

Geen afwaarderingsverlies in kader van earn-outregeling: niet koopsom maar aflossing schuldigerkenning vormt 'bij vervreemding bedongen prijs'

Instantie	Hoge Raad, 29-06-2018 nr. 17/03220
Zaaknummer(s)	17/03220
Datum uitspraak	29-06-2018
Belastingjaar/tijdvak	2012
Rubriek	Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting
Wetsartikelen	Wet VPB 1969 - art. 13
ECLI	ECLI:NL:HR:2018:1019
Brondocumenten	Hoge Raad 29 juni 2018, nr. 17/03220, Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 17/03220
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2017:4781, Bekrachtiging/bevestiging
Auteur	mr. N.I. Groenland
NTFR	2018/1534
BNB	2018/151
Datum publicatie	05-07-2018
NTFR	

Samenvatting

Belanghebbende heeft in 2008 enkele certificaten van aandelen in een vennootschap verkocht aan derden. Daarbij is kort gezegd overeengekomen dat enerzijds de bedongen koopsom wordt kwijtgescholden en anderzijds een schuldigerkenning door de kopers wordt aanvaard. De door belanghebbende verkochte certificaten behoorden tot een deelneming. De vorderingen van belanghebbende op de kopers bedroegen per 1 januari 2012 elk € 81.250. Belanghebbende heeft deze vorderingen in 2012 ten laste van haar winst afgewaardeerd met € 45.800 per vordering. De inspecteur heeft het afwaarderingsverlies niet aanvaard. Hof Arnhem-Leeuwarden (7 juni 2017, nr. 16/01098, NTFR 2017/1946) achtte dit juist, omdat de geclaimde afwaardering wordt verhinderd door art. 13, lid 6, Wet VPB 1969. De Hoge Raad onderschrijft die beslissing. Uit de tekst en wetsgeschiedenis van genoemd art. 13, lid 6 volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt. Hier geldt, naar het hof cassatieproof heeft geoordeeld, dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, de vordering behelst. Daarvan uitgaande heeft het hof terecht, met een beroep op de strekking van art. 13, lid 6, Wet VPB 1969, geoordeeld dat de vorderingen die uit de schuldigerkenningen voortvloeien, moeten worden aangemerkt als de prijs waarvoor de certificaten zijn vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van art. 13, lid 6, Wet VPB 1969 en niet de in de overeenkomst vermelde koopsommen van € 122.551,16.

(Cassatieberoep ongegrond.)

Feiten

2.1.1. Belanghebbende was tot 29 mei 2008 houder van een zesde gedeelte van de geplaatste certificaten van aandelen (hierna ook: de certificaten) in A bv (hierna: de Vennootschap).

2.1.2. Bij overeenkomst van 29 mei 2008 (hierna: de Overeenkomst) heeft belanghebbende twee maal een achtste gedeelte van de door haar gehouden certificaten verkocht aan derden (hierna: de kopers) voor een koopprijs van, in beide gevallen, € 122.551,16.

2.1.3. In de Overeenkomst is onder meer bepaald dat de kopers de koopprijzen per de datum van het passeren van de akte van levering schuldig blijven aan belanghebbende en dat belanghebbende

in die akte afstand zal doen van haar vorderingsrechten op de kopers ter grootte van de koopprijzen, zulks onder de verplichting van ieder van de kopers om gelijktijdig aan belanghebbende uit hoofde van lening een even groot bedrag schuldig te erkennen, onder in het bijzonder de volgende voorwaarden:

- i) over de hoofdsom of het niet afgeloste deel van de geldleningen is met ingang van 1 januari 2008 een rente verschuldigd van 5 percent;
- ii) alle door de Vennootschap aan de kopers uit te keren (interim)dividenden dienen door de kopers te worden aangewend om allereerst de verschuldigde rente over het verstreken boekjaar, vervolgens eventuele achterstallige rente over eerdere boekjaren en vervolgens aflossing van de verstrekte geldleningen te voldoen (waarbij op iedere geldlening gelijke bedragen dienen te worden afgelost en aan rente dienen te worden voldaan);
- iii) periodiek wordt (interim)dividend uitgekeerd, zodat aan het einde van het boekjaar de solvabiliteit van de Vennootschap circa 25 percent zal bedragen.

Indien de vanaf 1 januari 2008 uit te keren dividenden niet toereikend zullen zijn om de leningen volledig af te lossen op uiterlijk 31 december 2016, zullen de resterende saldi van de leningen en de niet voldane rente volgens de Overeenkomst worden kwijtgescholden.

2.1.4. Bij akte van 11 juli 2008 heeft belanghebbende de certificaten aan de kopers geleverd en kopers kwijting verleend voor de betaling van de koopprijs.

2.1.5. De vorderingen van belanghebbende op de kopers bedroegen per 1 januari 2012 elk € 81.250. Belanghebbende heeft deze vorderingen in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2012 ten laste van haar winst afgewaardeerd met een bedrag van € 45.800 per vordering. De Inspecteur heeft niet toegelaten dat de afwaarderingen ten laste van de winst worden gebracht.

Geschil

2.2. Voor het Hof hield partijen verdeeld het antwoord op de vraag of de afwaardering van de vorderingen ten laste van de winst van belanghebbende kan worden gebracht.

Rechtsoverwegingen

2.3. Het Hof heeft die vraag ontkennend beantwoord, en daartoe overwogen dat de afwaardering wordt verhinderd door de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst sinds 1 januari 2007; hierna: de Wet). Het Hof heeft daartoe geoordeeld dat uit hetgeen is overeengekomen voortvloeit dat tussen de ter zake van de verkoop van de certificaten bedongen koopsom, de kwijting daarvan en de vordering uit de schuldigerkenning een zodanige samenhang bestaat, dat zij in economische zin als één geheel moeten worden beschouwd. Op grond daarvan heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat, gelet op de uit de wetshistorie blijkende ruime strekking van de zogenoemde earn-outregeling, de rechten die voortvloeien uit de vordering wegens schuldigerkenning voor de toepassing van die regeling op basis van een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie moeten worden aangemerkt als de prijs, als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, waarvoor de certificaten zijn vervreemd.

Tegen deze oordelen richten zich de klachten.

2.4. Bij de behandeling van de klachten wordt het volgende vooropgesteld.

2.4.1. Indien een (gedeelte van een) deelneming is vervreemd of verkregen tegen een prijs die geheel of ten dele bestaat uit een recht op een of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van de vervreemding of de verkrijging nog niet vaststaat, behoren volgens artikel 13, lid 6,

eerste volzin, van de Wet bij de vervreemder de waardeveranderingen van dat recht en bij de verkrijger de waardeveranderingen van de met dat recht corresponderende verplichting tot de voordelen uit hoofde van de deelneming. De geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling wijst uit dat de wetgever met de regeling heeft beoogd de waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht onder de deelnemingsvrijstelling te brengen teneinde te voorkomen dat koper en verkoper bij de waardering van dat recht van een verschillende schatting uitgaan, met langdurige discussies met de inspecteur tot gevolg (Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 12).

2.4.2. Uit de bewoordingen van artikel 13, lid 6, van de Wet en de hiervoor in 2.4.1 bedoelde totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling volgt dat het daarin gehanteerde begrip 'prijs' moet worden opgevat als hetgeen de vervreemder bij de vervreemding van de deelneming als tegenprestatie verkrijgt. Deze uitleg strookt met de doelstelling van de wetgever om waarderingsgeschillen te voorkomen in gevallen waarin de totale omvang van de tegenprestatie op voorhand onzeker is.

2.4.3. In het oordeel van het Hof dat een onverbreekelijke samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de daarvoor bedongen koopsom enerzijds en de vordering die voortvloeit uit de overeenkomst van schuldigerkenning anderzijds, ligt besloten dat hetgeen belanghebbende bij de vervreemding van haar deelneming als tegenprestatie heeft verkregen, die laatstgenoemde vordering behelst. Dit oordeel van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige kan dit oordeel van het Hof, als verweven met waarderings van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is toereikend gemotiveerd. De klachten falen daarom voor zover zij zich richten tegen dit oordeel.

2.4.4. Uitgaande van dit oordeel heeft het Hof, gelet op het hiervoor in 2.4.2 overwogene terecht, met een beroep op de strekking van die bepaling geoordeeld dat de vorderingen die uit de schuldigerkenningen voortvloeien, moeten worden aangemerkt als de prijs waarvoor de certificaten zijn vervreemd als bedoeld in de eerste volzin van artikel 13, lid 6, van de Wet, en niet de in de Overeenkomst vermelde koopsommen van € 122.551,16. Daarom falen de klachten eveneens voor zover deze zich richten tegen dat oordeel, wat er zij van de daartoe voor het overige door het Hof gebezigde gronden.

2.4.5. Voor het overige kunnen de klachten evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering, nu de klachten in zoverre niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Commentaar

De deelnemingsvrijstelling – en de earn-outregeling ex art. 13, lid 6, Wet VPB 1969 (de 'earn-outregeling') in het bijzonder – kan onder omstandigheden nadelig uitwerken voor belastingplichtigen. Een goed voorbeeld daarvan is de onderhavige zaak, waarin gecasseerd werd door een belanghebbende ter beantwoording van de vraag of een verkoop van certificaten gevolgd door financiering van de koopprijs door middel van een schuldigerkenning onder de earn-outregeling ex art. 13, lid 6, Wet VPB 1969 zou vallen. Ter discussie stond een afwaardering van twee vorderingen op kopers van certificaten die belanghebbende ten laste van haar winst wilde brengen.

In navolging van Hof Arnhem-Leeuwarden (zie NTFR 2017/1946, met commentaar van Van den Bos) oordeelt de Hoge Raad, met een beroep op de teleologische interpretatie van de earn-outregeling, dat de vorderingen die voortvloeien uit de schuldigerkenning moeten worden aangemerkt als de tegenprestatie wat betreft de toepassing van de earn-outregeling.

Uit de parlementaire geschiedenis bij deze earn-outregeling volgt dat met de regeling een ruime werking is beoogd. De waardeontwikkeling van het als tegenprestatie verkregen recht moest volgens de wetgever onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht om te voorkomen dat koper

en verkoper bij de waardering van dat recht van een verschillende schatting uitgaan, hetgeen kan leiden tot langdurige discussies met de inspecteur (zie r.o. 2.4.1).

Uit de zogenoemde schattingsjurisprudentie (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 3 december 2008, nr. 07/00220, NTFR 2009/32) volgt dat de koper van de deelneming met een overeengekomen earn-outregeling bij het ontstaan van de deelneming deze dient te waarderen en dat latere waardeveranderingen van die verplichting in het belastbare resultaat vallen. Volgens de wetgever zou de verkoper daardoor in de regel belang hebben bij een zo hoog mogelijke waardering, en de koper bij een zo laag mogelijke waardering. Om waarderingsverschillen tussen koper en verkoper én discussies met de inspecteur te voorkomen heeft de wetgever gekozen voor de earn-outregeling in huidige vorm met, naar nu blijkt – niet alleen op basis van de letterlijke tekst van de wet maar tevens op basis van de doel en strekking daarvan – een ruime werking.

In het beroepschrift in cassatie voert belanghebbende, onder verwijzing naar het commentaar van Van den Bos (zie NTFR 2017/1946), nog aan dat de verkoop van de aandelen en de financiering door middel van schuldigerkenning van de koopsom (civielrechtelijk) los van elkaar moeten worden beschouwd en dat het samenstel van transacties zakelijk is met als gevolg dat de earn-outregeling niet op de vorderingen van toepassing is. De Hoge Raad verwerpt de stelling van belanghebbende en bekrachtigt het oordeel van het hof door te overwegen dat er in economische zin een *onverbrekelijke* samenhang bestaat tussen de verkoop van de certificaten en de koopsom en de vordering die voortvloeit uit (en gedocumenteerd is in) de overeenkomst van schuldigerkenning. Mede van belang is dat belanghebbende zich na de overeenkomst van 29 mei 2008 in economische zin is blijven gedragen als aandeelhouder (c.q. certificaathouder) door onder andere ermee akkoord te gaan dat de aflossings- en rentebetalingen die in de overeenkomst gemaximeerd zijn tot het bedrag dat uit het jaarlijkse dividend kan worden voldaan (zie r.o. 4.9 van de hofuitspraak). Hiermee zijn de aflossing en rentebetalingen van de schuld afhankelijk geworden van de winst van de deelneming en komt het economische resultaat wel heel dicht bij een van toekomstige winsten afhankelijk gestelde verkoopprijs.

Interessant is om deze economische benadering van de Hoge Raad te bezien in het licht van staande jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in HR 27 januari 1988, nr. 23.319, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 beslist dat in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie van, in dat geval, een geldlening het uitgangspunt vormt voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie. In onderhavige zaak wordt door het hof overwogen dat onder omstandigheden voor de belastingheffing kan worden afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie. Deze zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie kan volgens het hof gerechtvaardigd zijn indien de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn, gezien het economische resultaat en gelet op de strekking van de belastingwet (zie r.o. 4.7 van de hofuitspraak). Het hof en de Hoge Raad schuiven met deze redenering de civielrechtelijke kwalificatie van de rechtshandelingen ogenschijnlijk ietwat gemakkelijk opzij om hiermee het samenstel van rechtshandelingen onder de reikwijdte van de earn-outregeling te kunnen brengen. Wat daarvan zij, de werking van de earn-outregeling is gelet op de (summiere) wetsgeschiedenis en blijkens de teleologische interpretatie van de Hoge Raad dermate ruim dat dit in voorkomende gevallen in de praktijk uiteraard ook tot een voordeel zou kunnen leiden voor belastingplichtigen. Voor belanghebbende gaat dat in dit geval evenwel niet op.

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

Datum: 15-7-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2018-1534>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.