

## **Tweede cassatie: voordeel in verband met garantstelling vormt alleen informeel kapitaal als dit zijn grond uitsluitend vindt in de vennootschappelijke betrekkingen**

<b>Instantie</b>	Hoge Raad, 15-03-2019 nr. 17/02551
<b>Zaaknummer(s)</b>	17/02551
<b>Datum uitspraak</b>	15-03-2019
<b>Belastingjaar/tijdvak</b>	2009-2010
<b>Trefwoorden</b>	indirect informele kapitaalstorting
<b>Rubriek</b>	Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting
<b>Wetsartikelen</b>	Wet VPB 1969 - art. 8, Wet IB 2001 - art. 3.25, Wet IB 2001 - art. 3.8
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:HR:2019:355
<b>Brondocumenten</b>	Hoge Raad 15 maart 2019, nr. 17/02551, Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 17/02551, Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 17/02551-2
<b>Formele relaties</b>	In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2017:1507 Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:120
<b>Auteur</b>	mr. N.I. Groenland
<b>NTFR</b>	2019/886
<b>BNB</b>	2019/113c*
<b>Datum publicatie</b>	11-04-2019
<b>NTFR</b>	

### **Samenvatting**

Belanghebbende is onderdeel van een internationaal concern. Belanghebbende levert apparatuur aan een niet-gelieerde Spaanse vennootschap B. Belanghebbende heeft handelsvorderingen op B van € 11,5 miljoen. Vanwege de slechte financiële situatie van B heeft belanghebbende haar vorderingen afgewaardeerd ten laste van de winst. Nadien heeft een Amerikaanse zustervenootschap (D) van belanghebbende de aandelen in B verworven en een garantie gegeven ter zake van de verplichtingen van B jegens belanghebbende. Na deze garantstelling heeft belanghebbende de vorderingen op B opgewaardeerd tot de nominale waarde. Volgens belanghebbende vindt deze opwaardering haar grond in de vennootschappelijke betrekkingen binnen het concern en vormt deze opwaardering een informele kapitaalstorting die geen deel uitmaakt van de winst. De inspecteur bestrijdt dat. In deze tweede cassatieronde oordeelt de Hoge Raad dat onderzocht had moeten worden of belanghebbende een voordeel heeft genoten dat zijn oorzaak uitsluitend vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen belanghebbende en D. Dit betekent dat moet worden nagegaan of niet enige garantstelling door D ter gelegenheid van de overname van de aandelen in B tot stand zou zijn gekomen in een – voor het overige gelijke – situatie waarin belanghebbende en D niet tot hetzelfde concern hadden behoord. Indien in die situatie in het geheel geen garantstelling tot stand was gekomen, ook niet voor een lager bedrag, vormt het gehele voordeel dat belanghebbende heeft genoten als gevolg van de garantstelling een informele kapitaalstorting. De Hoge Raad verwijst opnieuw. In dat verband wordt opgemerkt dat de bewijslast dat sprake is van een informele kapitaalstorting, op belanghebbende rust.

### **Feiten**

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

3.1.1. Belanghebbende is de Europese hoofdvestiging van een Japans concern dat zich bezighoudt met de productie van en handel in meet- en positioneringsapparatuur (hierna: het concern). Belanghebbende is moedermaatschappij van een fiscale eenheid waartoe onder meer haar dochtervennootschap A bv (hierna: A) behoort.

3.1.2. Op grond van een distributieovereenkomst verkoopt A producten aan B, een in Spanje gevestigde distributeur die aanvankelijk niet onderdeel was van het concern. Eerder had B van C SL exclusieve distributierechten gekocht, met door A verstrekte financiering.

3.1.3. In het boekjaar 2008/2009 heeft belanghebbende ter zake van vorderingen van A op B in haar commerciële jaarrekening een voorziening opgenomen tot een bedrag van € 6.000.000 en in haar fiscale jaarrekening deze vorderingen met hetzelfde bedrag ten laste van de winst afgewaardeerd. Bij het opleggen van de aanslag in de vennootschapsbelasting voor dat boekjaar heeft de Inspecteur deze afwaardering aanvaard. In haar aangifte voor het boekjaar 2009/2010 heeft belanghebbende de vorderingen nog verder afgewaardeerd ten laste van haar fiscale winst, en wel met een bedrag van € 3.500.000.

3.1.4. Op 31 maart 2010 heeft een in de Verenigde Staten van Amerika gevestigde zustervenootschap van belanghebbende, D Inc. (hierna: D), alle aandelen in B verworven voor een bedrag van € 1 en heeft D een garantie gegeven ter zake van de op 31 maart 2010 bestaande en toekomstige verplichtingen van B jegens A (hierna: de garantstelling). D is producent en leverancier van de producten die A aan B levert.

3.1.5. Na de garantstelling door D werden de vorderingen op B in het boekjaar 2009/2010 commercieel op nominale waarde geboekt. Fiscaal heeft belanghebbende tegenover het opwaarderen van de vorderingen een kapitaalstorting geboekt. Naar haar mening vindt dit voordeel namelijk zijn grond in de vennootschappelijke betrekkingen binnen het concern. Bij de aanslagregeling voor het boekjaar 2009/2010 heeft de Inspecteur de aangifte op dit punt gecorrigeerd en heeft hij het desbetreffende bedrag tot de belastbare winst gerekend.

## **Geschil**

3.1.6. Voor het Hof was in geschil of de Inspecteur deze correctie terecht heeft toegepast.

3.2.1. De Inspecteur heeft betoogd dat het voordeel dat A aan de garantstelling heeft ontleend, niet zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen binnen het concern. De Inspecteur heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld dat een voordeel slechts dan kan worden aangemerkt als een voordeel dat zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen, en daarom geen deel uitmaakt van de winst, indien dat voordeel volledig en uitsluitend zijn grond vindt in die betrekkingen. Het Hof heeft dit standpunt verworpen.

3.2.2. Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat zowel A als D zakelijke belangen had bij het financieel overeind houden van B. Daarvan uitgaande is het Hof overgegaan tot een weging van de gronden waarop het verstrekken van de garantie is gebaseerd. Deze gronden bevinden zich naar het oordeel van het Hof deels in de sfeer van de vennootschappelijke betrekkingen en deels in de sfeer van zakelijk handelende onafhankelijke ondernemingen. Rekening houdend met deze weging heeft het Hof het gedeelte van het voordeel dat zijn grond vindt in de vennootschappelijke betrekkingen, en in verband daarmee bij de berekening van de winst van belanghebbende niet in aanmerking behoeft te worden genomen, in goede justitie bepaald op een bedrag van € 1.200.000.

3.2.3. Tegen deze oordelen zijn de middelen gericht.

## **Rechtsoverwegingen**

3.3. Het Hof had op grond van het verwijzingsarrest de opdracht opnieuw te onderzoeken 'of het voordeel dat A heeft ontleend aan de garantstelling door D geheel of ten dele zijn grond vindt in haar vennootschappelijke betrekkingen, daarbij rekening houdend met de zakelijke belangen van D onderscheidenlijk A bij het financieel overeind houden van B'.

3.4. Hoewel deze opdracht ook anders gelezen zou kunnen worden, heeft de Hoge Raad daarmee niet bedoeld af te wijken van bestendige rechtspraak over de informele kapitaalstorting. Volgens die rechtspraak is voor een informele kapitaalstorting in concernverhoudingen vereist dat de ene concernvenootschap, zoals in dit geval A, een voordeel geniet dat zijn oorzaak uitsluitend vindt in

de vennootschappelijke betrekkingen tussen haar en een andere concernvennootschap, zoals in dit geval D. Daarvoor moet worden onderzocht of deze laatste vennootschap (in dit geval D) uitsluitend op grond van die vennootschappelijke betrekkingen aan de andere concernvennootschap (in dit geval A) een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke vennootschap niet zou hebben verschaft.

3.5. Voor het onderhavige geval brengt dit mee dat moet worden nagegaan of niet enige garantstelling door D ter gelegenheid van de overname van de aandelen in B tot stand zou zijn gekomen in een – voor het overige gelijke – situatie waarin A en D niet tot hetzelfde concern hadden behoord. Indien in die situatie in het geheel geen garantstelling tot stand was gekomen, ook niet voor een lager bedrag, vormt het gehele voordeel dat belanghebbende heeft genoten als gevolg van de garantstelling een informele kapitaalstorting. Indien zonder de vennootschappelijke betrekkingen tussen D en A wel een garantstelling tot stand zou zijn gekomen maar tot een lager bedrag, vormt het uit die garantstelling voortvloeiende voordeel bij belanghebbende slechts ten dele een informele kapitaalstorting, namelijk voor zover dit voordeel dat lagere bedrag overtreft.

3.6. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, faalt het door de Staatssecretaris voorgestelde middel voor zover het is gericht tegen het hiervoor in 3.2.1 weergegeven oordeel van het Hof. Met zijn hiervoor in 3.2.2 weergegeven weging is het Hof echter uitgegaan van een rechtsopvatting die afwijkt van hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen. In zoverre slagen de middelen. De uitspraak van het Hof kan niet in stand blijven. De middelen voor het overige behoeven geen behandeling. Verwijzing moet volgen.

3.7. Daarbij verdient het volgende opmerking. Indien de belastingplichtige van mening is dat een door hem genoten voordeel niet tot de winst behoort omdat het is aan te merken als informele kapitaalstorting, rust op hem de plicht de feiten en omstandigheden te stellen die een zodanige conclusie kunnen rechtvaardigen, en deze feiten en omstandigheden bij gemotiveerde betwisting aannemelijk te maken (vgl. HR 15 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:BI5453, rechtsoverweging 3.3). Gelet op de gemotiveerde betwisting door de Inspecteur, rust op belanghebbende daarom de last de feiten en omstandigheden aannemelijk te maken waaruit volgt dat (a) zich bij A een informele kapitaalstorting heeft voorgedaan, en (b) wat de omvang daarvan was.

3.8. Voorts verdient opmerking dat na verwijzing zo nodig zal moeten worden onderzocht in hoeverre goed koopmansgebruik niet toelaat dat de hiervoor in 3.1.3 vermelde afwaardering ten bedrage van € 3.500.000 in het onderhavige jaar ten laste van de winst van belanghebbende wordt gebracht, zoals de Inspecteur heeft gesteld. Het Hof is aan de behandeling van deze stelling niet toegekomen.

(Volgt vernietiging en verwijzing.)

## Commentaar

In geschil in tweede cassatie is of (1) de opwaardering van de vordering op B (de debiteur) geheel winst of geheel informeel kapitaal is bij belanghebbende (als moeder van de fiscale eenheid), dan wel (2) evenredig toegerekend moet worden aan zakelijke en/of concernmotieven zoals Hof Amsterdam (18 april 2017, nr. 16/00307, NTFR 2017/1486, met commentaar van Vis) heeft gedaan, alsmede (3) de bewijslijst van (de verhouding van) deze motieven.

Voor de eerste vraag is volgens de Hoge Raad op grond van de bestendige rechtspraak voor een (indirecte) informele kapitaalstorting vereist dat belanghebbende een voordeel geniet dat zijn oorsprong *uitsluitend* vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen haar en D (de garantieggever). Hof Den Bosch krijgt de opdracht te onderzoeken of de garantieggever *uitsluitend* op grond van die vennootschappelijke betrekkingen aan A (de crediteur van de vordering) een voordeel (in geld of goederen) heeft doen toekomen dat zij onder gelijke omstandigheden niet aan een

onafhankelijk derde zou hebben verschaft. De Hoge Raad bevestigt dat hij niet is *omgegaan* in eerste cassatie (zie NTFR 2016/1856, met commentaar van Van Horzen), zoals A-G Wattel al had gesignaleerd (zie par. 1.7 van zijn conclusie met betrekking tot de tweede cassatie, NTFR 2018/712, met commentaar van Kooiman).

Voor de tweede vraag kan uit deze tweede cassatiezaak geconcludeerd worden dat de eerste verwijzingsopdracht niet zozeer op de vraag ziet of en in hoeverre sprake was van een (indirecte) informele kapitaalstorting, maar veeleer op de hoogte van de (indirecte) informele kapitaalstorting. Hierbij is een afweging vereist van de mate van (onzakelijke) vennootschappelijke betrekkingen ten opzichte van de zakelijke motieven. De Hoge Raad geeft in zijn arrest ruiterlijk toe dat de eerste verwijzingsopdracht ook anders gelezen kan worden (wat dus ook is gebeurd), en dat daarmee niet geheel duidelijk was voor Hof Amsterdam wat precies de opdracht was waardoor een tweede cassatie nodig bleek. De Hoge Raad heeft daarmee echter blijkens r.o. 3.4 niet de intentie gehad om af te wijken van bestendige rechtspraak over de informele kapitaalstorting.

Als gevolg hiervan zal Hof Den Bosch moeten onderzoeken of niet enige garantstelling door de garantgever in verband met de overname van de debiteur tot stand zou zijn gekomen in een – voor het overige gelijke – situatie waarin de crediteur en de debiteur uiteindelijk niet tot hetzelfde concern hadden behoord. Als in een dergelijke situatie in het geheel geen garantstelling tot stand zou zijn gekomen (ook niet voor een lager bedrag), dan vormt het gehele voordeel dat belanghebbende heeft genoten door de garantstelling een informele kapitaalstorting.

Indien zonder vennootschappelijke betrekkingen tussen de garantgever en de crediteur wél een garantstelling tot stand zou zijn gekomen maar tot een lager bedrag, dan vormt het uit die garantstelling voortvloeiende voordeel bij belanghebbende slechts gedeeltelijk een informele kapitaalstorting. De informele kapitaalstorting is dan gelijk aan het voordeel voor zover dit het bedrag van de zakelijke garantstelling overtreft. Met andere woorden, het uit een garantstelling voortvloeiende voordeel bij belanghebbende kan niet als informele kapitaalstorting in aanmerking genomen worden voor zover die garantstelling ook door een onafhankelijke derde zou zijn verschaft (in een voor het overige gelijke situatie). In het omgekeerde geval kan belanghebbende dit voordeel wel als (indirecte) informele kapitaalstorting in aanmerking nemen voor zover een niet-gelieerde vennootschap niet bereid zou zijn een dergelijke garantstelling te verschaffen aan de debiteur. De formule die de Hoge Raad hier ogenschijnlijk lijkt te hanteren is dat de hoogte van de (indirecte) informele kapitaalstorting gelijk is aan de nominale waarde van de vordering, minus de lagere boekwaarde (na afwaardering) van de vordering en minus eventuele zakelijke garanties.

Interessant is overigens nog dat de Hoge Raad aan Hof Den Bosch de gelegenheid biedt om te onderzoeken in hoeverre goed koopmansgebruik (niet) toestaat om de afwaardering van de vordering ten laste van de winst van belanghebbende te brengen. Wat mij betreft is dit een terechte vraag, die door Hof Den Bosch onderzocht dient te worden.

Ten slotte is volgens de Hoge Raad uit HR 15 november 1995, nr. 30.408, ECLI:NL:HR:1995:BI5453 (zie r.o. 3.3) op te maken dat een belastingplichtige de bewijslast draagt voor het claimen van een informele kapitaalstorting. In onderhavig geval dient belanghebbende daarom de feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat zich een informele kapitaalstorting heeft voorgedaan en wat de omvang daarvan is. Deze overweging zou voor belanghebbende nog

nadelig uit kunnen pakken als Hof Den Bosch overweegt dat belanghebbende hier onvoldoende in is geslaagd, hetgeen ik overigens niet verwacht in onderhavig geval.

Samenvattend acht ik het op basis van deze verwijzingsopdracht waarschijnlijk dat het gehele bedrag van de waardeaan groei van de vordering als gevolg van de garantstelling bij belanghebbende in aanmerking wordt genomen als (indirect) informele kapitaalstorting. Ik zou een dergelijke uitkomst in deze zaak kunnen billijken als vast komt te staan dat de afwaardering op zakelijke gronden en in overeenstemming met goed koopmansgebruik heeft plaatsgevonden en een derde in dit geval niet bereid zou zijn om een dergelijke garantstelling op zich te nemen. De omstandigheid dat de garantieggever verarmt en de crediteur daardoor verrijkt en er derhalve sprake is van een (indirecte) informele kapitaalstorting van de garantieggever in belanghebbende lijkt mij dan in onderhavige zaak een gegeven. Dit is mogelijk alleen anders indien Hof Den Bosch in onderhavige zaak commerciële redenen aanwezig acht die zien op de aandeelhoudersrelatie tussen de garantieggever en de crediteur die rechtvaardigen dat de overname en garantstelling zijn gesloten onder voorwaarden die afwijken van de tussen derden gebruikelijke voorwaarden (vgl. de zaak Hornbach-Baumarkt AG, HvJ 31 mei 2018, zaak C-382/16, NTFR 2018/1357, met commentaar van Vleggeert).

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

Datum: 15-7-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2019-886>

Copyright - Sdu - Alle rechten voorbehouden.