

WINST

NTFR 2015/1293

Winst

Ondernemingskamer beoordeelt jaarrekening die op fiscale grondslagen is vastgesteld

Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2015,
200.144.249/02, Ondernemingskamer
ECLI:NL:GHAMS:2015:552

Belastingjaar/tijdvak: 2012
Wetsartikelen: Art. 2.396, BW

**Samenvatting**

Bv Dubbel F kende in 2005 een calloptie op haar aandelen Butt Holding bv (een minderheidsbelang van 14,7%) toe aan Park Leeuwensteyn Beheer bv, die in 2012 de overige aandelen Butt Holding hield. De uitoefenprijs zou onder meer gebaseerd moeten worden op de gecorrigeerde nettovermogenswaarde volgens de geconsolideerde balans van Butt Holding. Leeuwensteyn heeft de optie in 2012 uitgeoefend. Met ingang van dat jaar is Brink Pluimveeprodukten, een

volledige dochtermaatschappij van Butt Holding, bij het opstellen van haar jaarrekening overgegaan van een waardering op commerciële grondslagen naar een waardering op fiscale grondslagen (art. 2:396, lid 6, BW). Het eigen vermogen viel daardoor ruim € 3,2 miljoen lager uit dan bij voortzetting van de waardering op commerciële grondslagen het geval zou zijn geweest, omdat Brink Pluimveeprodukten in 2012 een herinvesteringsreserve heeft aangewend en een voorziening heeft gevormd van (per saldo) € 30.000 in verband met in 2006 toegekende werknemersopties. Brink Pluimveeprodukten had de herinvesteringsreserve in 2010 gevormd na verlies (door brand) respectievelijk vervreemding van door haar gebruikte machines. Haar materiële bedrijfsactiviteiten had zij in 2010 beëindigd. De herinvesteringsreserve heeft zij in 2012 afgeboekt op de eind 2012 aangeschafte vervangende machines die (in concernverband) voor de verhuur zijn bestemd. De voorziening heeft zij gevormd omdat het fiscale voordeel van de aftrek van het door de werknemers ter zake van de optietoekenning genoten loon (vgl. art. 9, lid 3, Wet VPB 1996, tekst 2006) volgens haar toerekenbaar is aan de jaren 2012-2016. De in 2012 gevormde voorziening laat zij daarom in die jaren in gelijke delen vrijvallen.

Dubbel F vordert op grond van art. 2:447 BW bij de Ondernemingskamer primair vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening van Brink Pluimveeprodukten. Volgens Dubbel F bestaat namelijk geen gegronde reden voor het overgaan op waardering op fiscale grondslagen. Subsidiair vordert Dubbel F dat de Ondernemingskamer aan Brink Pluimveeprodukten aanwijzingen verstrekt tot aanpassing van de jaarrekening en de toelichting daarop. Volgens Dubbel F dient het verloop van de posten materiële activa alsmede vorderingen en overige reserves beter te worden toegelicht, deelnemingen onder financiële activa te worden opgenomen, voorzieningen die verband houden met belastingen achterwege te blijven en geen herinvesteringsreserve of ruilreserve in de jaarrekening te worden opgenomen.

De Ondernemingskamer wijst de primaire vordering af. Volgens Brink Pluimveeprodukten is de gegronde reden voor de stelselwijziging ook voor haar gegeven in de met de toepassing van art. 2:396, lid 6, BW te bereiken beperking van administratieve lasten. De Ondernemingskamer geeft haar daarin gelijk. De stelselwijziging is echter niet toegelicht; in dat opzicht voldoet de jaarrekening volgens de Ondernemingskamer dus niet. Ook biedt de jaarrekening ten onrechte geen inzicht in de betekenis van de stelselwijziging voor het vermogen. In de post overige reserves had de herinvesteringsreserve en de aanwending daarvan afzonderlijk zichtbaar moeten worden gemaakt. In de post materiële activa had de afboeking van de herinvesteringsreserve op de aangeschafte machines ook zichtbaar moeten worden gemaakt. Voorts is volgens de Ondernemingskamer (vanwege de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten in 2010) zodanig onzeker dat sprake is van een herinvesteringsvoornemen alsmede of de in 2012 aangeschafte machines (vanwege de verhuur en de afschrijvingstermijn) kwalificeren als vervangend bedrijfsmiddel in de zin van art. 3.54, lid 4, Wet IB 2001, dat ook deze onzekerheid in de jaarrekening had moeten worden vermeld. Daarbij diende tevens te worden vermeld welke gevolgen de vrijval van de herinvesteringsreserve c.q. het niet kunnen toepassen van de ruilarresten hebben op de ter zake daarvan materieel verschuldigde

1 Onder verantwoordelijkheid van de redactie

belastingen. Ten slotte oordeelt de Ondernemingskamer dat de ter zake van toegekende werknemersopties gevormde voorziening niet aanvaardbaar is naar fiscale maatstaven. De Ondernemingskamer vernietigt het besluit tot vaststelling van de jaarrekening 2012 van Brink Pluimveeproducten en beveelt haar die conform de beschikking van de Ondernemingskamer opnieuw in te richten.

COMMENTAAR

VAN DER VOORT
MAARSCHALK¹

Voor zover ik heb kunnen nagaan is dit de eerste uitspraak over het met ingang van 1 januari 2007 ingevoerde art. 2:396, lid 6, BW (zie voor de voorafgaande tussenbeslissing van 3 juli 2014 van de Ondernemingskamer (nr. 200.144.249/01 OK). Deze bepaling maakt het voor veel kleine rechtspersonen (zie art. 2:396, lid 1, BW) mogelijk de fiscale waarderingsgrondslagen ook te gebruiken voor de commerciële jaarrekening. Dat voorkomt dat de rechtspersoon twee op verschillende grondslagen gebaseerde stukken moet opstellen. De achtergrond van de bepaling is dat administratieve lasten van deze ondernemingen kunnen worden beperkt. Geschillen over deze bepaling leiden ertoe dat de Ondernemingskamer als burgerlijke rechter de toepassing van fiscale regels moet toetsen. Wat betreft de gevormde voorziening ter zake van toegekende werknemersopties leidt die toetsing ertoe dat de Ondernemingskamer de fiscale vraag naar de aanvaardbaarheid van de voorziening beantwoordt: naar fiscale maatstaven is de voorziening niet aanvaardbaar. Wat betreft de herinvesteringsreserve hakt de Ondernemingskamer echter géén knoop door: zij uit wel ernstige twijfel over de aanvaardbaarheid van de herinvesteringsreserve, maar zij laat de (aanwending van de) herinvesteringsreserve in stand.

Het is voor mij niet duidelijk waarom de Ondernemingskamer dit verschil maakt. Bij het opstellen van de jaarrekening komt de vennootschap weliswaar een behoorlijke door de rechter te respecteren vrijheid toe, maar die vrijheid is maar zeer beperkt als het aankomt op de uitleg en toepassing van de belastingwet. Belastingschulden vloeien immers voort uit de wet. De vraag of een herinvesteringsreserve gevormd en aangewend kan worden, vergt een juridische beoordeling van de vraag of aan de wettelijke eisen is voldaan, in dit geval of sprake is van een vervangingsvoornemen en van vervangende bedrijfsmiddelen. Die beoordeling kan de Ondernemingskamer daarom volledig maken. Daarmee geeft de Ondernemingskamer geen oordeel over de bevoegdheid van de inspecteur om ter zake van de herinvesteringsreserve al dan niet een belastingaanslag op te leggen (vgl. HR 21 april 2006, nr. C04/300HR (Abacus)) of over de vrijheid van de belastingrechter om een door de inspecteur opgelegde belastingaanslag te beoordelen. Mijns inziens zou het daarom voor de hand hebben gelegen dat de Ondernemingskamer ook haar beoordeling van de vraag of sprake was van een vervangingsvoornemen en of de machines kwalificeren als vervangende bedrijfsmiddelen zou hebben afgemaakt, in plaats van het te laten bij het uiten van ernstige twijfel en daarmee de aanvaardbaarheid van de herinvesteringsreserve in het midden te laten. Het oordeel dat Brink Pluimveeproducten een 'toereikende' reden had voor de stelselwijziging (naar een waardering volgens fiscale maatstaven) vind ik niet overtuigend. Dubbel F

had, mijns inziens terecht, aangevoerd dat Brink Pluimveeproducten een 'gegronde' reden (vgl. art. 2:363, lid 4, en art. 384, lid 6, BW) diende te hebben voor de stelselwijziging. Voorbeelden van gegronde redenen zijn genoemd in RJ 140.207, waaronder 'nieuw ingevoerde alternatieven in de wet' (tweede gedachtestreepje). Mogelijk heeft Brink Pluimveeproducten daarop het oog gehad, maar uit de uitspraak blijkt dat niet. Het is trouwens maar de vraag of zij daarbij baat zou hebben gehad, want in 2012 was het in 2007 ingevoerde art. 2:396, lid 6, BW al niet zo nieuw meer. Uit de uitspraak krijg ik veeleer de indruk dat Brink Pluimveeproducten meent dat zij bij een keuze voor art. 2:396, lid 6, BW 'automatisch' een gegronde reden heeft, te weten de door de wetgever genoemde vermindering van administratieve lasten, zoals het terugbrengen van bewerkelijke verschillen tussen commerciële en fiscale cijfers. Dat lijkt mij niet juist. De gegronde redenen kunnen zijn gelegen in de wens administratieve lasten te verminderen, maar van zo'n wens moet dan wel sprake zijn. Of vermindering van administratieve lasten de werkelijke reden van de keuze voor stelselwijziging was, wordt uit de uitspraak niet duidelijk. De toelichting van de keuze voor de stelselwijziging ontbrak juist.

Op het eerste gezicht valt niet goed in te zien dat er veel aan administratieve lasten was te verminderen. Brink Pluimveeproducten had haar materiële activiteiten in 2010 gestopt. Waaruit de bewerkelijke verschillen tussen commerciële en fiscale cijfers bestonden, wordt ook niet duidelijk. Bovendien heeft Brink Pluimveeproducten juist door de stelselwijziging nogal wat werk te verrichten aan haar jaarrekening en de toelichting daarop. Daarbij komt nog dat zij in een fiscale eenheid met Butt Holding zat en dus geen eigen aangifte deed waaruit zij eenvoudig cijfers kon overnemen. Zij lijkt door de stelselwijziging (in elk geval vooralsnog) eerder meer dan minder administratieve lasten te hebben gekregen. De reden voor de stelselwijziging lijkt meer te maken te hebben met de wens tot beïnvloeding van de door Leeuwensteyn aan Dubbel F te betalen prijs voor de resterende aandelen Butt Holding. Volgens de regels van goed koopmansgebruik, die Brink Pluimveeproducten voor haar jaarrekening juist wenst te gaan toepassen, rechtvaardigt zo'n motief om een incidenteel voordeel te behalen (ook) geen stelselwijziging (vgl. HR 3 juni 1970, nr. 16.359 en HR 14 juni 1978, nr. 18.405). Dat het gaat om een niet-fiscaal voordeel voor de indirecte meerderheidsaandeelhouder doet voor de ontoelaatbaarheid van de stelselwijziging mijns inziens niet ter zake.

Of de stelselwijziging in 2012 van invloed is op de prijs voor de aandelen, is overigens allerminst zeker. Blijkens de hiervoor aangehaalde tussenuitspraak van 3 juli 2014 (r.o. 2.4) diende – voor de bepaling van de door Leeuwensteyn te betalen koopprijs – de geconsolideerde balans van Butt Holding namelijk te worden opgesteld op basis van de waarderingsgrondslagen zoals die in 2005 werden toegepast. Over die koopprijs zal in een separate, naar ik begrijp reeds lopende, procedure worden beslist.

1 Mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk is fiscaal advocaat bij Houthoff Buruma, Amsterdam.