

## INHOUD

- p. 1/ Verklaringen en waarborgen bij de verkoop van aandelen : waarom ?
- p. 5/ De nieuwe aftrek voor innovatieinkomsten doorgelicht

## Verklaringen en waarborgen bij de verkoop van aandelen : waarom ?

Vaak weggestopt als bijlage bij een 'SPA', of nog de overeenkomst tot koopverkoop van aandelen, zie je ze: verklaringen en waarborgen of in het jargon 'representations and warranties'. Dat ze slechts een bijlage zijn, geeft een vertekend beeld van hun belang. Na de verkoop is het deel over de verklaringen en waarborgen immers net dat deel van de overeenkomst dat naar boven wordt gehaald en dat beide partijen met een vergrootglas bekijken om hun slag thuis te halen. Geen overbodige luxe dus om hier enige toelichting over te verstrekken.

Als koper en verkoper met elkaar onderhandelen is de prijs een belangrijke – zo niet de belangrijkste – focus van de onderhandelingen. Bij het afsluiten van de onderhandelingen komen koper en verkoper een prijs overeen waarin ze zich beiden kunnen vinden. Deze prijs wordt niet bepaald in een vacuüm. Integendeel: hij is gebaseerd op cijfers en informatie die in bepaalde mate door de verkoper zijn ter beschikking gesteld en in bepaalde mate door de koper zijn opgevraagd en onderzocht. In het beste geval is de kous daarmee af.

Maar – niet ongeregeld – is de koper achteraf de mening toegedaan dat hij te veel heeft betaald voor de aandelen en wil hij een deel van de koopprijs terugvorderen. In essentie zijn er vier technieken die de koper kan hanteren om financiële gevolgen op te vangen in de koopverkoopovereenkomst: (i) opschortende voorwaarden, (ii) verklaringen en waarborgen, (iii) bijzondere waarborgen en (iv) handelingen bij de afronding van de transactie. De verklaringen en

waarborgen staan daarin centraal. De andere drie technieken worden kort gedeut om de verklaringen en waarborgen als techniek in het geheel van de juridische afspraken rond een koopverkoop van aandelen te begrijpen. De M&A Survey 2016<sup>1</sup> vertaalt de hedendaagse gebruiken in duidelijke resultaten.

### 1. Informeren om te renderen

Op het ogenblik dat de koper van oordeel is dat hij te veel heeft betaald voor de aandelen, komen de cijfers en informatie die de verkoper ter beschikking heeft gesteld in het vizier. Een goed begrip van de technieken veronderstelt derhalve kennis van de juridische waarde van de informatie vrijgegeven in de transactie.

De verkoper stelt informatie ter beschikking aan de koper doorheen het hele transactieproces. Bij het starten van de onderhandelingen worden de eerste cijfers en informatie vrijgegeven. In de huidige stand van de transactiepraktijk wordt in de meerderheid van de transacties gewerkt met een vertrouwelijkheidsovereenkomst en een intentiebrief<sup>2</sup>. De M&A Survey 2016

1 De M&A Survey peilt reeds sinds een kleine 10 jaar naar de gebruiken in de Belgische M&A-praktijk. De resultaten van de vierde editie, die betrekking heeft op de transacties tijdens de periode 2012 tot 2016, werden zopas gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap / Revue pratique des sociétés (TRV-RPS 2017, 251-272)*. Deze studie werd uitgevoerd door B. BELLEN (contrast European & Business law) met medewerking van E. ALBOORT, I. SCHOCKAERT, J. DOCX, I. MOLDENAERS en B. HERMANS en met ondersteuning van M. ROELANTS, T. HERREMANS, A. TOLPE, S. LENAERS en K. PUT en wordt in het kort de «M&A Survey 2016» genoemd.

2 TRV-RPS 2017, 253-255.

laat zien dat in 58% van de onderzochte transacties een vertrouwelijkheidsovereenkomst werd ondertekend en in 77% van de onderzochte transacties een intentiebrief of gelijkaardig document<sup>3</sup>. Deze documenten bevatten reeds de kerngegevens van de transactie.

Vervolgens wordt in bijna alle gevallen een dataroom geopend, zij het fysiek en/of virtueel<sup>4</sup>. Uit de M&A Survey 2016 blijkt dat dit in 94% van de transacties zo is. Het is deze dataroom die de koper kritisch dient te doorploeteren om een beeld te krijgen over de vennootschap waarvan hij de aandelen koopt. Dit is de fase van de due diligence. In dat stadium zal de koper veelal nog de mogelijkheid hebben om ofwel van de transactie af te zien, ofwel een vermindering van de prijs te bedingen indien hij elementen waarneemt die hem niet bevallen of die de (toekomstige) waarde van de vennootschap negatief kunnen beïnvloeden.

De verkoper kan met het vrijgeven van informatie aldus een invloed uitoefenen op de prijs die hij ontvangt. Daardoor kan hij geneigd zijn om bepaalde nadelige informatie niet ter kennis te brengen van de koper. Dit is echter een moeilijk spel. Hoewel de koper een onderzoeksplicht heeft en die onderzoeksplicht zwaarder weegt als de koper een professional is, stelt de verkoper zich bloot aan vorderingen gebaseerd op wilsgebreken (zoals bedrog en dwaling) indien hij belangrijke elementen verzwijgt in de vrees een lagere koopprijs te ontvangen. In dat opzicht is een goede stelregel voor een verkoper om de koper zo transparant mogelijk te informeren.

Indien de koper na de due diligence ervoor kiest om door te gaan met de transactie en met kennis van zaken beslist om geen prijsvermindering te bedingen, dan zijn er een aantal andere juridische technieken waarvan hij zich kan bedienen om ervoor te zorgen dat een gebrek in de vrijgegeven informatie kan leiden tot een aanpassing van de koopprijs na de realisatie van de verkoop. Deze technieken vinden hun neerslag in de koopverkoopovereenkomst. De koopverkoopovereenkomst vormt dan ook het sluitstuk voor de informatievergaring.

## 2. De *corporate due diligence* in een notendop

De technieken van de koper worden toegelicht aan de hand van een aantal kwesties die zich kunnen stellen

<sup>3</sup> TRV-RPS 2017, 253 en 254.

<sup>4</sup> TRV-RPS 2017, 255-256.

bij het uitvoeren van een '*corporate due diligence*'. Bij een *corporate due diligence*-proces ligt de focus, enerzijds, op de controle van het aandeelhouderschap en, anderzijds, op controle van de werking van de vennootschap.

Het eerste aspect behelst het onderzoek van aandeelhoudersovereenkomsten, uitgiftendocumenten met betrekking tot effecten en de effectenregisters naar mogelijke feiten die de rechten verbonden aan de aandelen aantast. Het tweede aspect betreft de notulen van de organen van de vennootschap, de samenstelling van de organen, ... met als bedoeling te beoordelen of de vennootschap in overeenstemming met het Wetboek van Vennootschappen functioneert. Voor beide aspecten zijn de jaarrekeningen en statuten van belang.

Bij de controle van het aandeelhouderschap kan aan het licht komen dat er overdrachtsbeperkingen in voege zijn, zoals voorkooprechten of de vereiste van de goedkeuring van de raad van bestuur. Anderzijds kunnen er naast de aandeelhouders nog andere effectenhouders bestaan, zoals warranthouders of winstbewijshouders, die aanspraak kunnen maken op stemrechten en/of winst van de vennootschap. Evenmin onbekend is het vermist zijn van het aandelenregister. Of de vennootschap blijkt een zwaar verlieslatende dochteronderneming te hebben. Of nog, de aandelen blijken niet volledig volgestort te zijn of de aandelen zijn verenigd in één hand, waardoor er bijkomende betalingsverplichtingen kunnen wegen op de aandelen.

Terugkerende kwesties bij de controle van de werking van de vennootschap zijn dan weer de schending van de alarmbel- of belangenconflictprocedure of het laat-tijdig neerleggen van de jaarrekening.

Elk van bovenstaande kwesties verdient meer inkt. De bedoeling van hun vermelding in deze tekst is echter enkel te illustreren hoe de koopverkoopovereenkomst bepaalde van deze kwesties opvangt.

## 3. Bespreking van de technieken van de koper

### 3.1. Opschortende voorwaarden

De opschortende voorwaarde is de meest ingrijpende techniek. De koper en verkoper spreken daarbij af dat de transactie niet doorgaat indien de voorwaarde niet is vervuld. De wet legt het gebruik van een opschortende voorwaarde in bepaalde gevallen op, bijvoor-

beeld wanneer de voorafgaandelijke goedkeuring van de mededingingsautoriteit is vereist. Dit verklaart ook waarom men opschortende voorwaarden vaker terugvindt bij transacties met een hogere waarde<sup>5</sup>.

Zo zou men als koper als opschortende voorwaarde de voorafgaandelijke verkoop van een verlieslatende dochteronderneming kunnen eisen of de reconstructie van het aandelenregister (dat dient te gebeuren onder verantwoordelijkheid van de raad van bestuur van de vennootschap waarvan de aandelen worden verkocht).

Het nadeel van deze techniek (naast het onzeker maken van het doorgaan van de transactie) is dat een opschortende voorwaarde de inwerkingtreding van de verkoop uitstelt. Bijgevolg moet in dat geval worden gewerkt in twee fasen: een 'signing' en een 'closing'<sup>6</sup>. Bij opschortende voorwaarden die niet wettelijk verplicht zijn, heeft de koper nog wel de kans om afstand van de opschortende voorwaarde te doen als blijkt dat deze zich niet zal vervullen maar de koper toch bereid is om de aandelen te kopen.

### 3.2. Verklaringen en waarborgen

De tweede techniek bestaat uit het opnemen van verklaringen en waarborgen in de koopverkoopovereenkomst. De verkoper legt ten aanzien van de koper een aantal verklaringen af over de toestand van de aandelen en vennootschap op het ogenblik van de verkoop van de aandelen. Daarbij stelt hij de koper in kennis dat deze verklaringen correct, niet-misleitend en volledig zijn. Deze verklaringen zijn resultaatsverbintenissen van de verkoper gekoppeld aan een waarborg.

Als een verklaring achteraf onjuist blijkt te zijn, dan heeft de koper het recht om daarvoor een vergoeding te vorderen van de verkoper. Die vordering tot vergoeding wordt opgedeeld in twee grote categorieën: enerzijds, zijn er de 'passiefwaarborgen' waarbij de vennootschap waarvan de aandelen zijn verkocht de vergoeding kan vorderen (die in beginsel onbeperkt is). Anderzijds, spreekt men over 'prijsherzieningswaarborgen' die de koper zelf toelaten om een vergoeding van de verkoper te vorderen. Deze laatste soort van waarborgen wordt gekwalificeerd als een prijsherziening. De vergoeding op die grond is in beginsel

tot het bedrag van de koopprijs beperkt. Fiscaal worden beide garanties verschillend behandeld.

De techniek van *representations and warranties* is zeer courant. Uit de M&A Survey 2016 blijkt dat alle betrokken koopverkoopovereenkomsten verklaringen en waarborgen bevatten, waarvan de overgrote meerderheid is gebaseerd op een standaardlijst<sup>7</sup>.

Met betrekking tot de *corporate due diligence* vraagt de koper aan de verkoper om o.a. te verklaren en waarborgen dat de verkoper eigenaar is van de aandelen, er geen andere rechthebbenden zijn met betrekking tot de aandelen en er geen andere effecten bestaan. Wat betreft de werking van de vennootschap verklaart en waarborgt de verkoper o.m. dat de vennootschap de formaliteiten van het Wetboek van Vennootschappen heeft nageleefd en dat haar continuïteit niet is bedreigd.

### 3.3. Bijzondere waarborgen

Indien de koper tijdens de due diligence ziet dat er problemen zijn die de verkoper verhinderen om de gebruikelijke verklaringen en waarborgen af te leggen is het aangewezen om een beroep te doen op de derde techniek: de bijzondere waarborg. Bij de derde techniek van de bijzondere waarborg zijn er twee verschillende types te onderscheiden.

Enerzijds zijn er de 'niet-probleemgerelateerde' bijzondere waarborgen die in feite verstrengde verklaringen en waarborgen zijn betreffende bepaalde materies waarbij de partijen overeenkomen dat de aansprakelijkheidsbeperkingen van de verkoper (zie verder titel 4) niet van toepassing zijn. Dit is het geval bij 'fundamentele' verklaringen en waarborgen. Zo bestempen partijen de waarborgen over de verklaringen rond het aandeelhouderschap als bijzonder omdat zonder de volledige eigendomsrechten op de aandelen de koper geen, of niet ten volle, aandeelhouder is.

Anderzijds zijn er de 'probleemgerelateerde' bijzondere waarborgen. De koper heeft in het due diligence-proces een probleem gezien en de verkoper en koper werken een bijzondere vergoedingsregeling uit voor dit probleem. Indien er bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure loopt tegen de vennootschap ingesteld door een derde die inroept schade te hebben geleden omdat de belangenconflictregering niet is gevolgd, kunnen de partijen afspreken dat de verkoper, indien het tot

5 Bij kleinere transacties (onder 10 miljoen euro) betreft het 37% en bij grote transacties (vanaf 100 miljoen euro) is het 90% (M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 268).

6 Over de voorliefde van de Belgische transactiepraktijk voor Engelse termen, zie: M. ROELANTS, «Opzij» – In het Engels gaan transacties vooruit», TRV 2013 (feestnummer 25-jarig bestaan TRV), 52.

7 M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 260).

een veroordeling komt, een bepaald bedrag zal betalen aan de koper.

### 3.4. Handelingen gesteld tijdens en na de afronding (*closing*) van de transactie

De vierde techniek bestaat uit het stellen van een aantal handelingen op de *closing* of kort daarna. Dit is voor een *corporate due diligence* belangrijker dan bij andere gebieden van de *due diligence*. Zo moet de overdracht van de aandelen worden geregistreerd in het aandelenregister van de vennootschap, zodat de koper ook t.a.v. derden en de vennootschap als eigenaar wordt gezien van de door hem gekochte aandelen. Daarnaast zullen de verschillende organen (raad van bestuur of algemene vergadering) samenkomen om de nodige beslissingen te nemen (ontslag en benoeming van (dagelijkse) bestuurders, toekenning van nieuwe volmachten). Het correct volbrengen van deze handelingen is belangrijk voor zowel de positie als aandeelhouder van de koper als voor de werking van de vennootschap na de transactie.

## 4. Bescherming van de verkoper tegen de technieken van de koper

De koper tracht zoveel mogelijk van de bovenstaande technieken in de koopverkoopovereenkomst te weven. De verkoper daarentegen ziet niet lijdzaam toe. Hij wil het risico dat hij nog kan worden aangesproken door de koper zoveel mogelijk verkleinen. Indien de koper dan toch over een aanspraak beschikt, wil de verkoper het bedrag ervan zo laag mogelijk houden zodat het rendement dat hij heeft gerealiseerd bij de transactie wordt gevrijwaard.

Uit de M&A Survey 2016 kan worden afgeleid dat verkopers niet weigeren om verklaringen en waarborgen af te leggen en zij bereid zijn om (minstens) een standaardlijst van verklaringen en waarborgen te aanvaarden<sup>8</sup>. Hier komt het belang van het informatievergaringsproces weer naar boven. Hoewel de verkoper wel de standaardlijst aanvaardt, wijst hij er tezelfdertijd op dat de feiten in verband met de informatie die is opgenomen in de dataroom geacht worden gekend te zijn door de koper met als gevolg dat de koper geen recht meer heeft om van de verkoper een vergoeding te vorderen met betrekking tot deze feiten. Dit proces noemt men '*disclosen*'. Opnieuw kan

naar de M&A Survey 2016 worden verwezen, waaruit blijkt dat de dataroom in 77% van de gevallen op deze manier wordt 'gedisclosed'<sup>9</sup>. Indien er bijvoorbeeld notulen van een raad van bestuur waarin wordt vermeld dat er mogelijk nog warranthouders zijn, beschikbaar waren in de dataroom, dan wordt de koper hiervan geacht op de hoogte te zijn ook al verklaart en waarborgt de verkoper in de standaardlijst dat er geen warranthouders zijn. Maar ook als de informatie niet contractueel 'gedisclosed' is, oordelen sommige rechters dat de koper geen vergoeding kan vorderen als hij op basis van wat hij zag of kon zien in de dataroom, wist of behoorde te weten dat de verklaring en waarborg met betrekking tot deze feiten niet correct was.

In plaats van te redetwisten over het aansprakelijk zijn zelf, richt de verkoper zijn pijlen verder op de randvoorwaarden (modaliteiten) van zijn aansprakelijkheid: hij zal, ten eerste, zijn aansprakelijkheid beperken in de tijd. Uit de M&A Survey 2016 blijkt dat dit in 96% van de gevallen gebeurt en dat de duur rond twee jaar ligt. Als belangrijke kanttekening geldt daarbij dat voor materies zoals belastingen, tewerkstelling en sociale zekerheid het gebruikelijk is aparte termijnen te bedingen die worden afgestemd op de verjaringstermijnen<sup>10</sup>. Verder beperkt de verkoper het bedrag van zijn aansprakelijkheid (de '*cap*')<sup>11</sup>. Andere technieken zijn het slechts toelaten van vorderingen vanaf een bepaald minimumbedrag<sup>12</sup>, of het vereisen van het bereik van een bepaalde financiële drempel alvorens een vergoeding kan worden gevorderd<sup>13</sup>. Dit om te vermijden dat de koper te snel procedures opstart.

Tot slot kan de techniek van de opschortende voorwaarden eveneens in het voordeel van de verkoper spelen, bijvoorbeeld wanneer de koper essentiële waarde hecht aan bepaalde zaken die zich mogelijk niet zullen realiseren of wanneer de verkoper financiële eisen wil stellen aan de koper zelf<sup>14</sup>. De uitdaging daarbij is om het aantal opschortende voorwaarden te beperken

8 Zoals eerder aangeven, bevatten alle onderzochte koopverkoopovereenkomsten een lijst van verklaringen en waarborgen in nagenoeg alle gevallen gebaseerd op een standaardlijst (M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 260).

9 M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 262.

10 Uit de M&A Survey blijkt bijvoorbeeld dat in 90% van de onderzochte transacties er een bijzondere termijn voor fiscale zaken was en in 67% van de gevallen voor socialezekerheidszaken (TRV-RPS 2017, 263-265).

11 Volgens de M&A Survey 2016 is dit bij 92% van de koopverkoopovereenkomsten het geval (TRV-RPS 2017, 266). Er is overigens in het bijzonder onderzocht of de hoogte van de '*cap*' werd beïnvloed door het feit of er al dan niet een biedingsproces met betrekking tot de aandelen werd georganiseerd (TRV-RPS 2017, 266-267).

12 Volgens de M&A Survey 2016 is dit bij 82% van de koopverkoopovereenkomsten het geval (TRV-RPS 2017, 265).

13 Dit is bij 79% van de koopverkoopovereenkomsten het geval (M&A Survey, TRV-RPS 2017, 265).

14 Uit de M&A Survey blijkt dat de partijen slechts in een minderheid van de gevallen (12%) het bekomen door de koper van bankfinanciering als opschortende voorwaarde vermelden (TRV-RPS 2017, 268).



en ze duidelijk te omschrijven zodat er geen discussie kan ontstaan over of ze al dan niet verwezenlijkt zijn.

## 5. Besluit: verklaringen en waarborgen blijven nodig

Elke koper kan zich op basis van het Burgerlijk Wetboek beroepen op bescherming: zo kan de koper zich contractueel verhalen op de verkoper bij een conformiteitsgebrek (artikel 1604 BW), moet de verkoper instaan voor het ongestoord bezit van het gekochte goed (artikel 1626 BW) en kan de koper een vordering instellen voor verborgen gebreken (artikel 1641 BW). Waarom is er dan bij de verkoop van aandelen een grotere behoefte aan verklaringen en garanties dan bij de verkoop van andere goederen?

Reeds sinds begin vorige eeuw is de doctrine en rechtspraak van oordeel dat deze bescherming enkel geldt voor het rechtstreekse voorwerp van de verkoop, zijnde de aandelen, en niet voor het onderliggend vermogen van de vennootschap. Voor gebreken die aan de aandelen zelf kleven, is een beroep op de wettelijke waarborgen aldus denkbaar, maar voor wat betreft de werking van de vennootschap is dit moeilijker en het wordt al helemaal moeilijk voor wat betreft het onderliggend vermogen of bijvoorbeeld tegenvallende resultaten van de vennootschap.

Daarenboven is de wettelijke bescherming grotendeels van aanvullend recht, waardoor de partijen kunnen overeenkomen dat dit regime niet van toepassing is. In vele koopverkoopovereenkomsten van aandelen wordt de wettelijke bescherming overigens doelbewust uitgesloten zodat de verkoper verzekerd is dat de koper hem enkel nog kan aanspreken als de koopverkoopovereenkomst hem dit toelaat. Zo bekeken, bieden de verklaringen en waarborgen eveneens voor de verkoper rechtszekerheid.

Verklaringen en waarborgen zijn en blijven met andere woorden een noodzakelijk onderdeel van een koopverkoopovereenkomst, tenzij zich een kentering in de rechtspraak en rechtsleer voordoet waarbij de wettelijke bescherming eveneens wordt geacht uit te strekken tot het onderliggende vermogen van de vennootschap waarvan de aandelen worden verkocht. Het is derhalve raadzaam om bij het afsluiten van een koopverkoopovereenkomst van aandelen een M&A-specialist onder de arm te nemen. Tot slot, kan de lezer zich steeds wenden tot de M&A Survey 2016 voor meer gedetailleerde resultaten over de hedendaagse Belgische transactiepraktijk.

Marijke ROELANTS  
Advocaat bij de balie te Brussel

# De nieuwe aftrek voor innovatie-inkomsten doorgelicht

*Vorig jaar werd de bestaande regeling inzake de aftrek voor octrooi-inkomsten in ons land geschrapt. De vroegere octrooiaftrek is nu vervangen door een nieuwe 'aftrek voor innovatie-inkomsten' (wet van 9 februari 2017, BS van 20 februari 2017). In deze bijdrage lichten we de nieuwe regeling uitgebreid toe. De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de vorige regeling zijn de uitbreiding van het toepassingsgebied, de berekening van de aftrek op de netto inkomsten en de invoering van de nexus-benadering, waarbij een link wordt gemaakt tussen de innovatie-inkomsten en -uitgaven.*

## Octrooiaftrek

Met de wet van 27 april 2007 werd het fiscaal regime voor octrooi-inkomsten in ons land ingevoerd. De in-

komsten van octrooien zijn licenties die ontvangen worden of, indien de vennootschap de geoctrooieerde producten ook zelf exploiteert, de zogenaamde 'inbegrepen royalty'. Dit is het deel van de verkoopprijs van het product (of dienst) dat toe te wijzen is aan het octrooi. Er moet dan als het ware een hypothetische vergoeding bepaald worden die een onafhankelijke onderneming bereid is te betalen voor een licentie van het octrooi.

Voor de definitie van 'octrooi' moet worden gekeken naar de wet op de uitvindingsoctrooien van 28 maart 1984. Overeenkomstig deze wet is een 'uitvindingsoctrooi' of 'octrooi' een titel waardoor een uitsluitend en tijdelijk recht van exploitatie wordt verleend voor iedere uitvinding die nieuw is, op uitvinderswerk-

zaamheid berust en vatbaar is voor toepassing op het gebied van de nijverheid. Naast Belgische octrooien komen ook Europese en internationale octrooien in aanmerking voor de aftrek.

Het oude systeem bestond erin dat vennootschappen 80% van hun bruto inkomsten uit octrooien konden vrijstellen van vennootschapsbelasting. Dit betekende een effectief belastingtarief van 6,8% voor de octrooi-inkomsten (20% van het vennootschapstarief van 33,99%).

## Invloed OESO

Onder druk van de OESO werd de bestaande octrooi-aftrek vanaf 1 juli 2016 afgeschaft (wet van 3 augustus 2016 houdende dringende fiscale bepalingen, *BS* van 11 augustus 2016). Met name beantwoordde de bestaande regeling niet aan de voorwaarden inzake ‘*transparency and substance*’ van actiepoint 5: ‘*Harmful Tax Practices*’ van het BEPS-plan van de OESO. Kort samengevat komt het erop neer dat de vorige regeling onvoldoende transparantie kon bieden en niet kon garanderen dat de octrooiaftrek werd genoten in de vennootschap (en het land) waar de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten daadwerkelijk werden uitgevoerd.

De bestaande octrooiaftrek liet met andere woorden ruimte voor winstverschuivingen binnen (multinationale) groepen. Naast het Belgische regime werden nog 15 andere gelijkaardige buitenlandse IP-regimes<sup>1</sup> door de OESO als non-compliant aangemerkt.

## Overgangsregeling tot en met 30 juni 2021

De OESO liet aan de landen de mogelijkheid om een overgangsregeling in te voeren voor de bestaande regimes. België heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Voor octrooien die zijn toegekend of aangevraagd vóór 1 juli 2016, alsook in het geval van vóór 1 juli 2016 verworven octrooien of licentierechten waarvan de geoctrooieerde producten of procedés verder worden verbeterd, kan de octrooiaftrek nog worden toegepast tot en met 30 juni 2021.

Om misbruiken binnen een groep van vennootschappen tegen te gaan, kan de overgangsregeling niet worden toegepast voor vanaf 1 januari 2016 recht-

streeks of onrechtstreeks van een verbonden vennootschap verworven octrooien, die bij de overdragende vennootschap niet voor de octrooiaftrek (of een gelijkaardige buitenlandse regeling) in aanmerking komen.

Vennootschappen met octrooien toegekend of aangevraagd vóór 1 juli 2016 moeten dus een keuze maken tussen de bestaande regeling van de octrooiaftrek of de nieuwe regeling van aftrek voor innovatie-inkomsten. Belangrijk te weten is dat die keuze onherroepelijk is voor de belastbare tijdperken die afsluiten vóór 1 juli 2021.

## Aftrek voor innovatie-inkomsten (nieuw art. 205/1 – 4 WIB 1992): toepassingsgebied

De nieuwe aftrek kan worden toegepast op inkomsten van de volgende intellectuele eigendomsrechten, waar de vennootschap volle eigenaar, mede-eigenaar, vruchtgebruiker, licentiehouders of rechtenhouder is:

- een octrooi of aanvullend beschermingscertificaat;
- een kwekersrecht waarvan de aanvraag ten vroegste op 1 juli 2016 is ingediend of, in het geval van een verworven kwekersrecht, dat na 30 juni 2016 is verworven;
- een weesgeneesmiddel<sup>2</sup>, beperkt tot de eerste tien jaar dat het als dusdanig is ingeschreven in het Europees Register van weesgeneesmiddelen, en waarvan de aanvraag ten vroegste op 1 juli 2016 is ingediend of, in het geval van een verworven weesgeneesmiddel, dat na 30 juni 2016 is verworven;
- na 30 juni 2016 van overheidswege toegekende data- of markt-exclusiviteit voor gewasbeschermingsmiddelen, geneesmiddelen of weesgeneesmiddelen;
- een auteursrechtelijk beschermd computerprogramma, met inbegrip van een afgeleid werk of aanpassing van een bestaand computerprogramma, dat is voortgevloeid uit een in artikel 275<sup>3</sup>, § 3, bedoeld onderzoeks- of ontwikkelingsproject of -programma en nog geen inkomsten heeft voortgebracht vóór 1 juli 2016.

Dit is een sterke verruiming in vergelijking met het toepassingsgebied van de octrooiaftrek, die enkel van toepassing is op octrooien en aanvullende beschermingscertificaten. Vooral de uitbreiding met auteursrechtelijk beschermde software biedt voor veel onder-

<sup>1</sup> IP: intellectual property.

<sup>2</sup> Een weesgeneesmiddel is een geneesmiddel voor een zeldzame ziekte.

nemingen extra mogelijkheden. Zo komt bijvoorbeeld ook intern ontwikkelde software voor de optimalisatie van de eigen bedrijfsprocessen, zonder dat die software wordt gecommmercialiseerd, in aanmerking.

Belangrijk is wel dat die software moet worden ontwikkeld in een onderzoeks- of ontwikkelingsprogramma in de zin van de vrijstelling van doorstorting van bedrijfsvoorheffing voor onderzoekers. Inzake deze voorwaarde kan een bindend advies worden gevraagd bij BELSPO (federaal wetenschapsbeleid), zoals dat ook al kon voor de vrijstelling van doorstorting van bedrijfsvoorheffing.

Zowel zelf ontwikkelde, als bij derden verworven intellectuele eigendomsrechten vallen onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling. Merken en andere aan marketing gerelateerde intellectuele eigendomsrechten komen nog steeds niet in aanmerking voor de aftrek.

## Lopende aanvragen

Het nieuwe regime kan al toegepast worden voor octrooien waarvoor de aanvraag reeds is ingediend maar die nog niet toegekend zijn. Het gaat dan om een tijdelijke vrijstelling van vennootschapsbelasting, waarbij moet worden voldaan aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde. Dit betekent dat het vrijgestelde bedrag geboekt moet worden op een vrijgestelde reserve (art. 194quinquies WIB 1992).

Indien de aanvraagprocedure ten einde loopt moet de vrijgestelde reserve overgeboekt worden naar een belaste reserve. Indien het octrooi effectief wordt toegekend gaat de overboeking gepaard met een verhoging van de begintoestand van de belaste reserves, waardoor de tijdelijke vrijstelling definitief verworven wordt. Indien het octrooi niet wordt toegekend, worden de tijdelijk vrijgestelde innovatie-inkomsten bijgevolg belastbaar.

## Welke inkomsten?

De belangrijkste categorieën van innovatie-inkomsten zijn enerzijds de ontvangen licentievergoedingen en anderzijds de 'inbegrepen royalty's'. Onder 'inbegrepen royalty' moet worden begrepen de vergoedingen die aan de vennootschap zouden verschuldigd zijn indien de goederen of diensten die door of voor rekening van de vennootschap worden geleverd, zouden worden geleverd door een derde op grond van een licentie verleend door de vennootschap.

Een nieuwe categorie van innovatie-inkomsten werd toegevoegd voor procesinnovatie. Vergoedingen die aan de vennootschap zouden verschuldigd zijn, indien het productieproces van de vennootschap, dat onlosmakelijk verbonden is met de intellectuele eigendomsrechten, zou worden gevolgd door een derde op grond van een licentie verleend door de vennootschap, kwalificeren voortaan ook als innovatie-inkomsten.

Verder komen ook schadevergoedingen, die worden ontvangen ingevolge overtredingen van het intellectuele eigendomsrecht, in aanmerking voor de nieuwe aftrek.

Ten slotte vallen bedragen verkregen bij de vervreemding van een intellectueel eigendomsrecht dat de aard van vast actief heeft, en dat ten laatste in het vorige belastbaar tijdperk tot stand is gebracht, of dat ten laatste in de afgelopen 24 maanden is aangeschaft, onder het toepassingsgebied. Er wordt dan wel vereist dat de verkoopprijs binnen de vijf jaar wordt geherinvesteerd in de eigen onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten voor andere intellectuele eigendomsrechten.

## Netto in plaats van bruto

Een belangrijke wijziging ten opzichte van de regeling van de octrooiaftrek is dat de aftrek voortaan berekend wordt op de netto innovatie-inkomsten. Dit zijn de bruto innovatie-inkomsten, verminderd met alle kosten die rechtstreeks en uitsluitend betrekking hebben op het desbetreffend intellectueel eigendomsrecht. Dit zijn bijvoorbeeld de lonen van onderzoekers maar ook de uitgaven betaald aan verbonden of onafhankelijke ondernemingen of de uitgaven voor de verwerving van een intellectueel eigendomsrecht.

De toepassing van de aftrek op de bruto inkomsten leidde er immers toe dat de kosten voor onderzoek en ontwikkeling in mindering zouden komen van andere inkomsten die niets te maken hebben met de innovatie, waardoor in feite een dubbel fiscaal voordeel werd genoten. De OESO had hier dan ook grote bezwaren tegen.

Naast de kosten van het jaar zelf, moeten ook de kosten van voorgaande boekjaren die eindigen na 30 juni 2016 in mindering worden gebracht. Kosten van boekjaren die vroeger afsluiten moeten niet meer in mindering worden gebracht. Kosten van vroegere boekjaren kunnen gespreid in mindering worden ge-

bracht over een periode van maximaal zeven boekjaren en negatieve saldi kunnen worden overgedragen naar het volgende boekjaar.

## Nexus-approach

De nexus-benadering moet ervoor zorgen dat de innovatieaftrek wordt genoten in de mate dat de vennootschap zelf ook effectief kosten voor onderzoek en ontwikkeling heeft gemaakt. De innovatieaftrek is gelijk aan de volgende formule:

$$\text{Innovatie-aftrek} = \frac{85\% \times \text{netto innovatie-inkomsten} \times \text{kwalificerende O\&O-uitgaven} \times 1,3}{\text{globale O\&O-uitgaven}}$$

De *kwalificerende O&O-uitgaven* zijn de kosten van onderzoek en ontwikkeling door de vennootschap zelf gedragen of uitbesteed aan onafhankelijke derde partijen. De *globale O&O-uitgaven* zijn de kwalificerende uitgaven plus de uitgaven uitbesteed aan verbonden vennootschappen en de uitgaven voor de verwerving van intellectuele eigendomsrechten van derden. Opmerkelijk is dat de nexus-breuk cumulatief moet worden toegepast. Dit betekent dat niet alleen de uitgaven van het boekjaar zelf in aanmerking moeten worden genomen maar ook alle uitgaven van voorgaande boekjaren. Tot en met aanslagjaar 2019 geldt echter een overgangsregeling waarbij enkel de uitgaven van de meeste recente aanslagjaren in aanmerking moeten worden genomen. De 'uplift' (verhoging van de teller met 1,3) kan er niet toe leiden dat de breuk groter wordt dan 1.

## Tarief

Het tarief van de nieuwe aftrek voor innovatie-inkomsten bedraagt 85%, daar waar het tarief van de octrooiaftrek 80% bedroeg. In eerste instantie was er sprake dat het tarief zou worden opgetrokken tot 90% maar een dermate hoog percentage had vermoedelijk kritiek opgewekt vanuit de OESO of de Euro-

pese Commissie. Een ander wezenlijk verschil met de vorige regeling is ten slotte dat niet-benutte innovatieaftrek onbeperkt overdraagbaar is naar volgende belastbare tijdperken.

## Conclusie

De uitbreiding van het toepassingsgebied zorgt ervoor dat de nieuwe aftrek voor innovatie-inkomsten voor heel wat ondernemingen extra mogelijkheden biedt t.o.v. het bestaande systeem. Daarnaast is ook de stijging van het tarief van de aftrek gunstig voor de belastingplichtige.

Het feit dat de aftrek voortaan berekend wordt op de netto-inkomsten en niet meer op de bruto-inkomsten zal in veel gevallen dan weer een negatieve impact hebben. Indien er echter geen kosten meer worden gemaakt inzake het octrooi zal hier geen impact zijn, gezien geen rekening moet worden gehouden met kosten van boekjaren die eindigen vóór 30 juni 2016.

De nexus-breuk straft ondernemingen af die hun intellectuele eigendomsrechten niet zelf ontwikkelen maar verwerven van derden en ondernemingen die hun ontwikkeling uitbesteden aan verbonden ondernemingen. Ondernemingen die hun intellectuele eigendomsrechten echter volledig zelf ontwikkelen zullen tot een nexus-breuk van 100% komen, waardoor de (netto) innovatie-inkomsten bijgevolg integraal in aanmerking komen voor de innovatieaftrek.

De uitgebreide documentatieplicht die noodzakelijk is om de nexus-breuk te kunnen samenstellen zal echter de administratieve last voor de ondernemingen in veel gevallen aanzienlijk verhogen.

Sven LOOSVELT  
Consultant Tax & Legal Vandelanotte

Noch deze publicatie, noch gedeelten van deze publicatie mogen worden gereproduceerd of opgeslagen in een retrievalstelsel, en evenmin worden overgedragen in welke vorm of op welke wijze ook, elektronisch, mechanisch of door middel van fotokopieën, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De redactie staat in voor de betrouwbaarheid van de in haar uitgaven opgenomen info, waarvoor zij echter niet aansprakelijk kan worden gesteld. **Verantwoordelijke uitgever**: Mirjam VERMAUT, B.I.B.F. – Legrandlaan 45, 1050 Brussel, Tel. 02/626 03 80, Fax. 02/626 03 90 e-mail: info@bibf.be, URL: http://www.bibf.be. **Redactie**: Mirjam VERMAUT, Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Frédéric DELRUE, Chantal DEMOOR. **Adviesraad**: Professor P. MICHEL, Professor Emeritus, Universiteit Luik, Professor C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven. **Gerealiseerd in samenwerking met Wolters Kluwer – [www.wolterskluwer.be](http://www.wolterskluwer.be)**