

Fiscale consequenties van nabetalingen die voortvloeien uit earn-out regelingen, garanties en vrijwaringen opgenomen in koopovereenkomsten

Inleiding

Bij de koop van aandelen in een deelneming (hierna: target) wordt in de koopovereenkomst een koopsom overeengekomen. Verkoper en koper kunnen daarbij afspreken dat de koopsom onder meer bestaat uit een variabel deel, dat bijvoorbeeld afhankelijk is van toekomstige (onzekere) gebeurtenissen. Een voorbeeld van zo'n afspraak is een earn-out regeling, op basis waarvan de koopsom bijvoorbeeld (gedeeltelijk) afhankelijk is van de winst van target. Daarnaast bevatten koopovereenkomsten ook vaak vrijwaringen en garanties. Hoe worden betalingen onder een earn-out regeling, garantie of vrijwaring fiscaal behandeld? Is de deelnemingsvrijstelling van toepassing op dergelijke betalingen? En hoe werkt het fiscaal als de betaling onder een garantie of vrijwaring rechtstreeks aan target wordt verricht? In deze bijdrage gaan wij op deze vragen in. Wij geven daartoe eerst een korte beschrijving van de deelnemingsvrijstelling, zoals deze geldt sinds 1 januari 2007.

Deelnemingsvrijstelling

Om te voorkomen dat dezelfde winst binnen een groep van vennootschappen meer dan eenmaal wordt belast, blijven op grond van de deelnemingsvrijstelling (art. 13 e.v. Wet op de Vennootschapsbelasting 1969; hierna: Wet Vpb 1969) voordelen uit hoofde van een deelneming (bijvoorbeeld dividenden en vervreemdingswinsten/-verliezen) buiten de belastbare winst. Uitzondering hierop vormen liquidatieverliezen. Van een deelneming is in beginsel sprake als de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder in de dochtervennootschap is, tenzij de dochtervennootschap een zogenoemde laagbelaste beleggingsdeelneming is.

Laagbelaste beleggingsdeelneming

Van een laagbelaste beleggingsdeelneming is sprake indien:

1. de middellijke en onmiddellijke activa bestaan voor meer dan de helft uit zogenoemde vrije beleggingen (de 'bezittingentoets');
2. de belastingdruk op de winst van de dochtervennootschap, bepaald naar Nederlandse maatstaven, minder dan 10% bedraagt (de 'belastingdrukttoets'); en
3. de deelneming niet een zogenoemde 'vastgoeddeelneming' is. Op voordelen verkregen uit een laagbelaste beleggingsdeelneming is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing, maar geldt een verrekeningssysteem (art. 13aa en 23c Wet Vpb 1969).

Bezittingentoets

Vrije beleggingen zijn andere beleggingen dan die welke redelijkerwijs noodzakelijk zijn in het kader van de *ondernemings*activiteiten van de dochtervennootschap die de beleggingen bezit. Een bedrijfspand zal dus geen vrije belegging zijn, een ter belegging aangehouden depositorekening in de regel wel. Overigens vallen op grond van de wet – op twee uitzonderingen na – leningen aan de belastingplichtige of aan de met belastingplichtige verbonden lichamen ook onder het begrip vrije beleggingen. De bezittingentoets is een dynamische toets, waarbij niet slechts per het begin en het einde van het boekjaar wordt getoetst, maar waaraan gedurende het gehele boekjaar moet worden voldaan. Bovendien moeten de activa voor deze toets worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer, zodat bijvoorbeeld ook zelf gekweekte goodwill moet worden meegenomen. De (geconsolideerde) commerciële balanssen geven dus geen volledig uitsluitsel.

Belastingdruktoets

De dochtervennootschap is laagbelast als de belastingdruk op de winst van de dochtervennootschap, bepaald naar Nederlandse maatstaven, minder dan 10% bedraagt. Het gaat dus niet alleen om het nominale belastingtarief, maar om de combinatie van het belastingtarief en de belastbare grondslag (de winst). De belastingdruktoets is een jaarlijkse toets, die wordt toegepast op de enkelvoudige winst van de directe dochtervennootschap. Of aan de belastingdruktoets is voldaan, is in de praktijk met name bij buitenlandse dochtervennootschappen lastig te bepalen.

Vastgoeddeelneming

Indien ten minste 90% van de geconsolideerde bezittingen van de dochtervennootschap uit vastgoed bestaat, de dochtervennootschap geen fiscale beleggingsinstelling is en de belastingplichtige een belang van ten minste 5% in de dochtervennootschap houdt, is de deelnemingsvrijstelling eveneens van toepassing. Het maakt daarbij dus bijvoorbeeld niet uit of de vastgoeddeelneming laagbelast is.

Liquidatieverliezen

Verliezen uit hoofde van een deelneming zijn onder de deelnemingsvrijstelling niet aftrekbaar. Uitzondering hierop vormen liquidatieverliezen (art. 13d e.v. Wet Vpb 1969); liquidatieverliezen zijn wel aftrekbaar. Achtergrond hiervan is dat door de liquidatie van de dochtervennootschap de mogelijkheid van verliescompensatie bij de dochtervennootschap voorgoed verloren gaat, terwijl bij de aandeelhouder dit verlies door de deelnemingsvrijstelling evenmin in aanmerking komt. Het liquidatieverlies is in beginsel het bedrag dat de belastingplichtige voor de deelneming heeft opgeofferd (het zogenoemde 'opgeofferde bedrag', waaronder de koopprijs +/- koopprijsaanpassingen) verminderd met de liquidatie-uitkeringen.

Betalingen onder een earn-out regeling

Fiscaal is er sprake van een earn-out regeling indien de overeengekomen verkoopprijs geheel of ten dele bestaat uit

een recht op één of meer termijnen waarvan het aantal of de omvang in het jaar van verkoop nog niet vaststaat. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de koopprijs gedeeltelijk afhankelijk is van de toekomstige resultaten van target. Betalingen op grond van een earn-out regeling vallen onder de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 6 Wet Vpb 1969). Volgens de memorie van toelichting is de deelnemingsvrijstelling bovendien van toepassing voor waardeveranderingen die het gevolg zijn van oprenting van de contant gemaakte termijnen of waardeveranderingen door valutawijzigingen.¹ Hoe werkt het nu bij verkoper en koper uit? Indien bij verkoper de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op target, zijn de ontvangen earn-out betalingen vrijgesteld. Bij koper zijn de earn-out betalingen niet aftrekbaar (indien bij koper de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op target). De earn-out betalingen door koper verhogen de koopprijs en derhalve het opgeofferde bedrag van koper in target (art. 13d lid 2 sub c Wet Vpb 1969). Bij een eventuele toekomstige liquidatie van target is het liquidatieverlies daarmee dus hoger (het liquidatieverlies is immers in beginsel het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatieuitkeringen).

Betalingen onder garanties en vrijwaringen

Uit de wet volgt duidelijk dat betalingen onder een earn-out regeling onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Garanties en vrijwaringen worden niet zo expliciet in de wet genoemd. Echter, de wet geeft aan dat prijsaanpassingen achteraf eveneens onder de deelnemingsvrijstelling vallen (toegevoegd bij Wet van 11 december 2002 in art. 13 lid 6 tweede volzin Wet Vpb 1969).² In de nota naar aanleiding van het verslag³ is expliciet opgenomen dat zowel terugbetalingen van de verkoopprijs door de verkoper (vanwege bijvoorbeeld tegenvallende winst of omzet) als terugbetalingen in verband met in de koopovereenkomst opgenomen balansgaranties onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Bovenstaande kan tevens worden afgeleid uit de toelichting op de nota van wijziging⁴ en uit een uitspraak van de Hoge Raad.⁵ Betalingen van verkoper aan koper onder een balansgarantie vallen dus onder de deelnemingsvrijstelling en zijn bij de verkoper niet aftrekbaar (mits target voor verkoper een deelneming vormde). De betalingen zijn onder de deelnemingsvrijstelling tevens niet belast bij koper. De betalingen verlagen echter het opgeofferde bedrag van koper in target. Dit is wederom van belang bij een eventuele toekomstige liquidatie van target. Vrijwaringen zijn in de parlementaire geschiedenis niet expliciet

1. Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 29.

2. Wijziging van belastingwetten c.a. (vervolgwijzigingen in samenhang met de belastingherziening 2001), Stb. 2002, 613.

3. Kamerstukken II 2002/03, 28 487, nr. 7, p. 5118-5119. Hoewel in de nota wordt gesproken van 'betalingsgaranties', is bedoeld 'balansgaranties'. Zie tevens de noot van E. Aardema bij HR 12 juli 2002, BNB 2003/61.

4. Kamerstukken II 2002/03, 28 487, nr. 8.

5. HR 12 juli 2002, BNB 2003/61.

genoemd. Gezien de uitspraak van Rechtbank Breda⁶ lijkt ons echter dat betalingen onder een vrijwaring fiscaal hetzelfde worden behandeld als betalingen onder balansgaranties de uitspraak betrof een betaling onder vrijwaring rechtstreeks aan target).

Betaling aan target

Koper en verkoper kunnen bij voorbaat – bijvoorbeeld in de koopovereenkomst zelf – dan wel op een later tijdstip – bijvoorbeeld in een aparte overeenkomst waarin koper en verkoper de afwikkeling van een garantie regelen – overeenkomen dat de betalingen op een balansgarantie rechtstreeks aan target worden gedaan. Hoe wordt nu een dergelijke betaling aan target fiscaal behandeld? Deze situatie is in de jurisprudentie aan de orde gekomen. In HR 22 april 1998, BNB 2002/272 ging het om een garantie die de verkoper ten behoeve van de kopers had afgegeven voor de kosten die target na de verkoop zou moeten maken ten gevolge van een eventuele bestaande bodemverontreiniging. Overeengekomen was dat de betalingen op basis van de garantie rechtstreeks aan target (in het geding de belanghebbende) zouden worden gedaan. De Hoge Raad oordeelde dat de garantie was gegeven ten behoeve van kopers en dat de uit deze garantie voortvloeiende betaling aan target derhalve diende te worden aangemerkt als een correctie op de destijds door de kopers betaalde koopsom voor de aandelen in target. Uit de omstandigheid dat de vergoeding door verkoper rechtstreeks aan target werd betaald, leidde de Hoge Raad af dat de kopers in hun hoedanigheid van aandeelhouder target uit hoofde van de koopovereenkomst bewust hadden willen bevoordelen. De vergoeding werd derhalve aangemerkt als een storting van informeel kapitaal van de kopers in target. Tot eenzelfde oordeel kwam de Rechtbank Breda⁷ met betrekking tot een vergoeding die rechtstreeks door target werd verkregen op grond van een door koper bedongen vrijwaring. Hoe werkt het dus uit? De nabetaaling wordt fiscaal geacht te zijn betaald aan koper. Deze fictieve betaling is bij koper vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling (mits target voor koper een deelneming vormt). Vervolgens wordt koper fiscaal geacht de betaling als informeel kapitaal te hebben gestort in target (immers de betaling is door target ontvangen). Een dergelijke storting vindt plaats in de kapitaalsfeer en is derhalve niet aftrekbaar bij koper en niet belast bij target. Het opgeofferde bedrag van koper in target blijft bij nabetaalingen aan target per saldo dus gelijk. De fictieve betaling aan koper verlaagt weliswaar het opgeofferde bedrag van koper in target (art. 13d lid 2 sub c Wet Vpb 1969), maar de informele kapitaalstorting van koper in target verhoogt het opgeofferde bedrag met eenzelfde bedrag. Hierna volgt een cijfervoorbeeld ter verduidelijking.

Cijfervoorbeeld

Koper en verkoper komen een koopprijs van 100 overeen voor de aandelen in target. In de koopovereenkomst is een balansgarantie opgenomen. Na de levering van de aandelen in target doet koper met succes een beroep op de balansgarantie. Koper en verkoper komen bij de afwikkeling van de balansgarantie overeen dat verkoper een bedrag van 10 rechtstreeks aan target betaalt. De betaling van 10 aan target is fiscaal gezien een betaling van 10 aan koper. Het opgeofferde bedrag wordt dus van 100 met 10 verlaagd tot 90. Echter, koper wordt fiscaal geacht 10 informeel kapitaal in target te hebben gestort. Het opgeofferde bedrag wordt dus weer van 90 met 10 vermeerderd tot 100. Het opgeofferde bedrag blijft dus per saldo gelijk. Zou na enige tijd target worden geliquideerd en ontvangt koper 20 liquidatie-uitkering, dan is het aftrekbare liquidatieverlies (in beginsel) 80 (afgezien van eventueel correcties).

Conclusie

Indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is de fiscale behandeling van nabetaalingen onder een earn-out regeling, balansgarantie of vrijwaring vrij duidelijk. Echter, in de praktijk is het sinds 1 januari 2007 een moeilijke opgave voor belastingplichtigen om zekerheid over toepassing van de deelnemingsvrijstelling te hebben. Met name de precieze uitwerking van de bezittingentoets en de belastingdruktoets zijn in de praktijk lastig, in het bijzonder voor belangen in buitenlandse vennootschappen.

*Mr. M.M. Vogel
Mr. C. Dursun
Loyens & Loeff*

6. Rb. Breda 1 juni 2006, VN 2007/7.2.3.

7. Rb. Breda 1 juni 2006, VN 2007/7.2.3.