wordt gerealiseerd.⁹⁹

4.2.5 Van der Heijden en Lubbers

Ook Van der Heijden en Lubbers menen dat voor verplichte winstneming op basis van goedkoopmansgebruik de winst met redelijke zekerheid moet vaststaan. Bij grote onzekerheid over de ontvangsten en/of de uitgaven kan derhalve van de hoofdregel worden afgeweken dat de winstneming uiterlijk op het moment van levering van het goed moet plaatsvinden. In het Multi-vastgoedarrest werd echter, ondanks de onzekerheden over de uiteindelijk te behalen winst op een project, de winst bij de overdracht belast en vond bij afwijking in latere jaren een herrekening plaats.¹⁰⁰

4.3 Opvattingen naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest

4.3.1 Van Egdom

Volgens Van Egdom volgt uit het Multi-vastgoedarrest dat in navolging van Amerika ook in Nederland een transactie tussen gelieerde partijen arm's length kan worden gemaakt met behulp van een prijsaanpassingsclausule. Dit is mogelijk indien onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden ook een prijsaanpassingsclausule hadden gehanteerd. Het ontbreken van vergelijkbare transacties vormt echter een struikelblok voor het succesvol kunnen innemen van deze stelling. In een dergelijk geval dient volgens Van Egdom te worden geanalyseerd of een commercieel rationeel handelende ondernemer onder vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zou overeenkomen. Wanneer de belastingdienst dit stelt, rust op haar ook de bewijslast, aldus Van Egdom.¹⁰¹

4.3.2 De Win en Broekman

De Win en Broekman kennen het Multi-vastgoedarrest een ruimer toepassingsbereik toe dan Van Egdom. In het Multi-vastgoedarrest zou namelijk zijn bepaald dat in de huidige praktijk van projectontwikkeling slechts sprake is van zakelijk handelen, indien de winst van een ontwikkelingsproject voor het overgrote deel aan de initiatiefnemer toekomt.¹⁰² De interpretatie van Daniels omtrent het toepassingsbereik van het Multi-vastgoedarrest lijkt daarentegen minder streng. Volgens Daniels worden in de Nederlandse jurisprudentie transacties die ongebruikelijk zijn tussen onafhankelijke derden in principe in stand gelaten. Dit geldt niet voor transacties die zijn aangegaan vanuit een aandeelhoudersmotief én waarbij een onevenredige kans op belastingnadeel bestaat. In een dergelijk geval vormt volgens Daniels de functionele analyse, zoals toegepast in het Multi-vastgoedarrest, het belangrijkste beoordelingsinstrument.¹⁰³

4.3.3 Berkhout en Van der Heijden

Berkhout en Van der Heijden definiëren projectontwikkeling als het risicodragend initiëren, (her)ontwikkelen en realiseren, oftewel bouwen, van onroerende zaken. Aspecten die bij ontwikkelen aan bod komen zijn bijvoorbeeld het verwerven van grond en vergunningen, financiering, verhuur en/of verkoop van ruimte(s) en het oplossen van juridische en markttechnische aspecten. Berkhout en Van der Heijden onderscheiden derhalve in een projectontwikkelingsproces een drietal fasen: initiatief-, planontwikkelings- en realisatiefase. In de initiatieffase wordt het haalbaarheidsonderzoek, bestaande uit

⁹⁹ Hoogendoorn, *BNB* 1998/385.

¹⁰⁰ Van der Heijden & Lubbers, *WFR* 2010/538.

¹⁰¹ Van Egdom 2017, p. 144.

¹⁰² De Win & Broekman, *Bouwrecht* 2007/11, p. 947-953.

¹⁰³ Koomen & Verloove, *WFR* 2012/1234.

een marktonderzoek en een financiële analyse, uitgevoerd. De planontwikkelingsfase vangt aan op het moment dat de ontwikkelaar een positief besluit heeft genomen over de voortgang van het project na uitvoering van het haalbaarheidsonderzoek en loopt tot het moment dat men gaat bouwen (ontwerp, bestek, tekeningen). In de realisatiefase wordt het project daadwerkelijk gebouwd, met andere woorden het begin van ‘het stenen stapelen’. Volgens Berkhout en Van der Heijden vindt in de vroegste fasen van het projectontwikkelingsproces de waardecreatie plaats van een ontwikkelingsproject. De waardecreatie komt met name tot stand door de planontwikkeling en locatieverwerving. De winst op een project wordt zodoende in hoge mate bepaald door de antwoorden op de vragen wat voor object (kantoor, winkel, woning), op welke locatie en wanneer gebouwd gaat worden. Het is in de regel de ontwikkelaar die deze vragen beantwoordt en derhalve aan een idee of een grondpositie waarde toevoegt. Volgens Berkhout en Van der Heijden nemen naarmate het ontwikkelingsproces vordert de realiseerbare alternatieven af en de gelduitgaven toe. Aan het bouwen van een object, oftewel ‘het stenen stapelen’, wordt aldus Berkhout en Van der Heijden geen bijzondere waarde meer toegevoegd. De ontwikkelwinst komt derhalve niet aan de realisatiefase toe. Berkhout en Van der Heijden nemen aldus het standpunt in dat een marge van 3% op de bouwactiviteiten een uitstekend resultaat is voor een bouwondernemer. Een marge van 2% zou echter gebruikelijker zijn. De gebruikelijkheid van deze marge voor een bouwondernemer zou volgens Berkhout en Van der Heijden zijn bevestigd in het Multi-vastgoedarrest. Ook de omstandigheid dat in de prilste fasen van een project waarde wordt gecreëerd, zou uit het Multi-vastgoedarrest blijken. De enkele aanwezigheid van locatiekennis was immers al voldoende om het leeuwendeel van de winst aan de projectontwikkelaar te rekenen. Dit leidt tot de conclusie dat enkel locatiekennis al een aanzienlijke waarde heeft.¹⁰⁴

4.3.4 De minister van Financiën

Gezien deze constatering van Berkhout en Van der Heijden, is de reactie van de minister van Financiën (hierna te noemen: “**Minister**”) tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 teneinde beleggingsinstellingen de mogelijkheid te bieden om vastgoed te ontwikkelen ten behoeve van de eigen portefeuille op zijn minst voor discussie vatbaar. Tijdens de parlementaire behandeling werd de minister gevraagd naar hoe de vaststelling van een zakelijke beloning op projecten die de ‘exclusieve ontwikkelingsdochter’ van een fiscale beleggingsinstelling (hierna te noemen: “**fbi**”) uitvoert dient te geschieden. Meer specifiek werd gevraagd naar hoe in de praktijk de toerekening van ontwikkelingswinsten tussen de fbi, oftewel de initiatiefnemer van het project, en de exclusieve ontwikkelingsdochter, oftewel de uitvoerder van het project, dient plaats te vinden en hoe dit zich tot het Multi-vastgoedarrest verhoudt. Volgens het Multi-vastgoedarrest dient immers het overgrote deel van de winst van een ontwikkelingsproject aan de initiatiefnemer toe te komen. Het antwoord van de Minister op deze vraag luidde dat enige betrokkenheid van de fbi bij het tot stand komen van een project inderdaad onvermijdelijk is, echter de winst op het ontwikkelingsproject, inclusief de winst die aan het initiatief is toe te rekenen, in de ontwikkelingsdochter dient te worden verantwoord.¹⁰⁵

4.3.5 Bureauredactie NTFR

Aangezien alle winst op het ontwikkelingsproject, inclusief de winst die toekomt aan het initiatief van de fbi, aan de ontwikkelingsdochter moet worden toegerekend, constateert de bureauredactie van het NTFR terecht dat door de Minister bij de vaststelling van een zakelijke beloning voor de fbi en haar ontwikkelingsdochter een tegengesteld standpunt wordt ingenomen ten opzichte van het Multi-vastgoedarrest. De NTFR-bureauredactie acht weliswaar de situatie in het Multi-vastgoedarrest niet helemaal vergelijkbaar met de situatie van de exclusieve ontwikkelingsdochter van een fbi. Niettemin vindt de NTFR-bureauredactie het jammer dat de Minister zich niet uitspreekt over de verhouding tussen het arrest en het wetsvoorstel.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Berkhout & Van der Heijden, *WFR* 2008/491.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 30689, nr. 7, p. 4 (NV).

¹⁰⁶ Bureauredactie NTFR, *NTFR* 2007/291.

4.3.6 Van de Streek

Van de Streek constateert reeds in 2004 een discrepantie tussen een bepaald wetsvoorstel en het Multi-vastgoedarrest. In zijn reactie op het voornemen van de regering om voor (destijds) van vennootschapsbelasting vrijgestelde woningcorporaties de bouw van koopwoningen in een belastingplichtige dochtermaatschappij verplicht te stellen, wijst hij op de toepassing van het Multi-vastgoedarrest.¹⁰⁷ Als gevolg van het Multi-vastgoedarrest dient een woningcorporatie als inbrenger van het bouwproject een zakelijke prijs te bedingen van de belastingplichtige dochtermaatschappij welke prijs neerkomt op het leeuwendeel van de winstpotentie van het project. Evenals in het Multi-vastgoedarrest is de bijdrage van de dochtermaatschappij aan de totstandkoming van een project beperkt tot de voor- en nadelen verbonden aan haar rechtspersoonlijkheid. Van de Streek stelt derhalve terecht dat voor fiscale doeleinden waarschijnlijk het leeuwendeel van de door de dochtermaatschappij behaalde projectwinst alsnog aan de woningcorporatie zelf dient te worden toegerekend. De door de regering voorgenen wijziging had derhalve volgens Van de Streek niet het gewenste effect om een gelijk speelveld tussen woningcorporaties en projectontwikkelaars te creëren.¹⁰⁸

Als deze vergelijking van Van de Streek wordt doorgetrokken naar fiscaal transparante (vastgoed)beleggingsfondsen, zoals besloten fondsen voor gemene rekening en commanditaire vennootschappen, die gebruikmaken van een afzonderlijke dochtermaatschappij voor de ontwikkeling van bouwprojecten, dan zou naar mijn mening ook het leeuwendeel van de behaalde winst door de dochtermaatschappij rechtstreeks aan de participanten in het beleggingsfonds (naar rato van hun deelname) dienen te worden toegerekend.

4.4 Tussenconclusie

Uit het onderzoek in dit hoofdstuk blijkt dat het Multi-vastgoedarrest in de fiscale vakliteratuur uitvoerig is beschreven, geanalyseerd en becommentarieerd. Over de juistheid van het arrest en de gehanteerde veronderstellingen bestaat vooralsnog geen consensus. In de literatuur wordt met name kritiek geuit op de beslissingen van het Hof dat na de overdracht van de locatiekennis door belanghebbende de winstneming jaarlijks moet geschieden en het slechts zakelijk verantwoord is om bij de overdracht het leeuwendeel van de potentiële winst voor te behouden.

Volgens de auteurs kan een transactie slechts met behulp van een winstvoorbehoud zakelijk worden gemaakt, indien door de gelieerde partij ook op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden transacties met onafhankelijke derden worden aangegaan, dan wel onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden ook een winstvoorbehoud zouden zijn overeengekomen. Bij het ontbreken van daadwerkelijk tot stand gekomen transacties dient volgens sommige auteurs te worden beoordeeld hoe een rationeel handelende ondernemer in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden had gehandeld. Slechts wanneer dit ook niet mogelijk blijkt is de functieanalyse een fiscaal acceptabele methode. Als de belastingdienst zich op een van de voorgaande standpunten stelt, dan dient dit ook door haar aannemelijk te worden gemaakt. Daarmee draagt de belastingdienst ook het bewijsrisico. Met behulp van daadwerkelijk tot stand gekomen transacties dient zij te bewijzen dat onafhankelijke derden of rationeel handelende ondernemers in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden ook een winstvoorbehoud overeenkomen. Blijkbaar vindt de HR dat de belastingdienst in het Multi-vastgoedarrest aan zijn bewijslast heeft voldaan. Gelet op het ontbreken van dergelijke transacties, is dit op zijn minst bijzonder te noemen. Van der Wal vindt de door het Hof geconcipeerde tweeprocentsformule strijdig met de realiteit. Anderen menen daarentegen dat een marge van 2% op de bouwactiviteiten gebruikelijk is voor een bouwondernemer en kunnen zich vinden in de uitwerking van de

¹⁰⁷ Met ingang van 1 januari 2008 is de vrijstelling afgeschaft en zijn blijkens het bepaalde in art. 2, vijfde lid, van de Wet Vpb 1969 verenigingen en stichtingen die op de voet van de Woningwet bij koninklijk besluit zijn toegelaten als instellingen die in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn (i.e. woningcorporaties) onbeperkt belastingplichtig.

¹⁰⁸ Van de Streek, *MBB* 2004, afl. 10, p. 318-323.

tweeprocentsformule. Bijzonder hieraan is wel dat zij de projectvennootschap blijkbaar als een bouwondernemer kwalificeren en willen belonen in plaats van als een projectontwikkelaar.

Over het jaar van winstneming wordt door de auteurs verschillend gedacht. Volgens Hoogendoorn dient de aan de belanghebbende toerekenbare winst pas in het jaar van daadwerkelijke realisatie, oftewel in het jaar van verkoop, te worden verantwoord. Dit op basis van het voorzichtigheidsbeginsel van goedkoopmansgebruik. Van der Wal en Langereis menen echter dat de winstneming door belanghebbende uitsluitend dient te geschieden in het jaar waarin de overeenkomst tot verkoop en overdracht met C BV wordt gesloten. Op dat moment moet, al dan niet met behulp van een deskundige, een schatting worden gemaakt van de waarde in het economische verkeer van de locatiekennis. Aangezien projectontwikkelaars als geen ander een schatting omtrent de financiële afloop van een project kunnen maken, is de toerekening van winst aan latere jaren, zoals wordt betoogd door Van der Wal en Langereis, inderdaad niet benodigd. Bovendien brengt een latere toerekening van winsten het risico van rechtsonzekerheid en het toepassen van 'hindsight' mee. Tevens wijkt de HR hiermee blijkbaar af van eerder gewezen jurisprudentie.

Verder identificeren Berkhout en Van der Heijden in tegenstelling tot (onder meer) het Hof in het Multi-vastgoedarrest drie fasen in een projectontwikkelingsproces. In met name de tweede fase, oftewel de planontwikkelingsfase, zou de waardecreatie plaatsvinden als gevolg van de planontwikkeling en de verwerving van de locatie. De ontwikkelwinst komt derhalve met name aan de planontwikkelingsfase toe. De planontwikkelingsfase vangt aan op het moment dat het project na een haalbaarheidsonderzoek realiseerbaar blijkt en door de ontwikkelaar wordt overgegaan tot uitvoering van het project.

Als het voorgaande tot uitgangspunt wordt genomen, dan vindt in de zaak van het Multi-vastgoedarrest de daadwerkelijke waardecreatie van een project pas na overdracht van de locatiekennis aan een C BV plaats. Het toekennen van het overgrote deel van de ontwikkelwinst aan het initiatief van belanghebbende, zoals bepaald in het Multi-vastgoedarrest, zou dan naar mijn mening in strijd zijn met de werkelijkheid in de praktijk. Het overgrote deel van de winst had immers aan de planontwikkelaar, oftewel C BV, moeten toekomen. Belanghebbende had vervolgens een zakelijke (management) fee aan C BV in rekening moeten brengen voor de feitelijke realisatie van deze planontwikkeling.

Het voorgaande is naar mijn mening ook meer in lijn met wat de wetgever heeft bepaald voor fbi's. De ontwikkelwinst die toekomt aan het initiatief van de fbi voor een ontwikkelingsproject dient te worden verantwoord bij de ontwikkelingsdochter. Op basis van de huidige wetgeving en het Multi-vastgoedarrest, dient echter bij een ontwikkelingsdochter van een fbi meer ontwikkelwinst te worden verantwoord dan in een projectvennootschap van een commerciële projectontwikkelaar. Een feit is wel dat bij de inbreng van een project in een ontwikkelingsdochter van een fbi, in tegenstelling tot de zaak in het Multi-vastgoedarrest, (naar verwachting) niet in een continue contractuele met de fbi is voorzien voor de verdere uitvoering van de ontwikkeling van het desbetreffende project. Deze werkzaamheden vinden juist door de ontwikkelingsdochter zelf plaats.

5. Jurisprudentie na het Multi-vastgoedarrest

5.1 Inleiding

De overdracht tussen gelieerde partijen van een (immateriële) activa waarvan de waarde op het moment van overdracht moeilijk is vast te stellen, is in de Nederlandse jurisprudentie na het Multi-vastgoedarrest een aantal keer aan de orde geweest. In dit hoofdstuk worden deze zaken eerst nader bestudeerd en vervolgens getoetst aan het gehanteerde beoordelingskader uit het Multi-vastgoedarrest voor de bepaling van de zakelijkheid van de bedongen tegenprestatie. Dit hoofdstuk vangt aan met een analyse van de gewezen jurisprudentie omtrent de waardering van vastgoed(projecten).

5.2 Jurisprudentie omtrent waardering van onroerende zaken

5.2.1 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3117

Deze zaak gaat over een verkapte winstuitdeling bij een transactie met appartementen. Kort weergegeven is er sprake van een vennootschap (A BV) die appartementen heeft gekocht met als doel deze te herontwikkelen. Deze appartementen worden door A BV op dezelfde dag en voor dezelfde prijs doorverkocht aan zowel niet gelieerde natuurlijke personen als een gelieerde vennootschap (F BV). F BV verkoopt deze appartementen eveneens op dezelfde dag door aan een andere gelieerde vennootschap (K BV) tegen een hogere prijs. Uit prognoses bleek dat K BV na afronding van de projectontwikkeling het viervoudige van de door F BV behaalde winst kon behalen met de verkoop van de appartementen. De inspecteur zag in deze transactie een winstuitdeling door A BV aan belanghebbende, omdat die in zowel A BV, F BV en K BV gedeeltelijk aandeelhouder was. Naar 's Hofs oordeel rustte de bewijslast voor de gestelde winstuitdeling bij de inspecteur en had de inspecteur daaraan voldaan. Het bewijs voor het bestaan en de omvang van de winstuitdeling kon worden afgeleid uit het verschil tussen enerzijds de prijs die A BV zakelijk handelend had kunnen bedingen voor de appartementen en de projectontwikkelingsactiviteiten en anderzijds de prijs die daadwerkelijk was bedongen. Het feit dat A BV ook vergelijkbare appartementen aan niet gelieerde natuurlijke personen tegen kostprijs had verkocht, was volgens het Hof niet relevant, omdat niet bekend was wat A BV nog meer met deze kopers was overeengekomen omtrent de projectontwikkeling door A BV. De HR vond dit oordeel van het Hof niet voldoende gemotiveerd en derhalve onbegrijpelijk. Aangezien A BV tegelijkertijd tevens appartementen aan derden had verkocht tegen dezelfde prijs, was het aan de inspecteur (en dus niet aan de belanghebbende) om te bewijzen dat met deze derden in werkelijkheid een hogere koopprijs was overeengekomen of de prijs die K BV heeft betaald aan F BV zakelijk was.¹⁰⁹

In dit arrest wordt bevestigd dat voor het achterhalen van een zakelijke prijs voor een transactie in eerste instantie moet worden gekeken naar hoe de overdrager in vergelijkbare transacties met onafhankelijke derden handelt. Nu de natuurlijke personen en A BV onafhankelijke en dus zakelijk handelende derden ten opzichte van elkaar zijn, moet de door hen overeengekomen koopprijs worden geacht gelijk te zijn aan de waarde in het economische verkeer van de appartementen. Van een aanmerkelijke onzekerheid over de waardering van de appartementsrechten is derhalve geen sprake. Aan de tweede omstandigheid uit het Multi-vastgoedarrest lijkt wel te worden voldaan. K BV had geen eigen bijdrage aan de herontwikkeling van de appartementen. Deze vonden door A BV plaats. Tot slot wordt bevestigd dat de bewijslast voor het onzakelijk handelen uitsluitend bij de belastingdienst ligt.¹¹⁰

¹⁰⁹ HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3117.

¹¹⁰ Thans bevat art. 8b, derde lid, Wet Vpb 1969 een administratieverplichting. Deze houdt in dat de gelieerde lichamen in hun administratie gegevens moeten opnemen waaruit blijkt op welke wijze de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of er sprake is van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Als de gelieerde lichamen niet aan de administratieverplichting voldoen, keert de bewijslast om.

5.2.2 Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF7794

Deze zaak gaat over een verkapte winstuitdeling bij een transactie met een optierecht op een pand. Belanghebbende huurt een bedrijfspand van de heer A. In het huurcontract is bepaald dat aan belanghebbende een optie tot aankoop wordt verleend tegen een koopsom van f 400 000, tenzij de gemeente gebruik maakt van haar voorkeursrecht. Tevens is bepaald dat bij uitoefening van het voorkeursrecht door de gemeente belanghebbende daaraan dient mee te werken en dat de meeropbrengst boven de voormelde koopsom gelijkelijk tussen belanghebbende en de heer A wordt verdeeld. Kort nadat de gemeente heeft aangegeven gebruik te willen maken van haar voorkeursrecht en een bod op het pand heeft gedaan, draagt belanghebbende met medewerking van haar aandeelhouder het optierecht om niet over aan haar directeur, tevens zoon van haar aandeelhouder. Vervolgens koopt de zoon het pand van de heer A voor f 500 000 en verkoopt het in dezelfde overeenkomst nog door aan de gemeente voor een bedrag van f 1 200 000. De met de gemeente overeengekomen koopprijs wordt vastgesteld rekening houdend met de kosten van bedrijfsverplaatsing voor belanghebbende. Niettemin komt de koopprijs geheel ten goede aan de zoon. Naar 's Hofs oordeel heeft belanghebbende zich een voordeel laten ontgaan ten gunste van de zoon van haar aandeelhouder door om niet af te zien van het optierecht en verder niets heeft ondernomen om zijn deel van de afgesproken meeropbrengst te incasseren. De Inspecteur heeft derhalve de winst van belanghebbende terecht gecorrigeerd met een bedrag van f 400 000 ((f 1 200 000 -/- f 400 000) / 2). Het verweer van belanghebbende dat het gunstige verkoopresultaat toe te rekenen was aan de persoonlijke inspanningen van de zoon, was naar het oordeel van het Hof niet relevant.¹¹¹

In deze zaak voor het Hof, waarin een optierecht om niet wordt overgedragen, is van een aanmerkelijke onzekerheid over de waardering van het optierecht geen sprake. De waarde in het economische verkeer van het optierecht kan immers worden achterhaald door de overeengekomen koopprijs tussen belanghebbende en de gemeente, oftewel onafhankelijken derden, als uitgangspunt te nemen. Nu de zoon tevens directeur is van belanghebbende, zou naar mijn mening het standpunt ingenomen kunnen worden dat door belanghebbende is bijgedragen aan het verkoopproces van het pand aan de gemeente.

5.2.3 Hof Amsterdam 14 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4329

Deze zaak gaat over een informele kapitaalstorting door middel van inbreng van aandelen in een vastgoedvennootschap in een dochtermaatschappij. De aandeelhouder van belanghebbende (X BV) komt met een klant een koopoptieovereenkomst overeen als gevolg waarvan X BV een optie op de koop van de aandelen in een vennootschap (AOGF BV) verkrijgt. AOGF BV heeft als enig activum een kantoorgebouw. Vervolgens bereikt X BV met een beursgenoteerde vennootschap (E NV) overeenstemming over de verkoop van alle aandelen in AOGF BV. De koopsom is aanmerkelijk hoger dan de uitoefenprijs van de koopoptie. Na uitoefening van de koopoptie door X BV worden de aandelen in AOGF BV onmiddellijk na levering aan belanghebbende doorgeleverd aan E NV. Uiteindelijk was (mede) in geschil of de verkoopwinst terecht tot de belastbare winst van belanghebbende was gerekend. Het Hof kwam tot het oordeel dat belanghebbende uitsluitend als “*accomoderend vehikel*” had gediend in de verkoop van de aandelen in AOGF BV aan E NV. Belanghebbende had immers geen enige wezenlijke zelfstandige rol vervuld in het verkoopproces. Volgens het Hof werd dit voornamelijk ondersteund door het feit dat onmiddellijk na de levering aan belanghebbende de aandelen in AOGF BV aan E NV waren doorgeleverd. Hierdoor had in feite een overdracht van de koopoptieovereenkomst om niet plaatsgevonden van X BV aan belanghebbende. Deze bevoordeling kon volgens het Hof redelijkerwijs louter worden verklaard door de aandeelhoudersrelatie tussen X BV en belanghebbende. De volledige verkoopwinst werd derhalve als een informele kapitaalstorting in belanghebbende aangemerkt.¹¹²

Anders dan in het Multi-vastgoedarrest was in deze zaak geen sprake van een aanmerkelijke onzekerheid omtrent de waarde in het economische verkeer van de koopoptieovereenkomst. Enige gelijkenis tussen de CV BV's in het Multi-vastgoedarrest en belanghebbende bestaat er wel. In beide gevallen fungeren de BV's uitsluitend als special purpose vehicles en hebben ze geen verdere eigen bijdrage ten aanzien van het gekochte anders dan de voordelen verbonden aan hun rechtspersoonlijkheid. De vraag die zich nu

¹¹¹ Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF7794.

¹¹² Hof Amsterdam 14 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4329.

aandient is of hier, conform het Multi-vastgoedarrest, aan X BV in plaats van het volledige transactieresultaat niet het leeuwendeel van het transactieresultaat had moeten worden toegerekend. Door in lijn met het Multi-vastgoedarrest te handelen, kan ook een op basis van een functieanalyse te bepalen percentage van het transactieresultaat als beloning aan belanghebbende toekomen.

5.2.4 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0172

Deze zaak gaat over een informele kapitaalstorting door middel van inbreng van een vastgoedproject in een dochtermaatschappij. Belanghebbende behoort tot een groep die zich bezighoudt met vastgoedontwikkeling. Door de (groot)aandeelhouder van belanghebbende is een eerder stilgelegd project bestaande uit een kantorencomplex van drie torens aan de Amsterdamse Zuid-as voor herontwikkeling overgedragen van belanghebbende tegen een vergoeding van f 1. Nog op dezelfde dag draagt belanghebbende het project over aan een dochtermaatschappij (D BV) tegen een bedrag van f 1 plus een winstrecht van maximaal f 3 000 000. Enkele maanden voorafgaand hieraan komt belanghebbende namens D BV een samenwerkingsverband (vof) met een derde partij overeen, waarin wordt afgesproken dat de inbreng aan risicodragende financiering van de derde partij (maximaal) f 24 000 000 bedraagt en van D BV het project bedraagt bestaande uit niet geactiveerde herontwikkelingsrechten en betaalde voorbereidingskosten tot een totaalbedrag van f 3 000 000. Belanghebbende verkoopt een jaar later de aandelen in D BV voor een hoger bedrag en claimt de deelnemingsvrijstelling voor de verkoopwinst. De inspecteur stelt dat belanghebbende een hogere prijs had moeten bedingen voor de overdracht van het project aan D BV en legt een navorderingsaanslag op. Het Hof is het oneens met de inspecteur, omdat D BV en de derde partij geen hogere inbrengwaarde zijn overeengekomen voor het project. De HR oordeelt dat het Hof dit ten onrechte heeft besloten. Het enkele feit dat in de samenwerkingsovereenkomst is afgesproken dat het door D BV te verstrekken deel van de risicodragende financiering van het project f 3 000 000 bedraagt, betekent naar het oordeel van de HR nog niet dat door partijen eenzelfde inbrengwaarde is overeengekomen. In de samenwerkingsovereenkomst was namelijk ook afgesproken dat de derde partij een aanzienlijk groter bedrag diende te financieren.¹¹³

Deze zaak vertoont opmerkelijke overeenkomsten met het feitencomplex in het Multi-vastgoedarrest. Evenals in het Multi-vastgoedarrest is in deze zaak sprake van een (door)overdracht van een vastgoedproject door de aandeelhouder aan een projectvennootschap, welke vennootschap (nagenoeg) geen projectbijdrage levert, waarna het volledige aandelenbelang in de projectvennootschap wordt verkocht en het transactieresultaat door de aandeelhouder onder de deelnemingsvrijstelling wordt verantwoord. Anders dan in het Multi-vastgoedarrest wordt in deze zaak naast een vaste vergoeding van f 1 een gelimiteerd winstrecht bedongen. De vraag die zich hierin wezen voordoet is echter hetzelfde: welke zakelijke prijs had de aandeelhouder moeten bedingen voor de (door)overdracht van het project aan de projectvennootschap, oftewel D BV? Ondanks de grote mate van overeenstemming tussen deze zaak en de zaak in het Multi-vastgoedarrest, wordt door het Hof en de HR niet tot de toepassing van de tweeprocentsformule geoordeeld. Wanneer het beoordelingskader uit het Multi-vastgoedarrest op dit feitenkader wordt toegepast, dan valt dit verschil te verklaren vanuit het feit dat in deze zaak kennelijk geen sprake was van een aanmerkelijke onzekerheid omtrent de waardering van het overgedragen project. Aangezien het project uiteindelijk werd ingebracht in een samenwerkingsverband met een derde partij, was in principe een zakelijke prijs voor het project aanwezig. Deze zakelijke prijs was gelijk aan de prijs, oftewel de inbrengwaarde, voor het project die door de samenwerkende partijen was overeengekomen. Geconcludeerd kan mijns inziens worden dat in een dergelijk geval de tweeprocentsformule uit het Multi-vastgoedarrest geen toepassing vindt. Het blijft echter bijzonder dat kennelijk een arm's length-prijs beschikbaar is, maar het voor partijen toch onduidelijk is welke inbrengwaarde is overeengekomen tussen belanghebbende en de derde waarmee de vof was aangegaan.

5.3 Jurisprudentie omtrent waardering van overige activa

5.3.1 HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2724

Deze zaak gaat over een verkapte winstuitdeling door middel van een overdracht van een winstgevende

¹¹³ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0172.

autohandel. Belanghebbende drijft een onderneming bestaande uit de handel in nieuwe en gebruikte auto's. De aandelen in belanghebbende worden gehouden door de heer A en zijn echtgenote. De heer A is tevens aandeelhouder van B BV die zich met verhuur van onroerende zaken bezighoudt. Begin 1992 draagt belanghebbende de winstgevende handel in nieuwe en gebruikte auto's om niet over aan B BV. Nog binnen hetzelfde jaar draagt B BV de autohandel terug over aan belanghebbende. De in de tussenliggende periode met de autohandel behaalde winst, werd verrekend met de oude verliezen van B BV. De inspecteur stelt zich op het standpunt dat belanghebbende door het niet bedingen van een vergoeding voor de overdracht zich een winst heeft laten ontgaan ten gunste van B BV ter grootte van de door B BV met de autohandel behaalde winst. Het Hof was het eens met de inspecteur. De verweren van belanghebbende dat aan de handel in gebruikte auto's geen goodwill kon worden toegekend en aan de overdracht een zakelijk motief ten grondslag lag, zijnde concentratie van de autohandel bij B BV, werden verworpen door het Hof. De HR begint met de overweging dat bij een winstuitdeling door middel van een overdracht van winstgevende activiteiten aan een gelieerde vennootschap de winst van de vennootschap die de winstgevende activiteiten heeft overgedragen dient te worden gecorrigeerd naar een bedrag dat onder vergelijkbare omstandigheden van een onafhankelijke derde zou zijn bedongen. Nu het Hof de winstcorrectie zonder nadere motivatie had vastgesteld op de door de autohandel behaalde winst, werd de beslissing van het Hof gecasseerd en terugverwezen.¹¹⁴

Het interessante aan dit arrest vind ik de overweging van de HR dat een overdracht alleen kan leiden tot een correctie van de winst van de overdragende vennootschap *“ten belope van het bedrag dat onder vergelijkbare omstandigheden van een onafhankelijke derde zou zijn bedongen. Die correctie kan niet zonder meer, zoals het Hof heeft gedaan, worden gesteld op het bedrag van de door de gelieerde vennootschap met de overgenomen activiteiten behaalde winst”*.¹¹⁵ De maatstaf die de HR hier lijkt aan te leggen is dat voor het bepalen van een arm's length-prijs beoordeeld moet wat de overdragende partij van een onafhankelijke derde had bedongen voor de overdracht van de autohandel. De HR lijkt hiermee te suggereren dat van belang is wat de overdrager op basis van de haar beschikbare feiten en omstandigheden van een onafhankelijke derde zou hebben bedongen ten tijde van de overdracht. Het gaat derhalve niet om de objectieve waarde van de autohandel, maar om het subjectieve oordeel van belanghebbende omtrent de waarde in het economische verkeer.

5.3.2 Hof 's-Gravenhage 23 januari 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AV6592

Deze zaak gaat over winstoverheveling door middel van een aandelentransactie. BV A verkoopt 92,5% van haar aandelen in B BV aan F SA tegen een vaste prijs van afgerond f 200 000. Belanghebbende in deze zaak is directeur/aandeelhouder van A BV, directeur van B BV en voor 99% aandeelhouder van F SA. F SA heeft van belanghebbende het recht op het merk “E System” verkregen. B BV heeft vervolgens van F SA het recht verkregen om het merk E System te gebruiken voor het meubilair voor het inrichten van D-winkels. Voor het gebruik van dit recht was B BV een royalty vergoeding aan F SA verschuldigd ten bedrage van een bepaald percentage van de behaalde omzet op de verkoop van het meubilair met de merknaam E Systems. De inspecteur nam het standpunt in dat bij de verkoop van de aandelen B BV fiscaal sprake is van een uitdeling van winst aan belanghebbende, omdat de waarde in het economische verkeer van de overgedragen aandelen in B BV ten tijde van de verkoop hoger was dan de verkoopprijs. Ook naar 's Hof's oordeel was de waarde van de overgedragen aandelen B BV ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst hoger dan de zichtbare intrinsieke waarde, omdat aan de (nog te verwachten) opdrachten door D tevens een waarde toekwam. Deze waarde moest aan B BV worden toegerekend, omdat het winstgenererende element voor de groep kennelijk in de levering van het meubilair/systeem en de overige door B BV verrichte activiteiten lag. Voorts ging het Hof ervan uit dat B BV ook in de toekomst winstgevend zou zijn, omdat B BV een vaste rol had binnen de groep en naar verwachting die ook zou behouden. Tot slot werd door het Hof geen zakelijke reden voor de lage overdrachtprijs aanwezig gehad. Op basis van het voorgaande kent het Hof 'in goede justitie' een waarde toe aan de aandelen B BV ten bedrage van f 435 000.¹¹⁶

¹¹⁴ HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2724.

¹¹⁵ HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2724, r.o. 3.3.

¹¹⁶ Hof 's-Gravenhage 23 januari 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AV6592.

Evenals in het Multi-vastgoedarrest bestaat in deze zaak onenigheid tussen belastingplichtige en de inspecteur omtrent de waardering van hetgeen is overgedragen door de belastingplichtige aan een gelieerde partij. Ondanks de onzekerheid die bestaat over de waardering van de aandelen B BV ten tijde van de overdracht, wordt door het Hof anders dan in het Multi-vastgoedarrest een vaste vergoeding zakelijk geacht voor de overdracht. Kennelijk vindt het Hof het bepalen van een arm's length-prijs door middel van een waardering van de winstpotentie in de aandelen B BV wel mogelijk. Verder vind ik de argumentatie van het Hof voor de toekenning van de winstpotentie in het contract met D aan de aandelen B BV opmerkelijk. De winstpotentie moet naar 's Hofs oordeel aan B BV worden toegerekend, omdat B BV de winstgenererende diensten zou verrichten voor de groep. Indien men dit oordeel, de juistheid daargelaten, ook in andere zaken zou toepassen, dan zou de waardering van aandelen in een aantal zaken ongetwijfeld anders uit komen te zien.

5.3.3 HR 6 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8777

Deze zaak gaat over winstoverheveling door middel van handelstransacties. Belanghebbende is de moedervennootschap van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Eén van de gevoegde vennootschappen (G BV) drijft een onderneming die papier inkoopt en weer verkoopt. Alle in- en verkoopactiviteiten worden door de enig directeur (tevens grootaandeelhouder) van belanghebbende verricht (de heer Y). In 1990 wordt door de heer Y een Zwitserse vennootschap opgericht (C AG). Ook deze vennootschap houdt zich bezig met de in- en verkoop van papier. Deze activiteiten werden feitelijk door de heer Y verricht. Daarbij maakt hij gebruik van dezelfde faciliteiten als waarmee hij zijn activiteiten in dienst van belanghebbende uitoefent. De keuze of een bepaalde handelstransactie via G BV of C AG loopt is volledig aan de discretie van de heer Y. De inspecteur stelt dat de door C AG verantwoorde omzet door belanghebbende is gerealiseerd en dit voordeel op onzakelijke gronden aan C AG is gelaten. Het Hof overweegt allereerst dat de heer Y al zijn werkzaamheden met betrekking tot de handel in papier uit hoofde van zijn dienstbetrekking met belanghebbende heeft verricht. De winst gerealiseerd met deze handel dient derhalve als een voordeel verkregen uit de door belanghebbende gedreven onderneming te worden aangemerkt. Dit betekent dat belanghebbende zich winst heeft laten ontgaan ten gunste van C AG. De onderneming van C AG had volgens het Hof slechts een beperkte functie en liep niet of nauwelijks enig risico. Ook de door de enige werknemer van C AG verrichtte werkzaamheden waren louter ondersteunend van aard. Het voorgaande brengt het Hof tot het oordeel dat de aan C AG toe te rekenen winst niet gerelateerd moet zijn aan de via haar gefactureerde omzet, maar aan de kosten van haar activiteiten. Dit resultaat dient in beginsel te worden gesteld op de beloning die in zakelijke verhoudingen voor ondersteunende werkzaamheden in rekening wordt gebracht. Het hof stelt deze beloning vast op 15% van de kosten van C AG. Dit bedrag dient derhalve bij iedere transactie die via C AG loopt als een service fee op het resultaat van belanghebbende in mindering te worden gebracht. De HR volgt het advies van de AG en verklaart het beroep van belanghebbende in cassatie ongegrond.¹¹⁷

Evenals in het Multi-vastgoedarrest gaat het hier de facto om de vraag welke prijs G BV van een onafhankelijke derde had bedongen voor het aanbrengen en uitvoeren van handelstransacties. Nu deze activiteiten door de heer Y, oftewel een werknemer van G BV worden verricht, dienen de resultaten behaald met deze handelstransacties door C AG ten goede te komen aan G BV. Kennelijk is in deze zaak geen onafhankelijke derden prijs voorhanden, waardoor de arm's length-prijs aan de hand van een functieanalyse wordt bepaald. Hiertoe wordt overeenkomstig het Multi-vastgoedarrest een omgekeerde benadering toegepast. Niet de functie van de onderneming van G BV in de papierhandel wordt afgewogen, maar die van C AG. Geconcludeerd wordt tot een beperkte functie van de onderneming van C AG. Niettemin wordt een cost plusopslag van 15% gehanteerd ter bepaling van de arm's length-prijs. Gelet op deze hogere opslag, oftewel winstmarge, worden de uitgeoefende functies en gelopen risico's bij een papierhandel door de rechter blijkbaar vele malen groter geacht, dan bij een projectontwikkelaar.

5.3.4 HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366

Deze zaak gaat over een potentiële verkapte winstuitdeling door middel van een garantstellingsvergoeding. Belanghebbende is de Duitse Hornbach-Baumarkt AG. Twee Nederlandse

¹¹⁷ HR 6 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8777.

groepsvennootschappen van belanghebbende hebben financiering nodig voor de voortzetting van hun activiteiten, waaronder de voorgenomen bouw van een bouwmarkt. De bank is bereid om deze financiering te verstrekken onder de voorwaarde dat belanghebbende zich garant stelt jegens de bank. Belanghebbende verstrekt de verzochte garantie zonder daarvoor een vergoeding aan haar twee Nederlandse groepsvennootschappen in rekening te brengen. De Duitse belastingdienst is van mening dat onafhankelijke derden onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden een vergoeding voor de verleende garantstelling zouden zijn overeengekomen en corrigeert het belastbaar inkomen met de niet bedongen vergoeding voor de garantstelling.¹¹⁸ Volgens belanghebbende is geen sprake van onzakelijk handelen, omdat deze ongebruikelijke transactie op basis van commerciële redenen kan worden gerechtvaardigd.¹¹⁹ Het Hof van Justitie van de EU (hierna te noemen: “**HvJ**”) is het niet eens met de uitleg van de Duitse regering dat aandeelhoudersmotieven per definitie geen commerciële redenen kunnen vormen en oordeelt dat voor de vraag of sprake is van onzakelijk handelen (op basis van het Unierecht) aan belastingplichtigen altijd de mogelijkheid moet worden geboden om, zonder buitensporige administratieve moeite, te bewijzen dat de tussen onafhankelijke derden ongebruikelijke transacties of transactievoorwaarden kunnen worden gerechtvaardigd om commerciële redenen.¹²⁰ In de onderhavige zaak kan volgens het HvJ het om niet verstrekken van een garantie, zelfs al zouden van elkaar onafhankelijke ondernemingen voor dergelijke garanties een tegenprestatie zijn overeengekomen, worden verklaard door het eigen zakelijke belang van belanghebbende. Dit zakelijke belang kan bestaan uit het commerciële succes van de groepsvennootschappen in welk succes belanghebbende een aandeel heeft door de verdeling van de winst en de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder voor de financiering van zijn groepsvennootschappen, aldus het HvJ.¹²¹

Uit dit arrest van het HvJ (hierna te noemen: “**Hornbach-arrest**”) kan mijns inziens worden geconcludeerd dat niet at arm’s length-handelen tussen gelieerde partijen toch zakelijk kan zijn, indien de afwijking van wat onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn overeengekomen door commerciële redenen, waaronder aandeelhoudersmotieven, wordt gerechtvaardigd. Zoals Marres terecht constateert doet dit de vraag rijzen onder welke omstandigheden het nog meer gerechtvaardigd is om bij transacties tussen gelieerde partijen vanwege een commerciële reden af te wijken van arm’s length-handelen.¹²² Van een rechtvaardigende commerciële reden is in ieder geval sprake bij ondersteuning van insolvable dochters.¹²³ Het voorgaande in overweging nemende, kan mijns inziens worden gesteld dat de Nederlandse uitleg van het zakelijkheidsbeginsel te beperkt is. In de Nederlandse praktijk vormen immers aandeelhoudersmotieven nooit een zakelijke overweging, terwijl volgens de uitleg van het HvJ commerciële redenen ook uit de aandeelhoudersband kunnen voortvloeien. Mocht de zaak in het Multi-vastgoedarrest een Europese dimensie hebben gehad, dan betekent het voorgaande dat het niet arm’s length-handelen tussen belanghebbende en de C BV’s mogelijk met een commerciële reden gerechtvaardigd had kunnen worden. Door belanghebbende werd elk project in een separate C BV ondergebracht ter afscherming van de risico’s verbonden aan de afzonderlijke projecten en het scheppen van zekerheid voor de deelnemers in een bepaald project. Aangezien de voortzetting van de activiteiten van de C BV’s mede afhangt van de kapitaalbreng door belanghebbende, zou het om niet overdragen van locatiekennis aan de C BV’s, met dezelfde tweetal commerciële redenen als in het Hornbach-arrest, oftewel het commerciële succes en de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder voor de financiering van de projectvennootschappen, kunnen worden verklaard.

Hier kan men tegenin brengen dat volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 bij het verstrekken van garanties tussen gelieerde partijen uitsluitend aan het arm’s-lengthbeginsel dient te worden getoetst, indien sprake is van een concerndienst.¹²⁴ Volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 is sprake van een concerndienst als ten behoeve van een concernonderdeel een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat concernonderdeel doorgaans bereid zou zijn te betalen. Dit geldt niet voor activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden

¹¹⁸ HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 11.

¹¹⁹ HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 14.

¹²⁰ HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 54.

¹²¹ HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 56.

¹²² Marres, annotatie bij HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, *FED* 2018/121.

¹²³ HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 56.

¹²⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 9.

verricht.¹²⁵ Indien een concernvennootschap niet in staat is om zonder de garantie van een gelieerde partij een lening op de kapitaalmarkt aan te trekken, dan vindt volgens het Verrekenprijzenbesluit 2018 de garantstelling (en de eventuele afwaardering van de vordering bij de garantieggever) in beginsel plaats in de aandeelhouderssfeer, hetgeen zou betekenen dat geen sprake is van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening dient te worden gebracht.¹²⁶ Dit laatste is naar ik begrijp het gevolg van het feit dat de garantstelling niet aan het arm's-lengthbeginsel dient te worden getoetst. Zodoende kan worden gesteld dat de uitkomst in het Hornbach-arrest, een eventuele latere afwaardering van de vordering bij de garantieggever daargelaten, reeds in overeenstemming is met de Nederlandse uitleg van het zakelijkheidsbeginsel. Deze stelling doet - de juistheid ervan daargelaten - niet af aan het feit dat voor situaties waarin geen sprake is van een garantstelling, maar bijvoorbeeld de overdracht van een immaterieel activum, zoals het geval was in het Multi-vastgoedarrest, de uitleg van HvJ in het Hornbach-arrest wel degelijk gevolgen kan hebben.

5.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is een uitvoerig jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Hieruit blijkt dat in de Nederlandse jurisprudentie gewezen na het Multi-vastgoedarrest ter zake van overdrachten van (immateriële) activa tussen gelieerde partijen, tot de toepassing van noch de tweeprocentformule noch een andere winstafhankelijke vergoeding door middel van een winstrecht of een prijsaanpassingsclausule is geoordeeld door de belastingrechter.

Uit het jurisprudentieonderzoek komt naar voren dat de belastingrechter zakelijk handelen gelijkstelt aan at arm's length-handelen. Bij niet at arm's length-handelen is derhalve sprake van onzakelijk handelen. De maatstaf die de HR hierbij lijkt aan te leggen is dat in beginsel moet worden beoordeeld wat de overdragende partij had bedongen wanneer de desbetreffende (immateriële) activa niet aan een gelieerde partij was overgedragen, maar aan een onafhankelijke derde. Alle geanalyseerde zaken hebben met elkaar gemeen de kennelijke afwezigheid van een aanmerkelijke onzekerheid omtrent de waardering van de overgedragen activa. Ook in de zaak van HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0172 wordt, ondanks de grote mate van overeenstemming met het feitencomplex in het Multi-vastgoedarrest, niet tot toepassing van een winstafhankelijke vergoeding in de vorm van een winstrecht of een prijsaanpassingsclausule geoordeeld door de hoogste belastingrechter. In deze zaak werd het project (uiteindelijk) ingebracht in een samenwerkingsverband met een derde partij, waartoe partijen een inbrengwaarde voor het project waren overeengekomen. Hieruit kan mijns inziens worden geconcludeerd dat verkopen van locatiekennis aan onafhankelijke derden in de praktijk blijkbaar wel voorkomen en derhalve de arm's length-prijs in principe altijd kan worden achterhaald.

Tot slot blijkt uit de jurisprudentie van het HvJ dat de Nederlandse uitleg van het zakelijkheidsbegrip beperkter is dan de uitleg op basis van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. In het Hornbach-arrest is namelijk geoordeeld dat niet at arm's length-handelen tussen gelieerde partijen toch zakelijk kan zijn, indien de afwijking van wat onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn overeengekomen door commerciële redenen, inclusief redenen die voortvloeien uit de aandeelhoudersrelatie, kan worden gerechtvaardigd. Mocht de zaak in het Multi-vastgoedarrest bij het HvJ zijn voorgekomen, dan betekent het voorgaande naar mijn mening dat het niet arm's length-handelen tussen belanghebbende en de C BV's reeds met één commerciële reden gerechtvaardigd had kunnen worden. De uitleg van de Nederlandse praktijk lijkt hiermee in strijd met de Europese uitleg van het zakelijkheidsbegrip.

¹²⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 6.1.

¹²⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, BLKB2018/6865, *Stcrt.* 2018, 26874, par. 9.

6. Interviews

6.1 Inleiding

De uitspraak in het Multi-vastgoedarrest is als gevolg van de toepassing van het at arm's-lengthbeginsel in essentie (mede) gebaseerd op een aantal aannames van de Nederlandse belastingrechter over de wijze van handelen door onafhankelijke derden in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling. De vraag die zich hierbij opdringt is of deze aannames over hoe in de praktijk door onafhankelijke ontwikkelaars wordt gehandeld daadwerkelijk overeenkomt met de werkelijkheid. In dit hoofdstuk wordt door middel van een achttal diepte-interviews, evaluerend onderzoek gedaan naar de juistheid van de gehanteerde veronderstellingen voor de toepassing van de twee-procentsformule en de eventuele invloed van het Multi-vastgoedarrest op het handelen van ontwikkelende partijen. Dit hoofdstuk vangt aan met een korte beschrijving van de gehanteerde veronderstellingen in het Multi-vastgoedarrest.

6.2 Getoetste veronderstellingen

Uit het onderzoek in hoofdstuk 2 van dit geschrift kunnen een zestal aannames worden gedistilleerd die daadwerkelijk in de praktijk getoetst kunnen worden. De eerste aanname betreft de constatering van het Hof dat in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling overdrachten van vastgoedprojecten tot de initiatieffase, oftewel de aanloopfase, van het projectontwikkelingsproces tussen onafhankelijke derden nooit plaatsvinden. De waarde in het economische verkeer van een dergelijk project kan zodoende niet worden achterhaald.

De tweede veronderstelling is dat pas tijdens de realisatiefase van het projectontwikkelingsproces het vastgoedproject te waarderen is, omdat dan voor het eerst duidelijk wordt welke winst een project in zich bergt. Op basis van deze twee aannames komt het Hof tot de conclusie dat bij een overdracht in de aanloopfase van een project aanmerkelijke onzekerheid bestaat over de waardering van het project. Daarmee gaat het Hof niet mee in het verweer van belanghebbende dat locatiewetenschap/-kennis geen waarde heeft, omdat deze informatie in de regel reeds algemeen bekend is. A contrario kan hieruit worden afgeleid dat locatiewetenschap/-kennis wel degelijk waarde heeft.

De HR gaat zelfs verder in zijn oordeel: in de initiatieffase van het projectontwikkelingsproces vindt de meeste waardecreatie plaats van een vastgoedproject. De HR stelt derhalve dat bij een overdracht tussen de eigenaar van de locatiewetenschap/-kennis, oftewel de initiatiefnemer, en een projectvennootschap slechts dan zakelijk wordt gehandeld als de initiatiefnemer zich het leeuwendeel van de winstpotentie van een project voorbehoudt en de projectvennootschap slechts een bescheiden winst wordt gegund. De bescheiden winst zou gelijk zijn aan een marge van 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van het project. In de zaak van het Multi-vastgoedarrest kwam deze winstafhankelijke verkoopprijs neer op een winstdeling van 85% voor de initiatiefnemer en 15% voor de projectvennootschap. Met deze overweging suggereert de HR dat in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling de verkoop aan een onafhankelijke derde of de inbreng in een samenwerkingsverband met een onafhankelijke derde van een vastgoedproject tijdens de aanloopfase nooit tegen een vaste prijs plaatsvindt.

De hiervoor vermelde zes veronderstellingen die cruciaal waren voor het oordeel in het Multi-vastgoedarrest zijn hierna bondig en overzichtelijk weergegeven in figuur 2. Deze veronderstellingen zijn aan de hand van interviews met zorgvuldig geselecteerde praktijkspecialisten getoetst. Als leidraad voor een gestructureerde afname van de interviews diende de vooraf geformuleerde vragenlijst welke te vinden is in bijlage 1. Deze vragenlijst omvat tevens vragen over het handelen van ontwikkelende partijen (voor en na het Multi-vastgoedarrest) in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling. Na het beantwoorden van de vragen werden de geïnterviewden tevens geïnformeerd over de denkbeelden van de belastingrechter in het Multi-vastgoedarrest over de praktijk van projectontwikkeling, teneinde een nadere reactie mogelijk te maken.

Nr.	Getoetste veronderstellingen
1.	In de Nederlandse markt voor projectontwikkeling vinden overdrachten van vastgoedprojecten tussen onafhankelijke derden nooit plaats in de aanloopfase van het projectontwikkelingsproces.
2.	Pas tijdens de realisatiefase van het projectontwikkelingsproces kan een vastgoedproject worden gewaardeerd, omdat op dat moment voor het eerst duidelijk wordt welke winst een project in zich bergt.
3.	Locatiewetenschap/-kennis heeft waarde, omdat deze informatie in de regel niet algemeen bekend is.
4.	In de initiatieffase van het projectontwikkelingsproces vindt de meeste waardecreatie plaats van een vastgoedproject.
5.	In de Nederlandse markt voor projectontwikkeling vindt de verkoop aan een onafhankelijke derde of de inbreng in een samenwerkingsverband met een onafhankelijke derde van locatiewetenschap/-kennis tijdens de initiatieffase in de regel plaats tegen een winstrecht die recht geeft op circa 85% van de winst die door de verkrijger wordt behaald met de verkoop van het gerealiseerde project.
6.	In de Nederlandse markt is een winstmarge van 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van een vastgoedproject gebruikelijk voor een projectvennootschap.

Figuur 2: Overzicht van de te toetsen veronderstellingen gehanteerd in het Multi-vastgoedarrest

6.3 Geïnterviewden

De geïnterviewden voor dit kwalitatieve onderzoek zijn zorgvuldig geselecteerd. Deze selectie heeft plaatsgevonden op basis van hun specifieke kennis en jarenlange ervaring met het projectontwikkelingsproces in Nederland. Bij de selectie is tevens getracht om de veronderstellingen die worden getoetst vanuit verschillende gezichtspunten en op verschillende gebieden te benaderen en inhoud te geven. De interviews zijn door mij afgenomen. Een overzicht van de namen van de geïnterviewden (op volgorde van afname), hun functie en hun bedrijf is hieronder te vinden in figuur 3.

Nr.	Naam	Functie	Organisatie
1.	Menno Overtoom	Directeur	Klépierre Vastgoed Ontwikkeling BV
2.	Evert van Gasteren	Hoofd Fiscale Zaken	VolkerWessels
3.	Maarten Briët	Directeur	Cairn Real Estate BV
4.	Okko Tijnagel	Executive Finance Director	OVG Real Estate
5.	Martijn Houwen	Directeur/Head of Real Estate Markets Benelux	Commerz Real AG
6.	Dino den Hollander	Groupcontroller	Breevast BV
7.	Joop Kluft	Tax Partner	PwC
8.	Raymon van Miltenburg	Directeur	AM Real Estate Development

Figuur 3: Overzicht van de geïnterviewden

6.4 Resultaten getoetste veronderstellingen

In dit hoofdstuk worden de bevindingen die op basis van de interviews zijn gedaan, samengevat en nader uitgewerkt per getoetste veronderstelling. Gezien het vertrouwelijke karakter van de verstrekte gegevens door de geïnterviewden, zijn de uitwerkingen geanonimiseerd en daarmee niet te herleiden naar een bepaald persoon.

De bevindingen uit de interviews zijn schematisch samengevat in figuur 4. Hieruit kan worden afgeleid dat de cruciale veronderstellingen, die ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de HR in het Multi-vastgoedarrest, niet (volledig) overeenkomen met de realiteit. Vijf van de zes denkbeelden wijken af van wat gebruikelijk is in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling. Alleen de veronderstelling dat locatiewetenschap altijd een waarde heeft werd door de meerderheid van de geïnterviewden bevestigd.

Nr.	Getoetste veronderstelling	Meerderheid
1.	In de aanloophase vindt geen overdracht tussen onafhankelijke derden plaats	Oneens
2.	Pas tijdens de realisatiefase kan een vastgoedproject worden gewaardeerd	Oneens
3.	Locatiewetenschap/-kennis heeft waarde	Eens
4.	In de initiatieffase vindt de meeste waardecreatie plaats	Oneens
5.	Verkoop tijdens de initiatieffase vindt in de regel tegen een winstrecht plaats	Oneens
6.	Een winstmarge van 2% is gebruikelijk voor een projectvennootschap	Oneens

Figuur 4: De bevindingen uit de interviews met betrekking tot de getoetste veronderstellingen

Hierna worden de belangrijkste bevindingen per veronderstelling nader uitgewerkt.

Veronderstelling 1: In de aanloophase vindt geen overdracht tussen onafhankelijke derden plaats

De overgrote meerderheid van de geïnterviewden is het oneens met de stelling dat in Nederland geen overdrachten tussen onafhankelijke derden van vastgoedprojecten voorkomen die zich nog in de aanloophase bevinden. Transacties met locatiewetenschap/-kennis tussen onafhankelijke derden vinden in de praktijk wel degelijk plaats. Juist in de huidige markt hebben kopers voldoende liquiditeiten die moeten renderen, waardoor er kopers actief zijn in de markt die wat meer risico willen nemen en het zelfs mogelijk is om het gehele project te verkopen voordat de realisatiefase is gestart. Andere redenen voor overdrachten van vastgoedprojecten in de aanloophase zijn het gebrek aan voldoende bouwtechnische en/of financiële capaciteit voor een verdere realisatie van het project en overdrachten aan bijvoorbeeld concurrenten vanwege strategische redenen.

De overdracht van projecten in de aanloophase gebeurt meestal wel binnen een bepaalde context. Hierbij kan worden gedacht aan een toezegging van en/of een afspraak met de gemeente of een potentiële huurder en/of koper. Ook de wetenschap dat het bestemmingsplan een bepaald gebruik toestaat, kan soms voldoende zijn. Voor een transactie met locatiewetenschap/-kennis dient derhalve sprake te zijn van een bepaalde voorkennis die waarde verhogend wordt geacht voor de huidige (staat van de) onroerende zaak. Wat veelal in de praktijk gebeurt is dat een samenwerkingsverband wordt aangegaan tussen de initiërende partij en de verdere ontwikkelaar, waarin het vastgoedproject ingebracht wordt en verder wordt ontwikkeld. De gerealiseerde winst met de verkoop van het vastgoedproject wordt dan gelijkelijk verdeeld tussen de initiërende partij en de verdere ontwikkelaar.

Veronderstelling 2: Pas tijdens de realisatiefase kan een vastgoedproject worden gewaardeerd

Evenals de eerste stelling, is de overgrote meerderheid het oneens met de stelling dat pas tijdens de realisatiefase van het projectontwikkelingsproces een vastgoedproject kan worden gewaardeerd. Volgens de meerderheid van de geïnterviewden kan de winstpotentie van een project ook tijdens de initiatieffase worden gewaardeerd. Dit zou in de praktijk ook plaatsvinden. In de initiatieffase worden bijvoorbeeld de eerste ramingen gedaan en wordt de voorcalculatorische winst bepaald. Wel wordt erkend dat hierbij inschattingen moeten worden gemaakt en de uiteindelijk gerealiseerde resultaten hiervan kunnen afwijken, omdat pas bij oplevering het ontwikkelresultaat daadwerkelijk kan worden bepaald. Gedurende de realisatiefase is het definitieve resultaat wel steeds nauwkeuriger vast te stellen.

Voor de waardering van projecten wordt van verschillende methodes gebruik gemaakt. De factoren die in essentie van invloed zijn op de waardering van het project zijn de gewenste winst voor de onderneming en de afslag vanwege het risico-premium op het vastgoedproject. In het algemeen geldt bij projectontwikkeling dat de risico's verbonden aan het vastgoedproject afnemen naarmate de projectontwikkeling vordert, waardoor de waarde van het vastgoedproject gedurende het projectontwikkelingsproces toeneemt. Voor de berekening van de risicopremie dient een inschatting te worden gemaakt van de gelopen risico's. De voornaamste projectontwikkelingsrisico's zijn de publiekrechtelijke, markt-, constructie- en afzetrisico's. De inschatting van deze risico's is weer afhankelijk van onder andere de inrichting van de processen om die risico's te mitigeren. Veel van deze risico's kunnen worden beheerst door reeds opgedane ervaring en het inschakelen van goede adviseurs. Kortom, wanneer men over genoeg marktkennis beschikt, kan een goede kosteninschatting worden gemaakt. Ook zouden er partijen zijn die zelden een waardering van een project in de initiatieffase maken, omdat dat niet nodig wordt geacht.

Veronderstelling 3: Locatiewetenschap/-kennis heeft waarde

De overgrote meerderheid van de geïnterviewden is het eens met de aanname van het Hof dat locatiewetenschap/-kennis een waarde heeft. Overdrachten van locatiewetenschap/-kennis zouden veelvuldig tegen een vergoeding plaatsvinden. Bovendien zou hier door veel mensen (goed) geld aan worden verdiend. Kennis over de markt en het opsporen van marktkansen is essentieel in projectontwikkeling. Dergelijke informatie is niet algemeen bekend. Het kunnen ontdekken/waarderen van geschikte locaties wordt als een echt vak gezien. Hierbij is kennis van zowel het macro- als microniveau relevant. Wezenlijke locatiekennis heeft derhalve zeker een waarde. Als voorbeeld werd genoemd de locaties Amsterdam Sloterdijk en Amsterdam Zuid-Oost. Enkele jaren geleden werd door de markt echt anders naar deze locaties gekeken.

Door de geïnterviewden die geen waarde aan locatiewetenschap/-kennis toekenden, werd het standpunt ingenomen dat zonder onder andere de operationele, technische en financiële capaciteit van de koper niet kan worden gesproken van een vastgoedproject met waarde. Wanneer in een dergelijk geval een samenwerkingsverband wordt aangegaan tussen de initiërende partij en de verdere ontwikkelaar, dan wordt veelal geen vergoeding betaald voor de inbreng van de locatiekennis. Indien een onroerende zaak wordt ingebracht, wordt hier wel een vergoeding voor bepaald. Deze vergoeding wordt gebaseerd op een taxatierapport, waarin uiteraard wel enigszins rekening wordt gehouden met de (her)ontwikkelingsmogelijkheid van de desbetreffende onroerende zaak.

Veronderstelling 4: In de initiatieffase vindt de meeste waardecreatie plaats

De meerderheid van de geïnterviewden is het oneens met de veronderstelling dat in de initiatieffase de meeste waarde wordt gecreëerd. De meeste waardecreatie zou in de planontwikkelingsfase plaatsvinden. Volgens de meerderheid zou ook in de initiatieffase waarde worden gecreëerd, echter minder dan in de planontwikkelingsfase. Tijdens de realisatiefase zou de minste waardecreatie plaatsvinden. Als waarde genererende momenten in de planontwikkelingsfase werden genoemd de toezegging van de lokale overheid, de verwerving van de locatie en het zekerstellen van inkomsten, oftewel het sluiten van een huurovereenkomst voor het vastgoedproject.

Eén van de geïnterviewden die het eens was met deze stelling merkte op dat dit weleens het geval kan zijn in de huidige markt. Het initiëren van projecten met voldoende rendement zou in de huidige markt lastig zijn. Het vinden van een goede locatie en/of een huurder voor de juiste prijs is derhalve tegenwoordig een uitdaging. Als deze wel gevonden is, dan wordt echt waarde gecreëerd. Een ander was van mening dat in de initiatieffase het DNA van het project wordt bepaald en derhalve in deze fase de meeste waardecreatie plaatsvindt.

Veronderstelling 5: Verkoop tijdens de initiatieffase vindt in de regel tegen een winstrecht plaats

De geïnterviewden zijn het unaniem oneens met de veronderstelling dat in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling overdrachten van locatiewetenschap/-kennis aan onafhankelijke derden in de regel tegen een winstrecht plaatsvinden. Allen gaven aan in de praktijk hier niet of bij uitzondering mee te maken hebben gehad. Het afspreken van een winstvoorbehoud bij de overdracht van vastgoedprojecten vindt derhalve zelden of nooit plaats. De voorkeur gaat in de praktijk uit naar het afspreken van een vaste vergoeding, omdat een winstafhankelijke vergoeding gepaard gaat met aantal belangrijke nadelen, zoals de onzekerheid omtrent de afloop, wijze van bepalen van de winst en het feit dat partijen daardoor nog jarenlang aan elkaar verbonden zijn. Wel wordt erkend dat voor het kunnen bedingen van een vaste vergoeding door partijen inschattingen moeten worden gemaakt ten aanzien van de toekomstige resultaten en de uiteindelijk gerealiseerde resultaten hier (substantieel) van kunnen afwijken. Ondanks deze onzekerheid wensen onafhankelijke derden tot een vaste prijs te komen.

Winstafhankelijke vergoedingen zouden gebruikelijker zijn bij gedelegeerde ontwikkelaars, oftewel het ontwikkelen van een project in opdracht van een derde. Indien onafhankelijke derden geen overeenstemming kunnen bereiken over een vaste overdrachtprijs, dan wordt in de regel een samenwerkingsverband aangegaan voor de verdere ontwikkeling en realisatie van het vastgoedproject. De uiteindelijk gerealiseerde winst kan dan gelijkmatig worden gedeeld.

Geen van de geïnterviewden kan een winstdeling van 85% voor de initiatiefnemer en 15% voor de projectvennootschap uit ervaring bevestigen. Wil sprake zijn van een verdeling van 85%-15%, dan moet een groot gedeelte van de risico's verbonden aan projectontwikkeling zijn geëlimineerd. Dit betekent dat de overdrager al vrij ver moet zijn in het projectontwikkelingsproces. Een verdeling van de winst na de aanloopfase van 35% voor de ontwikkelaar en 65% voor de aannemer zou veel gebruikelijker zijn.

Veronderstelling 6: Een winstmarge van 2% is gebruikelijk voor een projectvennootschap

De overgrote meerderheid van de geïnterviewden is het oneens met deze veronderstelling. Uit verschillende voorbeelden zou namelijk blijken dat een ontwikkelaar geen genoegen neemt met een marge van 2% op zijn kosten. Het door een projectontwikkelaar beoogde percentage is vele malen hoger dan 2% (15% tot 20%). Een winstmarge van 2% zou derhalve in de praktijk in principe niet voorkomen. Bovendien zou bij een winstmarge van 2% de risicopremie totaal uit het oog worden verloren. Uiteraard wordt bij een vastgoedproject weleens een winstmarge van 2% gerealiseerd, echter hier ligt dan een andere (onbedoelde) reden aan ten grondslag, bijvoorbeeld een misrekening.

Uit de interviews blijkt dat een winstmarge van 2% op de bouwactiviteiten gebruikelijker is voor een bouwondernemer. In de huidige tijd is echter ook dit percentage voor een bouwondernemer aan de lage kant. Bovendien geeft een bouwondernemer garanties af ten aanzien van de realisatie van het project. Een projectontwikkelaar geeft daarentegen geen garanties af. De risico's die nog aanwezig zijn in het project worden gedekt door de koopsom. De enige vorm van garantie die bij een projectontwikkelaar voorkomt is het afspreken van een uitgestelde betaling.

Algemene bevindingen

Uit de interviews blijkt dat het merendeel van de geïnterviewden onbekend is met het Multi-vastgoedarrest. Bij de vormgeving en/of de verkoop van een vastgoedproject wordt derhalve slechts beperkt rekening gehouden met de impact van het Multi-vastgoedarrest. Door de geïnterviewden werd met name door de ontwikkelende partijen met verbazing gereageerd op de voorgelegde vragen en de denkbare beelden van de belastingrechter over de projectontwikkelingspraktijk. De reden hiervan is dat, met

uitzondering van de derde stelling, de overige gehanteerde veronderstellingen in het Multi-vastgoedarrest niet overeenkomen met (wat gebruikelijk is in) de realiteit.

6.5 Tussenconclusie

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de veronderstellingen die ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de HR in het Multi-vastgoedarrest alle onjuist zijn. Dit met uitzondering van de veronderstelling dat locatiekennis waarde heeft voor een onafhankelijke derde. De verontwaardiging van de geïnterviewden over de denkbeelden van de belastingrechter over de projectontwikkelingspraktijk was met name onder de ontwikkelende partijen (bijzonder) groot. Uit de interviews kan met voldoende zekerheid worden afgeleid dat de gehanteerde veronderstellingen in het Multi-vastgoedarrest niet aansluiten bij wat in de realiteit gebruikelijk is in de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk.

Overdrachten van vastgoedprojecten die zich in de aanloopfase bevinden komen in de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk wel degelijk voor tussen onafhankelijke derden. Dit betekent dat (in tegenstelling tot de overweging van de HR in het Multi-vastgoedarrest) in de praktijk voldoende betrouwbare vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke derden bestaan. Overdrachten van locatiekennis in de aanloopfase doen zich derhalve niet uitsluitend tussen een projectontwikkelaar en zijn projectvennootschappen voor.

Het gebruik van de tweeprocentsformule of een andersoortige winstafhankelijke vergoeding door middel van een winstrecht of een andersoortige prijsaanpassingsclausule komt nagenoeg niet voor in de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk. Overdrachten vinden in principe slechts plaats tegen een vaste prijs, ook al zijn aan de inschattingen die aan de waardering ten grondslag liggen grote onzekerheden verbonden. Indien de initiërende partij over onvoldoende capaciteit beschikt voor een verdere realisatie van het project en partijen het niet eens kunnen worden over een vaste koopprijs, dan wordt ervoor gekozen om het project in een samenwerkingsverband verder te ontwikkelen, zodat de uiteindelijke winst gerealiseerd bij de verkoop van het project tussen de betrokken partijen kan worden gedeeld.

Tot slot is uit de interviews gebleken dat een vergoeding van 2% over de bouwactiviteiten gebruikelijker is voor een bouwondernemer, dan voor een projectvennootschap. De vergoeding die een projectontwikkelaar vraagt (voor de gelopen projectrisico's) is vele malen hoger ook al geeft hij geen garanties af.

7. Conclusies, reflectie en aanbevelingen

7.1 Inleiding

In deze scriptie is een exploratief onderzoek verricht naar het Multi-vastgoedarrest. In dit laatste hoofdstuk worden de bevindingen beschreven die door middel van verschillende onderzoeksmethoden naar aanleiding van dit onderzoek zijn gedaan. Deze bevindingen worden gebruikt voor de concrete beantwoording van de (sub)deelvragen, zoals geformuleerd in hoofdstuk 1. De conclusies die daaruit worden getrokken, resulteren in de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. Nadien vindt een kritische reflectie plaats op het onderzoek(sproces). Afgesloten wordt met het benoemen van een aantal aanbevelingen voor eventueel vervolgonderzoek.

7.2 Beantwoording centrale onderzoeksvraag en (sub)deelvragen

Uit het onderzoek in deze scriptie volgt dat de centrale onderzoeksvraag, luidende: is de leer uit het Multi-vastgoedarrest 20 jaar na dato nog steeds geldend recht en in de praktijk algemeen aanvaard, negatief dient te worden beantwoord. De reden hiervoor is dat het bepaalde in het Multi-vastgoedarrest reeds is achterhaald, omdat het niet in lijn is met de huidige uitleg van het at arm's-lengthbeginsel, geen volledige acceptatie heeft gevonden in de fiscale vakliteratuur, geen navolging heeft gevonden in de jurisprudentie en de cruciale veronderstellingen omtrent de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk, die in dit arrest ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de HR, onjuist zijn.

Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is gebruik gemaakt van een vijftal deelvragen. Ten eerste is onderzocht onder welke voorwaarden en omstandigheden de tweeprocentsformule bij overdracht van activa tussen gelieerde partijen dient te worden toegepast. Hieruit is gebleken dat voor de toepassing van de tweeprocentsformule een dergelijke transactie aan twee voorwaarden moet voldoen. Ten eerste dient het project in de aanloopfase te worden overgedragen, waardoor aanmerkelijke onzekerheid bestaat over de waardering van het project. De tweede voorwaarde is dat de verkrijgende projectvennootschap (afgezien van de voor- en nadelen verbonden aan haar rechtspersoonlijkheid) geen eigen projectbijdrage heeft aan de verdere ontwikkeling en realisatie van de onroerende zaak, omdat hiervoor steeds in een contractuele relatie tussen de gelieerde partijen is voorzien.

Verder is in het Multi-vastgoedarrest bepaald dat de contracten, op basis waarvan alle werkzaamheden met betrekking tot de ontwikkeling en realisatie van de projecten voor rekening en risico van de desbetreffende projectvennootschap worden verricht, zakelijk zijn. Indien dit als uitgangspunt wordt genomen, dan kan een winstmarge van 2% van de stichtingskosten niet als een zakelijke beloning worden aangemerkt voor de door de projectvennootschap verrichte functies en gelopen risico's bij projectontwikkeling. Dit laatste wordt bevestigd door de bevindingen in hoofdstuk 6.

Na de vaststelling van de door de HR gehanteerde criteria voor de toepassing van de tweeprocentsformule, is onderzoek gedaan naar de thans geldende Nederlandse fiscale wet- en regelgeving voor de toepassing van de tweeprocentsformule. Hieruit is gebleken dat een transactie slechts met behulp van een winstvoorbehoud zakelijk kan worden gemaakt, indien door de gelieerde partij onder vergelijkbare omstandigheden in vergelijkbare transacties met onafhankelijke derden ook een winstvoorbehoud wordt toegepast. Bij het ontbreken van daadwerkelijk tot stand gekomen transacties met onafhankelijke derden, dient te worden beoordeeld of onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden ook een winstvoorbehoud zouden zijn overeengekomen. Uit de onderzoeksresultaten van hoofdstuk 6 blijkt dat van dit laatste geen sprake is. Het afspreken van een winstvoorbehoud bij de overdracht van vastgoedprojecten blijkt in de praktijk zelden plaats te vinden. In de praktijk wordt in de regel een vaste vergoeding afgesproken.

Het Verrekenprijzenbesluit 2018 staat het de belastingdienst in principe toe om bij overdrachten van locatiekennis aan een gelieerde partij waarvan de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is en economisch rationeel handelende onafhankelijke derden in een soortgelijke situatie geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen, het standpunt in te nemen dat het onzakelijk is om een vaste

prijs toe te passen. In een dergelijke situatie zouden onafhankelijke derden naar de mening van de Staatssecretaris naar alle waarschijnlijkheid een prijsaanpassingsclausule overeen zijn gekomen. Gezien de bevindingen in hoofdstuk 6 ten aanzien van de realiteit in de praktijk betreft dit een geheel onjuiste aanname en toont dit het gebrek aan kennis over de realiteit in de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk.

De OESO-richtlijnen erkennen daarentegen dat onafhankelijke derden bij overdrachten van immateriële rechten, zoals locatiekennis, ook een vaste zakelijke prijs kunnen afspreken zolang de gebruikte projecties van de te verwachten voordelen naar het oordeel van de onafhankelijke derden voldoende betrouwbaar zijn. Uit het onderzoek in hoofdstuk 6 is gebleken dat onafhankelijke partijen dergelijke projecties van de toekomstige inkomsten inderdaad voldoende betrouwbaar achten, waardoor ze bereid zijn om op basis van deze projecties een vaste prijs overeen te komen. Bovendien kunnen projectontwikkelaars (mede op basis van data-analyse) als geen ander een inschatting maken omtrent de financiële afloop van een project.

Voor het beantwoorden van de derde deelvraag is onderzoek gedaan naar commentaren in de fiscale vakliteratuur op of naar aanleiding van het Multi-vastgoedarrest. In de literatuur wordt betoogd dat een transactie met behulp van een winstvoorbehoud slechts zakelijk kan worden gemaakt, indien de belastingdienst met behulp van daadwerkelijk tot stand gekomen transacties kan bewijzen dat onafhankelijke derden of rationeel handelende ondernemers in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden ook een winstvoorbehoud overeenkomen. Gelet op de gehanteerde veronderstelling in het Multi-vastgoedarrest dat de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte kennis inzake potentiële ontwikkellocaties niet kan worden achterhaald, omdat vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke derden niet zouden voorkomen, is het mijns inziens bijzonder hoe de rechter tot de toepassing van de tweeprocentformule heeft kunnen oordelen. Verder werd in de vakliteratuur in dit verband gewezen op de strijdigheid met de realiteit van een winstmarge van 2% over de stichtingskosten als een gebruikelijke vergoeding voor een projectvennootschap. Anderen menen daarentegen dat een projectvennootschap (gezien zijn projectbijdrage) als een bouwondernemer dient te worden beloond en derhalve de toepassing van de tweeprocentformule juist is.

In tegenstelling tot hetgeen is bepaald in het Multi-vastgoedarrest, zou volgens de vakliteratuur de ontwikkelwinst met name aan de tweede fase van het projectontwikkelingsproces, oftewel de planontwikkelingsfase, moeten toekomen, omdat in deze fase van het projectontwikkelingsproces de meeste waarde wordt gecreëerd. Als dit tot uitgangspunt wordt genomen, dan vond in het Multi-vastgoedarrest de meeste waardecreatie pas plaats na de overdracht van de locatiekennis aan de projectvennootschap. Het overgrote deel van de ontwikkelwinst had derhalve aan de projectvennootschap moeten toekomen. Het toekennen van het overgrote deel van de ontwikkelwinst aan het initiatief, zoals bepaald in het Multi-vastgoedarrest, lijkt hierdoor tevens in strijd zijn met de realiteit in de praktijk.

Ter beantwoording van de vierde deelvraag is onderzocht of de toepassing van de tweeprocentformule voor overdrachten van vastgoedprojecten binnen concernverband navolging heeft gevonden in de Nederlandse jurisprudentie gewezen na het Multi-vastgoedarrest. Dit was niet het geval. Dit kan wellicht worden verklaard door het feit dat in alle geanalyseerde zaken geen sprake was van een aanmerkelijke onzekerheid omtrent de waardering van de overgedragen activa. Een andere bevinding uit het jurisprudentieonderzoek is dat de Nederlandse belastingrechter zakelijk handelen in principe gelijkstelt aan at arm's length-handelen. Het HvJ legt echter het zakelijkheidsbegrip (voor de toepassing van het Europese recht) veel ruimer uit. De uitleg van de Nederlandse praktijk lijkt hiermee in strijd met de Europese uitleg van het zakelijkheidsbegrip. Op basis van het oordeel van het HvJ kan het niet at arm's length-handelen door een projectontwikkelaar met zijn projectvennootschap, zoals het geval was in het Multi-vastgoedarrest, toch zakelijk zijn, nu de afwijking van wat onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn overeengekomen, te weten een overdracht van locatiekennis om niet, (mogelijk) door commerciële redenen kan worden gerechtvaardigd.

In de vijfde en tevens laatste deelvraag is met behulp van interviews onderzoek gedaan naar de betekenis van het Multi-vastgoedarrest voor projectontwikkelaars. Hieruit is gebleken dat het merendeel van de geïnterviewden onbekend is met het Multi-vastgoedarrest. Bij de vormgeving en/of de verkoop van een vastgoedproject wordt derhalve slechts beperkt rekening gehouden met de potentiële fiscale impact van

het Multi-vastgoedarrest. Verder zijn de veronderstellingen die ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de HR in het Multi-vastgoedarrest getoetst. Hieruit is gebleken dat alle gehanteerde veronderstellingen ten aanzien van de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk niet aansluiten bij de realiteit. Dit met uitzondering van de veronderstelling dat locatiekennis waarde heeft. Gezien de onderzoeksbevinding dat vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke derden wel degelijk voorkomen, was ook in het Multi-vastgoedarrest het achterhalen van de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte locatiekennis mogelijk. De HR heeft naar mijn mening derhalve een arrest gewezen op basis van onjuiste veronderstellingen. Een oordeel van de HR op basis van de huidige wet- en regelgeving en EU-jurisprudentie over de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel bij inbreng van vastgoedprojecten gedurende de aanloopfase in een projectvennootschap is derhalve zeer gewenst.

7.3 Reflectie

Het spreekt vanzelf dat in het kader van deze scriptie slechts een verkennend onderzoek is verricht en het onderwerp derhalve een diepgaander bestudering behoeft, alvorens definitieve beslissingen op basis van de bevindingen uit deze scriptie worden genomen.

De beperkingen van een onderzoek met een verkennend karakter kwamen met name naar voren in het onderzoek dat met behulp van interviews is verricht naar de praktijk in de Nederlandse markt voor projectontwikkeling. De Nederlandse projectontwikkelingspraktijk betreft namelijk een breed begrip. In dit onderzoek is derhalve ervoor gekozen om actoren en sleutelfiguren uit verschillende groepen die actief zijn op de Nederlandse vastgoedmarkt te interviewen, zodat hun visie en ervaring met de Nederlandse projectontwikkelingsproces vanuit verschillende invalshoeken kan worden geëxploreerd. Desondanks kan niet met (volledige) betrouwbaarheid worden gezegd dat hiermee een algemeen gangbaar beeld is gegeven van de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk. Indien volledige zekerheid gewenst is, zou het houden van een enquête onder alle partijen die actief zijn op de Nederlandse vastgoedmarkt meer geschikt zijn.

Een andere belangrijke beperking waar tegenaan werd gelopen gedurende het onderzoek is de ruimte voor subjectiviteit die in een kwalitatief verkennend onderzoek wordt geboden. Om de bevindingen in deze scriptie nog betrouwbaarder te maken is voor de onderzoeken daar waar mogelijk triangulatie toegepast. Desalniettemin, kan enige mate van subjectiviteit niet volledig worden uitgesloten.

7.4 Aanbevelingen voor eventueel vervolgonderzoek

Eigenlijk zijn er meerdere bevindingen uit het onderzoek in deze scriptie die een vervolgonderzoek waard zijn. De drie belangrijkste hiervan worden hieronder behandeld.

1. Nu het antwoord op de centrale onderzoeksvraag mede afhankelijk is van de vraag hoe bij overdrachten van vastgoedprojecten die zich nog in de aanloopfase bevinden wordt gehandeld tussen onafhankelijke derden, verdient het in het bijzonder de aanbeveling om op dit gebied nader onderzoek te verrichten.
2. Indien projecties van de te verwachten voordelen voldoende betrouwbaar zijn, dan kunnen volgens de OESO-richtlijnen partijen een vaste prijs overeenkomen voor de overdracht van immateriële activa. Onderzocht zou bijvoorbeeld kunnen worden hoe goed projecties van de te verwachten inkomsten overeenkomen met de werkelijkheid en welke elementen voor deze projecties moeilijk te voorspellen zijn.
3. Een andere bevinding die zeker nader onderzoek verdient is een vergelijking van de Nederlandse uitleg van het zakelijkheidsbeginsel met die van het HvJ. Zijn er, en zo ja, waar zitten de verschillen in de beoordeling van het Nederlandse begrip ten opzichte van het Europese begrip? Welke commerciële redenen kunnen het niet at arm's length-handelen tussen gelieerde partijen rechtvaardigen?

Literatuurlijst

Berkhout & Van der Heijden, WFR 2008/491

T.M. Berkhout & J.M. van der Heijden, 'Projectontwikkeling door fiscale beleggingsinstellingen', *WFR* 2008/491.

Brink & Bruijsten, TFO 2006/126

W. Brink & C. Bruijsten, 'De herinvesteringsreserve bij onroerende zaken: stand van zaken anno 2006', *TFO* 2006/126, afl. 86, p. 109-126.

Bureauredactie NTFR, NTFR 2007/291

Bureauredactie NTFR, 'Nota n.a.v. verslag wetsvoorstel Fbi's voor ontwikkeling vastgoed', *NTFR* 2007/291.

Damsma & Van der Velden, MBB 2017, afl. 5, p. 177-196

B.W.A.M. Damsma & W.T.M. van der Velden, 'BEPS Action 8-10: Aligning transfer pricing outcomes with value creation', *MBB* 2017, afl. 5, p. 177-196.

Van Egdom 2017

J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Gool e.a. 2013

P. van Gool e.a., *Onroerend goed als belegging*, Groningen/Houten: Noordhoff Uitgevers 2013.

Helderman, Sporken & à Campo, WFR 2013/112

L.C.M. Helderman, C.J.E.A. Sporken & A.J.J. à Campo, 'Het voorgestelde nieuwe hoofdstuk VI van de OESO Transfer Pricing Richtlijnen', *WFR* 2013/112.

Van der Heijden & Lubbers, WFR 2010/538

J.M. Van der Heijden & A.O. Lubbers, 'Fiscale jaarwinstbepaling: de invloed van prijsbepaling, facturering en kosten(raming)', *WFR* 2010/538.

Hoogendoorn, BNB 1998/385

J. Hoogendoorn, annotatie bij HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, *BNB* 1998/385.

Koomen & Verloove, WFR 2012/1234

M. Koomen & S.F. Verloove, 'Verslag 34e Fiscale conferentie "Verrekenprijzen"', *WFR* 2012/1234.

Langereis, BNB 2010/93

J. Langereis, annotatie bij HR 25 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:BM0726, *BNB* 2010/93.

Marres, FED 2018/121

O.C.R. Marres, annotatie bij HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, *FED* 2018/121.

OECD 2010

OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, Parijs: OECD Publishing 2010.

OECD 2017

OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 1998/40.26

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2288, V-N 1998/40.26.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2013/62.2

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Verrekenprijzenbesluit inzake toepassing 'arm's-length'-beginsel', V-N 2013/62.2.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2017/42.7

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Aangepaste OESO-richtlijnen over transfer pricing', V-N 2017/42.7.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2018/32.6

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366, V-N 2018/32.6.

Van de Streek, MBB 2004, afl. 10, p. 318-323

J.L. van de Streek, 'De beperking van de vrijstelling van vennootschapsbelasting voor woningcorporaties', *MBB* 2004, afl. 10, p. 318-323.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

J.B.H. Albers, J.J.L. Leenman & P.A.M. Pijnenburg (red.), *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Vakstudie Nederlands internationaal Belastingrecht

P.A.G.M. Cools e.a. (red.), *Nederlands internationaal Belastingrecht* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Vermeulen, in: Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.4.A.a

H. Vermeulen, commentaar op WCRM, in: J.L. van de Streek & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht. Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer (boek en online).

Van der Wal, FED 1998/633

P. van der Wal, aantekening bij HR 17 augustus 1998, nr. 32 997, *FED* 1998/633.

De Win & Broekman, Bouwrecht 2007/11, p. 947-953

R.W.J.J. de Win & M.A. Broekman, 'De (project)ontwikkeling van fiscale beleggingsinstellingen', *Bouwrecht* 2007/11, p. 947-953.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de EU

HvJ 31 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:366

Hoge Raad:

HR 25 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:BM0726

HR 24 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7729

HR 28 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2524

HR 14 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2724

HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3117

HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8553

HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718

HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0172

HR 6 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT8777

HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2124

Gerechtshoven:

Hof Amsterdam 16 augustus 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AA4347

Hof Amsterdam 28 augustus 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AA4348

Hof 's-Gravenhage 23 januari 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AV6592

Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AF7794

Hof Amsterdam 14 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4329

Bijlage 1: Vragenlijst interviews

Vragen:

1. Heeft u zelf weleens te maken gehad met een situatie waarin het leerstuk van het Multi-vastgoedarrest aan de orde was, oftewel een overdracht van locatiekennis/projectidee aan een projectvennootschap waarin het project (verder) wordt ontwikkeld en gerealiseerd, waarna de aandelen in de projectvennootschap worden verkocht aan een externe partij bijvoorbeeld een belegger? Zo ja, wanneer, hoe vaak en heeft dit impact gehad op de bedrijfsvoering/vormgeving van navolgende transacties?
2. Maken in de praktijk projectontwikkelaars voor ieder project, oftewel een te realiseren onroerende zaak, gebruik van een afzonderlijke projectvennootschap?
3. Heeft naar uw mening locatiewetenschap/-kennis een (financiële) waarde?
4. Kunnen ook andere redenen ten grondslag liggen aan een overdracht van een projectidee om niet aan een afzonderlijke projectvennootschap? Zo nee, waarom niet en zo ja, welke redenen kunnen hieraan ten grondslag liggen?
5. Vindt in de initiatieffase van het projectontwikkelingsproces de meeste waardecreatie plaats van een project? Zo nee, in welke fase dan wel (initiatief-, planontwikkelings- of realisatiefase) en speelt daarin de verwerving van de projectlocatie nog een bijzondere rol?
6. Klopt het dat pas tijdens de realisatiefase concreet wordt welke winst een project in zich bergt? Zo ja, waarom is dit volgens u het geval en zo nee, wanneer dan wel?
7. Wordt in de praktijk een project tijdens de initiatieffase nooit tegen een vaste prijs aan een onafhankelijke derde partij verkocht of ingebracht in een samenwerkingsverband met een onafhankelijke derde partij? Zo nee, onder welke omstandigheden zou dit naar uw oordeel wel het geval kunnen zijn? Zo ja, onder welke omstandigheden/ in welk segment komt dit (met name) voor?
8. Wordt in de praktijk bij de verkoop van een project tijdens de initiatieffase aan een onafhankelijke derde partij met deze koper een prijsaanpassingsclausule afgesproken?
9. Is een winstmarge van 2% op de stichtingskosten gebruikelijk voor een projectvennootschap? Zo nee, wat is naar uw oordeel wel gebruikelijk?
10. Heeft u nog overige opmerkingen?