

Fiscale aspecten van balansgaranties bij overnames

HR 12 juli 2002, nr. 37 136

Inleiding

In het kader van een verkoop van een deelneming wordt meestal een balansgarantie verstrekt met betrekking tot de toestand van de balans ten tijde van de verkoop van een deelneming. Op 12 juli 2002 heeft de Hoge Raad een arrest (nr. 37 136) gewezen waarbij de verkoper aan de koper betalingen verrichtte uit hoofde van een in de koopovereenkomst bij de verkoop van de deelneming opgenomen balansgarantie. In dit artikel zullen dit arrest en de mogelijke consequenties daarvan voor de praktijk worden besproken.

Hoge Raad 12 juli 2002, nr. 37 136

In het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 kwam expliciet aan de orde de vraag hoe betalingen uit hoofde van een balansgarantie fiscaal dienen te worden gekwalificeerd. X BV had in 1990 alle aandelen in A BV gekocht. Y BV (de verkoper) had met betrekking tot deze verkoop aan X BV een balansgarantie afgegeven. Het blijkt niet uit de uitspraken van het Hof Arnhem en de Hoge Raad of er een maximumbedrag aan de balansgarantie verbonden was. Na verkoop van de deelneming stelt de Belastingdienst een boekenonderzoek in bij A BV. Naar aanleiding van dat boekenonderzoek legt de Belastingdienst in 1996 aan A BV een navorderingsaanslag vennootschapsbelasting op voor het jaar 1990 van ongeveer f 1.700.000. Tevens wordt A BV een bedrag aan heffingsrente en invorderingsrente in rekening gebracht van ongeveer f 500.000. Y BV komt met X BV overeen dat zij aan X BV slechts een gedeelte, te weten ongeveer f 400.000, van de genoemde navorderingsaanslag en rente vergoedt. Uit de arresten blijkt niet waarom Y BV slechts een gedeelte van het totaal verschuldigde bedrag betaalt. X BV claimt in 1996 een aftrek van haar belastbare winst voor een bedrag van ongeveer f 1.800.000, zijnde het verschil tussen het totaal van de navorderingsaanslag, heffingsrente, invorderingsrente en kosten van ongeveer f 2.200.000 en het door Y BV betaalde bedrag van ongeveer f 400.000. Alleen de door A BV betaalde heffingsrente, invorderingsrente en additionele kosten in verband met de navorderingsaanslag van f 500.000 zijn door de inspecteur in aftrek toegelaten op de belastbare winst van X BV. Dit laatste omdat A BV inmiddels in de fiscale eenheid van X BV was opgenomen.

Voor het Hof Arnhem (MK II, 3 april 2001, nr. 99/0809) stelt X BV dat zij uit hoofde van de balansgarantie een vordering op Y BV heeft van f 2.200.000. Y BV vergoedt X BV slechts een gedeelte, te weten f 400.000. X BV claimt een aftrek voor het bedrag van de navorderingsaanslag en rente welke Y BV op grond van de balansgarantie had moeten betalen, maar niet betaald heeft.

Het hof oordeelt (weliswaar summier gemotiveerd) dat: 'elke schadevergoeding uit hoofde van de balansgarantie waarop X BV aanspraak zou kunnen hebben maken, tot de winst van X BV zou behoren en dat een afwaardering van die vordering op Y BV pas tot een kostenpost leidt voorzover activering van de aanspraak eerst tot een bate heeft geleid'. Het hof verwerpt de stelling van X BV dat een aan Y BV in rekening gebrachte schadevergoeding niet tot haar winst behoort, maar als een fiscaal niet belaste aanzuivering van haar eigen vermogen moet worden gezien. Het hof stelt dat een mogelijk toekomstige vordering die de koper op de verkoper heeft uit hoofde van een balansgarantie, tot de winst gerekend moet worden, wil er in een later stadium een belaste afwaardering van een zodanige vordering kunnen plaatsvinden. X BV gaat in cassatie.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad:

'Indien en voorzover bij de verwerving van een deelneming de koper bedingt dat de verkoper hem zal vergoeden het verschil tussen de waarde van de activa en passiva volgens de hem bij de overdracht gepresenteerde balans en de werkelijke waarde van de activa en passiva, de kostprijs van de deelneming dient te worden verminderd met de waarde van de vordering *ten tijde van de verwerving* van de deelneming. Indien door ontwikkelingen na de verwerving van de deelneming die vordering in waarde verandert, valt die [waarde-; JCB/MAH] verandering in de belastbare winst.'

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Arnhem en verwijst de zaak naar het Hof Den Bosch.

Consequenties voor de praktijk

De Hoge Raad oordeelt in zijn uitspraak van 12 juli 2002 dat de koper het bedrag dat hij aan de verkoper heeft betaald voor de aandelen in de deelneming, dient op te splitsen in een bedrag dat de kostprijs van de deelneming vormt, en een bedrag dat de waarde van de vordering onder de balansgarantie op de verkoper vormt. De verkoper zal dan het van de koper ontvangen bedrag op eenzelfde wijze dienen te splitsen.

De koper dient dus de kostprijs van de deelneming op het moment van koop te verminderen met de waarde van de balansgarantie, beoordeeld naar de feiten en omstandigheden ten tijde van de verwerving van de deelneming. Betekent dit in casu dat de koper de vordering op de verkoper, te weten f 2.200.000 (achteraf beoordeeld?), dient te activeren? Als de waarde van de balansgarantie vaststaat, dient de vordering uit hoofde van de balansgarantie te worden behandeld als iedere andere vordering. Waardemutaties op vorderingen vallen in het belastbare resultaat. Betalingen onder de garantie dienen op de vordering te worden afgeboekt. De consequentie hiervan zou zijn dat de vordering van de koper op de verkoper van f 2.200.000 gedeeltelijk moet worden afgeboekt, omdat de verkoper niet het gehele bedrag van de aanslag plus de heffingsrente en invorderingsrente aan de koper vergoedt. Het bedrag van f 2.200.000 minus f 400.000 = f 1.800.000 vormt dan voor de koper een aftrekbaar verlies. In casu zou dit tot de gewenste oplossing leiden. Dit gaat echter uit van de veronderstelling dat de balansgarantie op een bedrag van f 2.200.000 wordt gewaardeerd. Het hof waarnaar de zaak is verwezen, dient te bepalen wat de waarde van de balansgarantie op het moment van verwerving van de aandelen was. Alleen als het hof rekening houdt met latere feiten en omstandigheden, zal het hof wellicht tot een waarde van f 2.200.000 kunnen komen. Dit laatste zou zeer pragmatisch zijn, maar het lijkt niet waarschijnlijk dat het hof met een dergelijke (hoge) waardering uit de bus zal komen. Het hof heeft hier geen eenvoudige taak. Het bepalen van de waarde van de balansgarantie op het moment van de koop van de deelneming is niet eenvoudig, voorzover de balansgarantie überhaupt wel te waarderen is.

Betalingen onder een garantie via kostprijs of garantie activeren

De vraag die opkomt na lezing van deze uitspraak, is of de Hoge Raad met dit arrest een nieuwe weg is ingeslagen. In de praktijk zal ons inziens de koper op het moment van verwerven van de aandelen een balansgarantie niet apart activeren op zijn balans. De koper zal doorgaans de betalingen uit hoofde van de balansgarantie afboeken van de kostprijs van de deelneming. In de casus van het arrest van 12 juli 2002 zal op het moment dat de koper op de verkoper een claim krijgt van f 2.200.000, de geactiveerde kostprijs van de deelneming met f 2.200.000 worden verlaagd, en zou op dat moment de koper een vordering van f 2.200.000 op zijn balans opnemen. Indien de verkoper dan niet of niet geheel betaalt, zal dit voor de koper tot een aftrekbaar verlies moeten leiden.

Indien evenwel de balansgarantie al op het moment van koop van de deelneming dient te worden gewaardeerd en op dat moment in mindering op de kostprijs van de deelneming komt, dient de koper de geschatte waarde van de balansgarantie als een vordering op zijn balans te zetten. Stel dat A aan B een deelneming verkoopt voor 10.000.000. A geeft aan B een balansgarantie af die wordt geschat op 200.000. B activeert de deelneming voor 9.800.000 en de balansgarantie voor 200.000 op zijn balans. Vervolgens lijdt B schade voor een bedrag van 2.200.000, die A op grond van de afgegeven balansgarantie dient te vergoeden. B realiseert als gevolg van de schadeclaim een winst van 2.000.000 op de geactiveerde waarde van de balansgarantie en B boekt de kostprijs van de deelneming af met 2.000.000. B activeert zijn vordering op A uit hoofde van de balansgarantie voor 2.200.000 op zijn balans. Indien A vervolgens slechts 400.000 aan schade vergoedt, lijdt B 1.800.000 verlies op de vordering. Dit verlies is aftrekbaar, maar daar staat een belaste winst van 2.000.000 op de balansgarantie en een niet-aftrekbare afwaardering op de deelneming tegenover. Per saldo heeft B dus een belastbare winst van 200.000. Dit is een merkwaardig fiscaal eindresultaat, aangezien B een economisch verlies lijdt van $2.200.000 \text{ minus } 400.000 = 1.800.000$.

Indien de koper de vordering uit hoofde van een balansgarantie moet waarden en activeren op zijn balans en waardemutaties van die vordering voor de koper tot zijn fiscale winst behoren, ontstaat een met de earn-outregeling, zoals die gold vóór 1 januari 2002, vergelijkbare problematiek.

Vergelijking tussen betalingen op grond van balansgarantie en earn-outregeling

Hoewel de fiscale aspecten van betalingen onder een earn-outregeling en betalingen uit hoofde van een bij verkoop van een deelneming afgegeven balansgarantie verschillend zijn, kan er wel een bepaalde parallel worden getrokken. Van een earn-outregeling is sprake, indien koper en verkoper de totale koopsom onderverdelen in enerzijds een basiskoopsom, en anderzijds een nabetaling door de koper die afhankelijk wordt gesteld van bijvoorbeeld de toekomstige resultaten van de door de koper gekochte vennootschap.

Vóór 1 januari 2002 diende de verkoper, in het kader van een earn-outregeling, bij de berekening van het voordeel uit hoofde van een deelneming, op het moment van vervreemding, de geschatte waarde van de in de latere jaren te ontvangen bedragen in aanmerking te nemen. De verkoper diende de geschatte waarde van de in de latere

jaren ontvangen bedragen als een vordering op zijn balans op te nemen. Voor de koper van de deelneming gold mutatis mutandis hetzelfde met betrekking tot het door hem voor de deelneming opgeofferde bedrag en zijn verplichtingen tegenover de verkoper. Indien de uiteindelijke betalingen onder de earn-out lager waren dan de bij vervreemding geschatte waarde van de vordering, leidde dit bij de verkoper tot een aftrekbaar verlies, terwijl dit bij de koper een belaste vrijval van een niet meer na te komen betalingsverplichting tot gevolg had. Daarentegen leidden de betalingen indien deze hoger waren dan de bij vervreemding geschatte waarde van de earn-outverplichting, bij de koper tot een aftrekbaar verlies en bij de verkoper tot een belastbare winst.

Per 1 januari 2002 is in artikel 13 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor de earn-outregeling een aparte bepaling opgenomen. De bepaling houdt in dat bij de verkoper van een deelneming de waardeveranderingen van het earn-outrecht en bij de koper de met dat earn-outrecht corresponderende verplichtingen behoren tot de winst die onder de deelnemingsvrijstelling is vrijgesteld van belastingheffing. De regeling is in de wet opgenomen om aan de schattingsproblemen en de discrepantie tussen de schattingen van de koper en de verkoper een einde te maken.

Voor wat betreft de balansgarantie-problematiek kan aan een soortgelijke regeling worden gedacht. Indien op het moment van verwerving van een deelneming de waarde van een afgegeven balansgarantie moet worden geschat, verdient het vanuit praktisch oogpunt de voorkeur om bij latere waardeveranderingen van deze balansgarantie de systematiek van de huidige earn-outregeling te volgen.

Conclusie

Bij de verkoop van een deelneming geeft de verkoper vaak een balansgarantie ten aanzien van de balans op het moment van verkoop. Een dergelijke balansgarantie heeft betrekking op de waardering van feiten en omstandigheden ten aanzien van de deelneming zoals deze op het tijdstip van de verkoop van de deelneming bekend zijn. Onzekerheden ten aanzien van de positie van de deelneming dienen te worden ingeschat. De Hoge Raad oordeelde in zijn uitspraak van 12 juli 2002 dat de waarde van de balansgarantie op het moment van de verwerving/verkoop van een deelneming dient te worden geschat. Dit zal in de praktijk zeer moeilijk blijken te zijn.

Bij overnames ontstaat regelmatig onenigheid over de hoogte van een bepaalde balanspost, zoals in casu,

Vennootschap & Onderneming

omdat de Belastingdienst overgaat tot het opleggen van ‘onvoorziene’ aanslagen. Als gevolg hiervan wordt de verkoper aangesproken onder de balansgarantie. Naast de waarderingsproblematiek blijft de vraag openstaan hoe de fiscale behandeling is van de betalingen onder een garantie indien die door de koper wordt gewaardeerd op een bepaald bedrag en de verkoper uiteindelijk een hoger bedrag aan schade vergoedt aan de koper. Ook rijst de vraag wat er met de balansgarantie dient te gebeuren als deze ongebruikt ‘expireert’.

Het zou wellicht wenselijk zijn als de wetgever de balansgarantie-problematiek net als de huidige earn-outregeling binnen de deelnemingsvrijstellingsfeer brengt. Betalingen uit hoofde van een balansgarantie die hoger zijn dan de geschatte waarde van de garantie, zouden dan voor de koper alleen moeten leiden tot een afwaardering van de kostprijs van de deelneming en niet ook tot een winst op de balansgarantie. Voor de verkoper zouden de hogere betalingen moeten leiden tot een vermindering van de verkoopopbrengst. Dit sluit ook aan bij de economische realiteit.

Mr. J.C. Brouwer
Mr. M.A. Hoozemans
Allen & Overy