

A photograph of two men in a professional setting. The man on the left, with a beard and wearing a light blue button-down shirt, is holding a tablet and looking at it. The man on the right, also in a light blue button-down shirt, is looking at the tablet. They appear to be in a meeting or collaborative work environment.

NDFR

Commentaar

# Artikel 3.65 - Wet inkomstenbelasting 2001 - Omzetting in een NV of BV

Paragraaf 7. Standaardvoorwaarden (lid 5)

Commentator:  
mr. M.F.M. Keizers  
Publicatiedatum:  
April 2020

[www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

Sdu

## Artikel 3.65 - Wet inkomstenbelasting 2001 - Omzetting in een NV of BV

Commentator mr. M.F.M. Keizers

### Tab: Commentaar

Het commentaar is bijgewerkt tot april 2020

#### Beschrijving van de wetswijziging(en)

1. Omzetting van een onderneming (lid 1)
2. Omzetting in nv, bv of naar buitenlands opgerichte vennootschap (lid 1)
3. Fictie niet-staken van de onderneming (lid 1)
4. Uitzonderingen op de geruisloze inbreng (lid 2) (lid 3)
5. Oprichters (lid 1)
6. Bijzondere bepalingen art. 3.3, lid 1, onderdeel a en b (lid 1)
- 7. Standaardvoorwaarden (lid 5)**
8. Samenhang met overdrachts-, omzet- en kapitaalsbelasting
9. Formele aspecten (lid 1) (lid 4)
10. Sanctiesituaties
11. Voor- en nadelen van een geruisloze inbreng
12. Voorbeeld van een geruisloze en een ruisende inbreng
13. Overgangsrecht
14. Eenmalig gelegenheid geruisloze inbreng tbs-pand in 2010 (art. 3.99a)

## 7. Standaardvoorwaarden (lid 5)

### 7.1. Inleiding

De minister van Financiën kan in het kader van de toepassing van art. 3.65 nadere voorwaarden stellen. Dit blijkt uit art. 3.65, lid 1. Er is geen geruisloze inbreng mogelijk als de inbrenger niet aan deze voorwaarden voldoet.

Volgens art. 3.65, lid 5 mogen de in lid 1 bedoelde voorwaarden slechts betrekking hebben op de verzekering van de heffing en invordering van de inkomsten- en vennootschapsbelasting die verschuldigd zouden zijn als er geen sprake geweest zou zijn van een geruisloze inbreng. Voor de overige formele aspecten van de standaardvoorwaarden verwijst ik naar [aantekening 10\\*](#) van dit commentaar.

Er mogen echter daarnaast op grond van art. 3.65, lid 5 ook nog andere voorwaarden worden gesteld die uitsluitend betrekking mogen hebben op de in lid 5 genoemde onderwerpen. De onderwerpen waarvoor nadere voorwaarden mogen worden gesteld zijn:

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

- de grootte van het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal;
- de verkrijgingsprijs van de aandelen en door de omzetting verkregen
- schuldvorderingen; de berekening van de verminderingen ter voorkoming van dubbele belasting;
- de aandelen die bij omzetting een deelneming vormen in de zin van [art. 13 Wet VPB 1969\\*](#);
- de vervreemding van de aandelen in de opgerichte vennootschap.

Vorengenoemde onderwerpen zijn nader uitgewerkt in de standaardvoorwaarden en de toelichting van de minister ([besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M\\*](#), NTFR 2010/1592) op deze voorwaarden. Het recentste besluit is met ingang van 30 juni 2010 in werking getreden; aan de toepassing van het besluit wordt geen terugwerkende kracht gegeven. In de volgende aantekeningen worden de voorwaarden en de toelichting van de staatssecretaris opgenomen welke worden gevolgd door een beschouwing.

## 7.2. Definities

- Overgangstijdstip: het tijdstip van de overgang van de heffing van inkomstenbelasting naar de heffing van vennootschapsbelasting.
- De vennootschap: de naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap (nv) of de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv) als bedoeld in [art. 2:64\\*](#) respectievelijk [2:175 BW\\*](#).
- Samenwerkingsverband: een fiscaal transparante vennootschap met meer dan een deelnemer die als ondernemer dan wel als medegerechtigde belastbare winst uit onderneming geniet.

## 7.3 Eerste standaardvoorwaarde (vervreemding aandelen vennootschap binnen drie jaren na geruisloze inbreng)

### 7.2.1. Tekst

'Indien de belastingplichtige aandelen in de vennootschap vervreemdt binnen drie jaren na de inbreng van de onderneming in de vennootschap, wordt de inbreng geacht onderdeel uit te maken van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht van de onderneming, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt.'

### 7.2.2. Toelichting minister

#### 5.1. Bewijslast bij vervreemding van aandelen

5.1.1. Bewijslast. Vervreemding geen onderdeel van een geheel van rechtshandelingen  
 Voor de toepassing van de faciliteit van de geruisloze omzetting is ter voorkoming van misbruik de voorwaarde gesteld dat de belastingplichtige tot drie jaren na de totstandkoming van de vennootschap en de inbreng van de onderneming slechts na mijn voorafgaande toestemming zijn aandelen mag vervreemden.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

Mede gelet op de in de zesde standaardvoorwaarde opgenomen bepaling inzake de verkrijgingsprijs van de aandelen, acht ik het voor de toepassing van artikel 3.65 van de Wet IB 2001 minder noodzakelijk dat de aandelen die ter gelegenheid van de geruisloze omzetting zijn verkregen, gedurende een bepaalde periode door de belastingplichtige worden gehouden. In de plaats daarvan is in de eerste standaardvoorwaarde bepaald dat op de belastingplichtige de verplichting rust aannemelijk te maken dat bij een vervreemding van aandelen in de vennootschap binnen een periode van drie jaren na de inbreng van de onderneming, deze inbreng geen onderdeel heeft uitgemaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht van de onderneming. Indien de belastingplichtige in dit bewijs niet slaagt, wordt het voornemen tot vervreemding op grond van de eerste standaardvoorwaarde reeds op het moment van de inbreng van de onderneming geacht te bestaan en blijft artikel 3.65 van de Wet IB 2001 buiten toepassing.

### 5.1.2. Vervreemding in kader van aandelenfusie of juridische

#### Goedkeuring

Ik keur goed dat van een omzetting als bedoeld in artikel 3.65 van de Wet IB 2001 kan worden gesproken, hoewel de vervreemding van de ter zake van de geruisloze omzetting verkregen aandelen een onderdeel vormt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht van de onderneming, indien de omzetting wordt gevolgd door:

- a. de vervreemding van de ter gelegenheid van de geruisloze omzetting verkregen aandelen in het kader van een aandelenfusie op de voet van artikel 3.55 van de Wet IB 2001, of
- b. de vervreemding van de ter gelegenheid van de geruisloze omzetting verkregen aandelen in het kader van een juridische fusie op de voet van artikel 3.57 van de Wet IB 2001.

Aan deze goedkeuring verbind ik de voorwaarde dat de belastingplichtige aan de voor de heffing van de inkomstenbelasting bevoegde inspecteur schriftelijk verklaart dat voor de toepassing van de eerste standaardvoorwaarde de bij een onder a of b bedoelde fusie verkregen aandelen in de plaats treden van de vervreemde aandelen.

### 5.2. Begrip vervreemding van aandelen

Onder vervreemding van aandelen wordt mede verstaan:

- het vervreemden van claims,
- het verlenen van een koopoptie,
- het inkopen van aandelen,
- het betaalbaar stellen van liquidatie-uitkeringen,
- een verdeling van een gemeenschap waartoe de aandelen behoren, tenzij alle aandelen worden toegedeeld aan de belastingplichtige,
- het van rechtswege worden van aandeelhouder of houder van winstbewijzen in of schuldvorderingen op een andere vennootschap indien vermogen van de vennootschap waarin de belastingplichtige de onderneming heeft omgezet, onder algemene titel overgaat op een andere vennootschap; het vorige zinsdeel is van overeenkomstige toepassing op de belastingplichtige indien vermogen onder algemene titel overgaat op een andere vennootschap en de belastingplichtige van rechtswege houder wordt van rechten om aandelen in, winstbewijzen van of schuldvorderingen op de andere vennootschap te verwerven,

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

- wijziging van de tenaamstelling van op naam gestelde aandelen,
- het inbrengen in het vermogen van een onderneming.'

### 7.3.3. Beschouwing

De eerste standaardvoorwaarde is een antimisbruikbepaling. Het antimisbruikarakter blijkt uit de opsomming van de staatssecretaris wat hij mede onder vervreemding van de aandelen verstaat.

De eerste standaardvoorwaarde is ten opzichte van de negende standaardvoorwaarde van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) wel versoepeld. Mochten onder het regime van de Wet IB 1964 uitsluitend onder voorafgaande goedkeuring de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd, onder het regime van de Wet IB 2001 is dat geen vereiste meer. Een vervreemding van de aandelen binnen drie jaar wordt echter wel beschouwd als een besmette transactie, waarbij belastingplichtige in de gelegenheid wordt gesteld om aannemelijk te maken dat de vervreemding geen onderdeel is van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht van de onderneming. De bewijslast wordt dus geheel bij de belastingplichtige gelegd.

De versoepeling van de standaardvoorwaarde houdt verband met de zesde standaardvoorwaarde (bepaling van de verkrijgingsprijs van de aandelen). In deze standaardvoorwaarde gelden als uitgangspunt voor de verkrijgingsprijs van de aandelen de boekwaarden van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Bij de geruisloze inbreng wordt de IB-claim vervangen door een gecombineerde IB-claim (aanmerkelijkbelangheffing) en VPB-claim. De aanmerkelijkbelangheffing is met de Wet IB 2001 ingevoerd. Onder het regime van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) werd de IB-claim geheel omgewisseld voor louter en alleen een VPB-claim. De verkrijgingsprijs van de aandelen werd vastgesteld tegen de waarde in het economische verkeer. Een vervreemding van de aandelen kort na de inbreng (binnen drie jaar) zou dan niet leiden tot een aanmerkelijkbelangheffing.

Eén onderdeel van de toelichting op de standaardvoorwaarde is niet teruggekeerd. In par. 5.2. werd in het [besluit van 11 augustus 2004, nr. CPP2004/664M\\*](#), NTFR 2004/1291, nog vermeld dat onder vervreemding van aandelen tevens werd verstaan het anders dan door overlijden ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn (emigratie). De redactie van NTFR (onderdeel 5 van het commentaar bij het besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M, NTFR 2010/1592) is van mening dat de minister op dit punt wel een toelichting had mogen geven. Volgens de redactie is deze omschrijving niet gelijk aan de gevallen die staan omschreven in bijlage 2 (ik verwijs hiervoor naar aantekening 7.12. van dit commentaar), want de bijlage 2 gaat niet over de situaties waarin enige tijd na de omzetting wordt geëmigreerd. Een andere suggestie die de redactie doet, is dat het achterwege laten wellicht is ingegeven door de Europese Commissie. Die heeft Nederland namelijk verzocht om wijziging van de bepalingen in de belastingwetgeving die een onmiddellijke exitheffing opleggen aan ondernemingen die hun zetel of activa naar een andere lidstaat verplaatsen.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

### 7.3.4. Jurisprudentie

Hof Arnhem oordeelt dat de eerste standaardvoorwaarde en de toelichting daarop in strijd is met art. 3.65, doordat de staatssecretaris buiten de hem door de wetgever verleende bevoegdheden is getreden. De casus is als volgt: Belanghebbende heeft zijn melkveebedrijf met ingang van 1 januari 2004 geruisloos ingebracht in een besloten vennootschap. In 2005 is belanghebbende geëmigreerd naar Duitsland. Belanghebbende heeft tegen de vastgestelde standaardvoorwaarden onder andere bezwaar gemaakt tegen de eerste standaardvoorwaarde. De eerste standaardvoorwaarde is naar zijn mening onverbindend. Belanghebbende had namelijk gesteld dat in onderdeel e wordt gesproken over 'vervreemding van de aandelen', terwijl in de toelichting op de standaardvoorwaarden wordt gesproken over vervreemding van aandelen. Onder vervreemding wordt volgens de toelichting op de standaardvoorwaarden tevens begrepen het anders dan door overlijden ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn. Belanghebbende is van mening dat door het achterwege laten van het woordje 'de' in de toelichting op de standaardvoorwaarden er sprake is van een beperking ten opzichte van de wettekst die daar niet door wordt ondersteund.

Belanghebbende concludeert daaruit dat binnen de driejaarsperiode wel een deel van de aandelen mag worden vervreemd. De eerste standaardvoorwaarde is volgens belanghebbende daarom onverbindend en daarmee ook het weerlegbaar bewijsvermoeden bij een vervreemding (en dus ook het anders dan door overlijden ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn) van de aandelen binnen de driejaarsperiode. Het hof stelt belanghebbende in het gelijk en verklaart het hoger beroep gegrond ([Hof Arnhem 20 augustus 2008, nr. 07/00189, NTFR 2008/1704\\*](#)). Het hof gaat nader in op de parlementaire geschiedenis van een voorgenomen – maar in een later stadium ingetrokken – wijziging van art. 3.65 inzake de vervreemding van de aandelen in de opgerichte vennootschap en de regeling daaromtrent zoals die nu in de standaardvoorwaarden is geregeld. In de voorgestelde wetswijziging wordt een koppeling gemaakt met hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Het was de bedoeling aan te sluiten bij de begrippen in dat hoofdstuk, en voor wat betreft de vervreemding van de aandelen, met name ook aan te sluiten bij art. 4.16\*, lid 1, onderdeel h. Door het wetsvoorstel op dit punt in te trekken en het vervreemdingsbegrip van de aandelen in de opgerichte vennootschap te regelen in de eerste standaardvoorwaarde, kan de parlementaire geschiedenis van het ingetrokken wetsvoorstel niet worden doorgetrokken naar de regeling in de eerste standaardvoorwaarde. Volgens het hof is het gevolg dat de begrippen van hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 niet gelden voor de toepassing van art. 3.65, lid 5, onderdeel e (art. 3.65, lid 4, onderdeel e (oud)). Het hof oordeelt dan ook dat door onder vervreemding van aandelen mede te begrijpen 'het anders dan door overlijden ophouden binnenlands belastingplichtige te zijn', de staatssecretaris buiten de hem door de wetgever verleende bevoegdheden is getreden. Het hof voorziet vervolgens zelf in de zaak door de beschikking te wijzigen.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

In het commentaar bij deze uitspraak geeft Ligthart aan dat deze uitspraak kan worden doorgetrokken naar de overige situaties die in de toelichting op de eerste standaardvoorwaarde staan vermeld, waarbij tevens sprake is van een fictieve vervreemding. Ligthart schrijft daarover het volgende:

'(...)

4. De onderhavige uitspraak kan worden doorgetrokken naar andere situaties, waarin geen sprake is van een daadwerkelijke vervreemding van aandelen. Daarbij lijkt mij overigens mede relevant of ter zake van deze fictieve vervreemding liquide middelen of andere vermogensbestanddelen worden verkregen door de inbrengende ondernemer. De geruisloze omzettingsfaciliteit is immers bedoeld om liquiditeitsproblemen als gevolg van een rechtsvormwijziging te voorkomen. Zo kan met de onderhavige uitspraak in de hand worden betwijfeld of de gelijkstelling met een vervreemding van het verlenen van een koopoptie en de wijziging van de tenaamstelling de toets der kritiek kan doorstaan. Hetzelfde geldt voor de vervreemding van claims. In deze gevallen is doorgaans geen sprake van het realiseren van c.q. beschikken over de in de onderneming aanwezige stille reserves en/of goodwill. Ook het inbrengen van de aandelen in het vermogen van een onderneming (maar bijvoorbeeld weer niet de inbreng in het werkzaamheidsvermogen!) wordt als vervreemding aangemerkt. Hoewel ook hier geldt dat als gevolg van de inbreng niet wordt beschikt over de aanwezige meerwaarden, is de heffing in dat geval echter geenszins verzekerd. Dit is anders, wanneer de rechter zou oordelen dat – als uitzondering op de hoofdregel – de ingebrachte aandelen niet tegen de waarde in het economische verkeer mogen worden opgenomen in de fiscale ondernemingsbalans, maar dienen te worden opgenomen voor de verkrijgingsprijs c.q. de fiscale boekwaarde van het ingebrachte vermogen (vgl. HR 9 maart 1994, nr. 29.010, BNB 1994/178 en HR 29 oktober 1997, nr. 32.692, BNB 1997/404).

(...)'

## **7.4. Tweede standaardvoorwaarde (indeplaatstreding omgezette vennootschap vanaf overgangstijdstip)**

### **7.4.1. Tekst**

'De vennootschap treedt voor het bepalen van de winst van de omgezette onderneming vanaf het overgangstijdstip rechtstreeks in de plaats van de belastingplichtige, behoudens voorzover uit het verschil in wezen tussen de vennootschap en de belastingplichtige of uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het tegendeel voortvloeit.'

### **7.4.2. Toelichting minister**

'6.1. Voor winstbepaling "in de plaats treden van"

Op grond van de tweede standaardvoorwaarde treedt de vennootschap voor het bepalen van de winst in de plaats van de belastingplichtige. Over stille reserves, met uitzondering van de stille reserves in onttrokken vermogensbestanddelen als bedoeld in onderdeel 4.1, hoeft niet te worden afgerekend. De vermogensbestanddelen van de onderneming behouden immers hun boekwaarde.

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

Ook de fiscale reserves, met uitzondering van de oudedagsreserve die op grond van artikel 3.65, tweede lid, van de Wet IB 2001 van de geruisloze omzetting is uitgesloten, worden niet aan de winst toegevoegd.

#### 6.2. Investeringsaftrek en desinvesteringsbijtelling

Aangezien de onderneming geacht wordt niet te zijn gestaakt, vindt geen desinvesteringsbijtelling plaats ter zake van de geruisloze omzetting. Doordat de vennootschap in de plaats treedt van de belastingplichtige heeft de vennootschap ter zake van de omzetting geen recht op investeringsaftrek. Een verplichting tot desinvesteringsbijtelling gaat over op de vennootschap evenals het recht op de bij de inbrenger nog niet in aanmerking genomen investeringsaftrek.

#### 6.3. Willekeurige afschrijving

Aanspraken op willekeurige afschrijving als bedoeld in artikel 3.31 en 3.34 van de Wet IB 2001 gaan over op de vennootschap. Indien deze willekeurige afschrijving bij de belastingplichtige heeft plaatsgevonden, gaat de daarop betrekking hebbende sanctie van artikel 3.38 van de Wet IB 2001 over op de vennootschap, evenals de verplichting van artikel 3.54, achtste lid, van de Wet IB 2001 inzake de herinvesteringsreserve.

Aangezien een vennootschap niet kan voldoen aan de voorwaarden die worden gesteld voor de toepassing van willekeurige afschrijving voor startende ondernemers als bedoeld in artikel 3.34, tweede lid, van de Wet IB 2001, treedt de vennootschap inzake een bij de belastingplichtige nog niet geëffectueerd recht op deze afschrijving niet in de plaats van de belastingplichtige. De geruisloze omzetting als zodanig heeft echter niet tot gevolg dat de inspecteur de sanctiebepaling van artikel 3.38 van de Wet IB 2001 inroept.

#### 6.4. Regelingen ter voorkoming van dubbele belasting

Indien op het overgangstijdstip op grond van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting, hetzij bij de belastingplichtige met betrekking tot de om te zetten onderneming, hetzij bij de vennootschap, buitenlandse resultaten zijn gesteld, zal de inspecteur van de tweede standaardvoorwaarde afwijkende voorwaarden stellen.'

### 7.4.3. Beschouwing

De tweede standaardvoorwaarde vormt mede de kern van de faciliteit van art. 3.65. Deze standaardvoorwaarde regelt een zo volledig mogelijke indeplaatsstelling van de vennootschap voor de inbrengende belastingplichtige.

#### *Uitzonderingen op de indeplaatsstelling*

Een indeplaatsstelling is niet mogelijk als uit het wezen van de Wet VPB 1969 en de Wet IB 2001 het tegendeel voortvloeit. Voorbeelden hiervan zijn de fiscale oudedagsreserve en de willekeurige afschrijving voor startende ondernemers. De oudedagsreserve kan op grond van art. 3.65, lid 2 niet worden ingebracht en de vorming ervan in de vennootschap is op grond van [art. 8, lid 2, onderdeel b, Wet VPB 1969\\*](#) uitgesloten. De willekeurige afschrijving voor startende ondernemers staat open voor die ondernemers die recht hebben op de verhoogde zelfstandigenaftrek in de zin van [art. 3.76\\*](#), lid 3. Uit [art. 8, lid 1, Wet VPB 1969\\*](#) blijkt dat [art. 3.76\\*](#) voor de vennootschapsbelasting niet van overeenkomstige toepassing is verklaard.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)



In de jurisprudentie ([HR 11 april 2001, nr. 36.381, NTFR 2001/768\\*](#)) is expliciet uitgemaakt dat een geruisloze doorschuiving geen recht geeft op een willekeurige afschrijving van bedrijfsmiddelen voor startende ondernemers.

### *Stelselwijziging*

Een indeplaatsstelling houdt naar mijn mening tevens in dat de vennootschap in beginsel het in de IB-onderneming gevolgde stelsel van winstbepaling dient te volgen. Dat houdt echter niet in dat er geen stelselwijziging mag plaatsvinden, mits dit maar niet leidt tot een incidenteel fiscaal voordeel.

De Vries en Post geven aan dat uit jurisprudentie kan worden opgemaakt dat een stelselwijziging op enkel fiscale gronden met gevolgen die zich over meerdere jaren uitstrekken, niet kan zijn gericht op het behalen van een incidenteel voordeel. (Zie R.J. de Vries en D.R. Post, 'Naar een convergerend begrip incidenteel fiscaal voordeel', WFR 2010/6868, p. 960-970.)

Boomsluiters geeft aan dat de Hoge Raad tot op heden het woord 'incidenteel' in 'incidenteel fiscaal voordeel' niet nader heeft ingevuld. Moet onder het woord 'incidenteel' eenmalig of kortdurend worden verstaan? Boomsluiters pleit er in zijn bijdrage voor om onder 'incidenteel' onbedoeld te verstaan. Volgens hem zouden met die uitleg de jurisprudentie en besluiten beter aansluiten bij de bedoeling van de wetgever ([E. Boomsluiters, 'Incidenteel is onbedoeld; een andere kijk op het begrip "incidenteel fiscaal voordeel"', MBB 2019/6\\*](#)).

### *Stalling van buitenlandse resultaten*

Als er sprake is van stalling van buitenlandse resultaten bij de IB-onderneming of in de betrokken vennootschap, moet de inspecteur het verzoek doorzenden. De minister kan dan eventueel nadere voorwaarden stellen. Deze voorwaarden zijn maatwerk voor het doorgezonden verzoek en kunnen dus per geval afwijken.

## **7.4.4. Jurisprudentie**

### *Investeringsaftrek eerste boekjaar*

De Hoge Raad ([HR 25 november 2005, nr. 41.399, NTFR 2005/1583\\*](#)) heeft geoordeeld dat het bedrag aan investeringsaftrek dat in het eerste boekjaar van de vennootschap kan worden geclaimd wordt berekend over het bedrag aan investeringen uit dat eerste boekjaar vermeerderd met het bedrag aan investeringen uit de voorperiode. Dit kan onder omstandigheden betekenen dat daardoor het investeringsmaximum wordt overschreden waardoor geen aanspraak bestaat op investeringsaftrek. De casus is als volgt:

Belanghebbende is opgericht in 1997. Bij de oprichting van belanghebbende hebben de drie firmanten van een vof hun aandeel in de vof ingebracht tegen uitreiking van aandelen. Het eerste boekjaar van belanghebbende loopt van 26 maart 1997 t/m 31 december 1997. Op grond van de voorovereenkomst is het resultaat van de vof over de voorperiode (lopend van 1 januari 1996 t/m 25 maart 1997) toegerekend aan belanghebbende. In de voorperiode en het eerste boekjaar van belanghebbende is f 1.099.261 geïnvesteerd. Bij de berekening van de investeringsaftrek is belanghebbende uitgegaan van drie boekjaren, te weten: 1 januari 1996 t/m 31 december 1996, 1 januari 1997 t/m 25 maart 1997 en 26 maart 1997 t/m 31 december 1997. Met

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

betrekking tot de eerste twee boekjaren is belanghebbende uitgegaan van de investeringsaftrek waarop de vennoten aanspraak hadden kunnen maken.

Belanghebbende heeft ter zake daarvan investeringsaftrek geclaimd.

De Hoge Raad oordeelt dat het beroep van belanghebbende ongegrond is. Nu vaststaat dat de oprichters van belanghebbende zijn overeengekomen dat het resultaat van de vof vanaf 1 januari 1996 aan belanghebbende moet worden toegerekend, moet ook worden aangenomen dat belanghebbende de in de voorperiode verrichte investeringen voor haar rekening heeft genomen. Aangenomen moet dan ook worden dat belanghebbende de investeringsverplichtingen destijds zelf is aangegaan. Met betrekking tot de investeringen in de voorperiode moet dus worden uitgegaan van de investeringsaftrek waarop belanghebbende aanspraak had kunnen maken indien zij ten tijde van het aangaan van de investeringsverplichtingen reeds tot stand was gekomen.

### *Afschrijvingstermijnen*

Zoals in [aantekening 3.2\\*](#) is aangegeven, bestaat de kern van de fictie van het niet-staken van de onderneming er uit dat de winst die in het jaar van omzetting wordt bepaald enkel bestaat uit de jaarwinst. De vermogensbestanddelen worden op de beginbalans van de vennootschap voor dezelfde waarden geactiveerd als op de slotbalans van de IB-onderneming. Deze fictie is nader uitgewerkt in de tweede standaardvoorwaarde. Op grond van deze standaardvoorwaarde vindt er een rechtstreekse indeplaatsstelling plaats door de vennootschap.

Hoe zit dat nu met de afschrijvingstermijnen? Moet bij de inbreng van de onderneming in een vennootschap de gebruiks- en levensduur opnieuw worden beoordeeld of geldt de gebruiks- en levensduur zoals die voor de IB-onderneming golden? Deze vraag kwam aan de orde in een casus voor Hof Arnhem. Hof Arnhem oordeelde dat de gebruiks- en levensduur zoals die voor de IB-onderneming golden, in aanmerking moeten worden genomen. Voor het opnieuw vaststellen van de gebruiks- en levensduur is geen steun in de wetsgeschiedenis of jurisprudentie met betrekking tot het leerstuk van de geruisloze inbreng te vinden ([Hof Arnhem 31 maart 2009, nr. 04/00766, NTFR 2009/961\\*](#)). Ligthart geeft in zijn commentaar aan weinig begrip voor het standpunt van de inspecteur te kunnen opbrengen. Het standpunt is naar zijn mening volkomen in strijd met doel en strekking van de geruisloze inbrengfaciliteit en zou niet rijmen met de fiscale 'indeplaatsstelling' van de tweede standaardvoorwaarde. Desondanks heeft de staatssecretaris tegen deze uitspraak beroep in cassatie aangetekend. De Hoge Raad heeft op 7 mei 2010 uitspraak in deze casus gedaan. Kennelijk zag de Hoge Raad niets in het standpunt van de staatssecretaris, want de zaak is met een beroep op [art. 81 Wet RO\\*](#) afgedaan ([HR 7 mei 2010, nr. 09/01773, NTFR 2010/1100\\*](#)). Kortom, bij een geruisloze inbreng in een bv of een nv begint dus geen nieuwe afschrijvingstermijn te lopen.

## **7.5. Derde standaardvoorwaarde (winstplitsing bij verliesverrekening vóór en na overgangstijdstip (inbreng in bestaande vennootschap))**

### **7.5.1. Tekst**

'Voor de toepassing van artikel 20, tweede lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 op vóór het overgangstijdstip door de vennootschap

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

geleden verliezen en op terug te wentelen verlies van één der jaren ná het overgangstijdstip naar een vóór dat tijdstip gelegen jaar, wordt de winst van de vennootschap ieder jaar gesplitst in delen waarvan elk betrekking heeft op de vóór het overgangstijdstip door respectievelijk de belastingplichtige en de vennootschap gedreven ondernemingen. Deze splitsing vindt plaats alsof geen inbreng heeft plaatsgevonden, waarbij slechts winst aan de onderneming van de belastingplichtige of van de vennootschap kan worden toegerekend voor zover deze als zodanig bij de vennootschap tot uitdrukking komt.

Indien een aldus uit de splitsing voortvloeiend deel negatief is wordt dit in mindering gebracht op het andere, positieve deel. Verliezen van de vennootschap geleden vóór het overgangstijdstip worden uitsluitend verrekend met het aan de vóór het overgangstijdstip door de vennootschap gedreven onderneming toe te rekenen positieve deel. Ná het overgangstijdstip door de vennootschap geleden verliezen die zijn toe te rekenen aan de reeds vóór het overgangstijdstip door de vennootschap gedreven onderneming, kunnen worden verrekend met belastbare winsten van vóór het overgangstijdstip. Ná het overgangstijdstip door de vennootschap geleden verliezen die zijn toe te rekenen aan de vóór het overgangstijdstip door de belastingplichtige gedreven onderneming zijn uitgesloten van verrekening met belastbare winsten van vóór het overgangstijdstip.'

## 7.5.2. Toelichting minister

'7.1. Verliesverrekening bij samenvoegen ondernemingen

Deze voorwaarde heeft betrekking op de geruisloze omzetting van een onderneming in een bestaande vennootschap en voorkomt voor de verrekening van verliezen materieel terugwerkende kracht aan de samenvoeging van de ondernemingen. Voorwaartse verrekening van door de vennootschap vóór het overgangstijdstip geleden verliezen is niet toegestaan met de resultaten ná het overgangstijdstip die betrekking hebben op de voorheen door de belastingplichtige gedreven onderneming. Achterwaartse verrekening van ná het overgangstijdstip geleden verliezen, voorzover deze betrekking hebben op de voorheen door de belastingplichtige gedreven onderneming, is niet toegestaan met positieve resultaten van de vennootschap van vóór het overgangstijdstip.'

## 7.5.3. Beschouwing

Deze standaardvoorwaarde is alleen van toepassing als er sprake is van een geruisloze inbreng in een bestaande vennootschap. De kern van deze standaardvoorwaarde is dat er geen kruislingse verliesverrekening mag plaatsvinden tussen resultaten van de ingebrachte IB-onderneming en die van de overige resultaten van de vennootschap; kortom een beperking van de verliesverrekening in de vennootschapsbelastingsfeer. Een onbeperkte verliesverrekening zou namelijk kunnen leiden tot uitholling van de winstgrondslag. Een dergelijk verbod op een kruislingse verliesverrekening komt in het VPB-regime vaak voor, bijvoorbeeld bij de fiscale eenheid ([art. 15 Wet VPB 1969\\*](#)), bedrijfsfusie ([art. 14 Wet VPB 1969\\*](#)) en de juridische fusie ([art. 14b Wet VPB 1969\\*](#)).

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

## Techniek

De beperking van de verliesverrekening gebeurt door middel van winstsplitsing, gevolgd door een horizontale en een verticale verliesverrekening. De winstsplitsing heeft als gevolg dat voor de omvang van de verliesverrekening er net wordt gedaan of de IB-onderneming en de vennootschap niet door de geruisloze inbreng zijn samengevoegd. Daarop volgt de horizontale verliesverrekening: de resultaten van de IB-onderneming en de vennootschap worden binnen een jaar gesaldeerd. Dit saldo vormt het uitgangspunt voor de verticale verliesverrekening: een verrekening van de verliezen naar andere jaren door middel van vooruit- of terugwenteling, waarbij de verliezen die uitsluitend aan de vennootschap kunnen worden toegerekend mogen worden verrekend. De werking van deze standaardvoorwaarde kan het best worden gedemonstreerd aan de hand van een aantal voorbeelden.

### Voorbeelden

#### Voorbeeld A

Winst bv X in jaar 1 € 180.000. Winst onderneming B in jaar 1 € 75.000. Geruisloze inbreng van onderneming B in X bv in jaar 2. Verlies bv X in jaar 2 € 100.000; verlies onderneming B in jaar 2 € 60.000. Totaalverlies jaar 2 € 160.000.

Alleen het door bv X geleden verlies ad € 100.000 kan achterwaarts worden verrekend met de winst van bv X uit jaar 1. Er is voor het door onderneming B geleden verlies binnen de bv geen terugwenteling mogelijk vanwege derde standaardvoorwaarde inzake de geruisloze inbreng ex art. 3.65. Terugwenteling van verliezen van het VPB-naar het IB-regime is (nog) niet mogelijk. In [art. 14c, lid 3, Wet VPB 1969\\*](#) is een regeling opgenomen waarin VPB-verliezen worden getransformeerd in IB-verliezen. Wellicht zal in de toekomst voor de toepassing van art. 3.65 een gelijksoortige regeling worden geformuleerd, waardoor verliezen en winsten uit de IB- en VPB-periode ter zake van dezelfde materiële onderneming wel met elkaar kunnen worden verrekend.

#### Voorbeeld B

Verlies bv X in jaar 1 € 100.000. Verlies onderneming B in jaar 1 € 30.000. Geruisloze inbreng van onderneming B in X bv in jaar 2. Winst bv X in jaar 2 € 60.000; winst onderneming B in jaar 2 € 50.000. Totaalwinst bv jaar 2 € 110.000.

Van het door bv X in jaar 1 geleden verlies ad € 100.000 kan in jaar 2 slechts € 60.000 worden verrekend. Het restant ad € 40.000 zal naar jaar 3 en volgende moeten worden doorgeschoven. Voor onderneming B geldt hetzelfde als beschreven in voorbeeld A. Het door onderneming B geleden verlies uit jaar 1 kan niet worden verrekend met de winst uit jaar 2 vanwege derde standaardvoorwaarde inzake de geruisloze inbreng. Vooruitwenteling van verliezen van het IB- naar het VPB-regime is (nog) niet mogelijk.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

## 7.6. Vierde standaardvoorwaarde (creditering)

### 7.6.1. Tekst

'De belastingplichtige mag worden gecrediteerd voor de op het overgangstijdstip materieel verschuldigde inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen. Daarenboven mag de belastingplichtige ter afronding worden gecrediteerd voor een bedrag van ten hoogste 5% van hetgeen op de aandelen is gestort, maar voor niet meer dan € 25.000.'

### 7.6.2. Toelichting minister

#### '8.1. Creditering

##### 8.1.1. Ratio beperkte creditering

De aan de geruisloze omzetting ten grondslag liggende gedachte brengt mee, dat de inbreng van de onderneming geheel of vrijwel geheel tegen aandelen plaatsvindt. In verband hiermee is een beperking gesteld aan het bedrag waarvoor de belastingplichtige mag worden gecrediteerd.

De creditering bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste is creditering toegestaan voor belastingschulden en bepaalde premieschulden; zij bedraagt ten hoogste het op het overgangstijdstip per saldo materieel verschuldigde bedrag aan inkomstenbelasting en premie voor de volksverzekeringen. Met een per saldo te vorderen bedrag aan inkomstenbelasting en premie voor de volksverzekeringen behoeft geen rekening te worden gehouden. Onder materieel verschuldigde inkomstenbelasting en premie voor de volksverzekeringen wordt ook begrepen de ter zake daarvan verschuldigde of te vergoeden heffings- of invorderingsrente, voor zover deze rente betrekking heeft op de periode tot het overgangstijdstip, en de ter zake opgelegde bestuurlijke boeten.

Ten tweede is een afrondingscreditering toegestaan. Deze bedraagt ten hoogste 5% van hetgeen op de aandelen is gestort, maar niet meer dan € 25.000. Met betrekking tot de crediteringsgrens merk ik op dat de aan de geruisloze omzetting ten grondslag liggende gedachte meebrengt, dat bij de omzetting de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van de onderneming geheel of vrijwel geheel dezelfde blijft. De belastingplichtige mag ter afronding worden gecrediteerd voor een bedrag van ten hoogste 5% van hetgeen op de bij hem geplaatste aandelen is gestort. Omdat sprake is van een afrondingscreditering, is deze creditering tevens in absolute zin beperkt. De afrondingscreditering kan niet hoger zijn dan € 25.000. Bij de geruisloze omzetting door meer dan een deelnemer (in een samenwerkingsverband) geldt, in overeenstemming met het subjectieve ondernemingsbegrip, de crediteringsgrens voor iedere deelnemer afzonderlijk.'

### 7.6.3. Beschouwing

De crediteringsgrens is een uitvloeisel van het beginsel van de geruisloze inbreng, te weten om bij de inbreng van de onderneming deze zoveel mogelijk ongewijzigd te laten en het eigen vermogen zoveel mogelijk om te zetten in aandelenkapitaal. Bij een

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

onbeperkte creditering zouden winsten van de vennootschap kunnen worden afgeroomd door rentebetalingen op de crediteringen. Dit gevaar is overigens thans minder groot aangezien de schuldvordering onder de terbeschikkingstellingregeling van [art. 3.92\\*](#) zal vallen waardoor de rentebaten met ingang van 1 januari 2001 zijn belast tegen het progressieve box 1-tarief (maximaal 49,5%). Daarnaast zouden allerlei onbelaste – lees: ongewenste – terugbetalingen van kapitaal kunnen plaatsvinden. De staatssecretaris kan naar mijn mening terecht in het kader van de verzekering van heffing en invordering van inkomsten- en vennootschapsbelasting deze voorwaarde aan de creditering stellen.

### *Materiële belastingschuld*

De inbrengende belastingplichtige mag worden gecrediteerd voor de materiële inkomstenbelastingsschuld (inclusief premies volksverzekeringen en premies WAZ

Daaronder vallen tevens de daaraan gekoppelde invorderings- en belastingrente en bestuurlijke boeten. De belastingschuld die mag worden gecrediteerd hoeft nog niet via een aanslag inkomstenbelasting te zijn geformaliseerd. Voldoende is dat de belasting op het einde van het belastingjaar is verschuldigd.

### *Aandelenkapitaal*

Aan de omvang van het uit te geven aandelenkapitaal wordt zelfstandig geen enkele eis gesteld. Een afgeleide eis kan echter wel uit de crediteringsgrens worden gelezen: de afrondingscreditering mag maximaal 5% van het gestorte aandelenkapitaal bedragen met een maximum van € 25.000 (dit was onder de vorige standaardvoorwaarden nog € 22.500).

### *Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*

Met ingang van 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ([Kamerstukken 31 058\\*](#)) ingevoerd. Een van de wijziging van het vennootschapsrecht is dat voor de oprichting van een bv geen verplicht minimum aandelenkapitaal van € 18.000 meer nodig is. Storting is in beginsel nog wel nodig, maar kan overigens ook volledig worden uitgesteld. Storting kan plaatsvinden tegen de kleinst mogelijke geldeenheid (€ 0,01) Dit heeft echter niet als gevolg dat nu voor een hoger bedrag kan worden gecrediteerd. De creditering is gebonden aan een maximum, namelijk de op het overgangstijdstip materieel verschuldigde inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen en een afrondingscreditering van ten hoogste 5% van hetgeen op de aandelen is gestort, maar voor niet meer dan € 25.000. Als voor een hoger bedrag wordt gecrediteerd, vervalt de faciliteit van [art. 3.65](#).

### *Resultaat uit overige werkzaamheden*

De verkregen aandelen worden op grond van [art. 4.6\\*](#) dan wel [art. 4.11\\*](#) altijd gerekend tot een aanmerkelijk belang. Dat houdt in dat de schuld die de vennootschap aan de inbrengende belastingplichtige op basis van deze standaardvoorwaarde heeft, bij deze belastingplichtige op grond van [art. 3.94\\*](#) in verbinding met [art. 3.92\\*](#) wordt beschouwd als een resultaat uit overige werkzaamheden (terbeschikkingstellingsregeling). Dat betekent dat de voordelen uit deze vordering op de vennootschap in box 1 zijn belast tegen 49,5%, uitgaande van de hoogste tariefschijf. Als voor de creditering echter strikte zakelijke leningsvoorwaarden zijn aangegaan, komen eventuele afwaarderingen op de lening ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden, omdat op grond van [art. 3.95\\*](#) goed koopmansgebruik van overeenkomstige

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

toepassing is verklaard.

## *Vof*

Als vennoten hun subjectieve onderneming inbrengen in een gezamenlijke aandelenvennootschap geldt de crediteringsgrens van 5% met een maximum van € 25.000 voor ieder van hen. Als er dan nog verschillen zijn in de kapitaalrekening van de vennoten, kan dit worden geslecht door de uitgifte van cumulatief preferente aandelen. Ik verwijs hiervoor naar aantekening 7.7.3 van dit commentaar.

## **7.7. Vijfde standaardvoorwaarde (plaatsing en volstorting aandelen)**

### **7.7.1. Tekst**

'De ter zake van het ingebrachte vermogen uit te geven aandelen worden bij de belastingplichtige geplaatst. De aandelen moeten worden volgestort.'

### **7.7.2. Toelichting minister**

#### **9.1. Aandelen**

Bij de geruisloze omzetting van de door de belastingplichtige gedreven onderneming moet hij bij de oprichting van de vennootschap voor 100% in het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal deelnemen. Bij de inbreng van de subjectieve ondernemingen van twee of meer deelnemers in een samenwerkingsverband in dezelfde vennootschap dient voor elke inbrenger het gehele vermogen van de omgezette onderneming, na aftrek van de toegestane creditering en de eventueel bij de vennootschap bedongen lijfrenten als bedoeld in artikel 3.128 (omzetting oudedagsreserve) en 3.129 (omzetting stakingswinst) van de Wet IB 2001, te worden omgezet in aandelenkapitaal. Ik merk op dat het bedingen van een lijfrente als bedoeld in voornoemd artikel 3.129 in dit verband ziet op de stakingswinst die wordt gerealiseerd door de onttrekking van vermogensbestanddelen ter gelegenheid van de geruisloze omzetting waarop de in onderdeel 4.1 opgenomen goedkeuring van toepassing is. In overeenstemming met het eerder vermelde arrest BNB 1988/218\* van 27 januari 1988, nr. 24.100, zijn er voor het overige geen eisen aan de verhouding waarin het aandelenkapitaal in de vennootschap wordt verdeeld. Het is niet noodzakelijk dat de aandelen a pari worden uitgegeven; het boeken van agio is toegestaan.

#### **9.2. Verschillende soorten aandelen**

Er bestaat geen bezwaar tegen de uitgifte van prioriteitsaandelen of cumulatief preferente aandelen naast gewone aandelen, mits partijen ten aanzien van de verdeling van de daaraan verbonden rechten handelen als tussen onafhankelijke derden gebruikelijk is.

Bij de uitgifte van cumulatief preferente aandelen dient het dividendpercentage zakelijk bepaald te zijn. Het percentage is onder andere afhankelijk van de branche en de voor de onderneming specifieke omstandigheden. Bij het vaststellen van het percentage dient met deze omstandigheden rekening te worden gehouden.

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

Het dividend op de cumulatief preferente aandelen dient daadwerkelijk te worden uitgekeerd. Hiermee wordt voorkomen dat de cumulatief preferente aandelen die aan de overdrager zijn uitgereikt, in de praktijk het karakter van een achtergestelde renteloze lening krijgen.

Als voorbeeld valt in dit verband bij de omzetting van een vennootschap onder firma te denken aan uitgifte van gewone aandelen in de winstverhouding en voor het overige cumulatief preferente aandelen. Gevolg is dat de oprichters van de vennootschap hun gehele ondernemingsvermogen hebben omgezet in aandelenkapitaal.

Het is in het algemeen echter niet toegestaan aan één (of meer) van de inbrengers uitsluitend aandelen uit te reiken waaraan zodanige beperkte rechten verbonden zijn dat zij niet delen in het liquidatiesaldo (bijvoorbeeld cumulatief preferente aandelen). Slechts als een inbrenger als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming winst geniet als bedoeld in artikel 3.65, eerste lid, tweede volzin, van de Wet IB 2001 en deze medegerechtigdheid zich niet uitstrekt tot het liquidatiesaldo, is uitreiking van dergelijke aandelen toegestaan. uitgangspunt moet zijn de gewone aandelen te verdelen conform de winstverhouding in het samenwerkingsverband, tenzij zakelijk handelen een andere verdeling rechtvaardigt.

Inbreng van de onderneming tegen uitreiking van aandelen waaraan zodanige beperkte rechten zijn verbonden dat zij niet delen in het liquidatiesaldo (bijvoorbeeld cumulatief preferente aandelen), anders dan aan een bovengenoemde medegerechtigde, is, zoals in onderdeel 4.2.2 is uiteengezet, in strijd met de grondgedachte bij artikel 3.65 van de Wet IB 2001.

### 9.3. Slechts voor inbrengers aandelen

Het is niet toegestaan bij de oprichting aandelen uit te geven aan anderen dan degene(n) die – met inachtneming van het in onderdeel 2.2.2 bepaalde – hun subjectieve onderneming(en) inbrengen.

Uitreiking van nieuwe aandelen na de oprichting aan een derde is toegestaan, mits deze uitreiking geschiedt tegen een zakelijke prijs.'

## 7.7.3. Beschouwing

In deze standaardvoorwaarde staan de eisen met betrekking tot de aandelen. De kern ervan is de instandhouding van de IB-claim op de inbrengers van de onderneming en het uitgangspunt van de geruisloze inbreng dat zoveel mogelijk het vermogen van de IB-onderneming wordt omgezet in aandelenkapitaal. De vrijheid welk soort aandelen er worden uitgegeven en het storten van agio is ten opzichte van de Wet IB 1964 echter groter geworden. Daarnaast is de commerciële herwaardering afgeschaft.

### *Deelname in aandelenkapitaal*

Bij de inbreng van een eenmanszaak moet de inbrenger voor 100% in het kapitaal deelnemen. Als er sprake is van een inbreng van bijvoorbeeld een VOF moeten aandelen bij alle vennoten van de VOF worden geplaatst. De plaatsing van aandelen bij de ex-firmanten hoeft niet naar rato van hun belang in de VOF te geschieden, maar er

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)



mag daarbij niet dermate onzakelijk worden opgetreden dat er sprake is van vermogensverschuivingen van de ene persoon naar de andere. Daarvoor kunnen – ter slechting van verschillen in de kapitaalrekeningen – cumulatief preferente aandelen worden uitgegeven. In het besluit licht de minister aan de hand van de voorbeelden toe in welke situatie cumulatief preferente aandelen kunnen worden uitgegeven ([besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M\\*](#), par. 4.2.2., NTFR 2010/1592).

#### *'Voorbeeld 1*

Het ondernemingsvermogen van de vennoten A, B en C bedraagt respectievelijk 60.000, 40.000 en 100.000. De winstverhouding in het samenwerkingsverband bedraagt respectievelijk 33/33/33. Wil men deze winstverhouding in de werkmaatschappij handhaven dan moet aan de houdstermaatschappijen A, B en C elk 40.000 gewone aandelen worden uitgereikt. Daarnaast wordt aan houdstermaatschappij A 20.000 en aan houdstermaatschappij C 60.000 aan cumulatief preferente aandelen uitgereikt.'

In dit voorbeeld wordt voor de bepaling van het te plaatsen gewone aandelenkapitaal uitgegaan van het laagste ondernemingsvermogen. Dat is het ondernemingsvermogen van vennoot B, zijnde

40.000. Dit houdt in dat – gezien de winstverhouding – bij alle vennoten een aandelenkapitaal bestaande uit gewone aandelen van 40.000 wordt geplaatst. De kapitaalrekening van vennoot A bedraagt 60.000. Daarom wordt aan vennoot A naast het gewone aandelenkapitaal nog eens 20.000 aan cumulatieve aandelen uitgereikt (60.000 -/- 40.000). De kapitaalrekening van vennoot C bedraagt 100.000, zodat aan hem tevens 60.000 aan cumulatieve aandelen wordt uitgereikt (100.000 -/- 40.000). Deze bijplaatsing van aandelen geschiedt ter slechting van de verschillen in de kapitaalrekening.

#### *'Voorbeeld 2*

Het ondernemingsvermogen van de vennoten A, B en C bedraagt respectievelijk 100.000, 60.000 en 40.000. De winstverhouding in het samenwerkingsverband bedraagt respectievelijk 60:20:20. Wil men deze winstverhouding in de werkmaatschappij handhaven dan moet aan houdstermaatschappij A 100.000 en aan elk van de houdstermaatschappijen B en C 33.300 aan gewone aandelen worden uitgereikt. Daarnaast wordt aan houdstermaatschappij B 26.700 en aan houdstermaatschappij C 6.700 aan cumulatief preferente aandelen uitgereikt.'

In dit voorbeeld wordt voor de bepaling van het te plaatsen gewone aandelenkapitaal uitgegaan van het hoogste ondernemingsvermogen. Dat is het ondernemingsvermogen van vennoot A, zijnde

100.000. Dit houdt in dat – gezien de winstverhouding – bij vennoot A een aandelenkapitaal bestaande uit gewone aandelen van 100.000 wordt geplaatst. Bij de vennoten B en C worden  $(100.000/60 \times 20)$  33.300 aan gewone aandelen geplaatst. De kapitaalrekening van vennoot B bedraagt 60.000. Daarom wordt aan vennoot B naast het gewone aandelenkapitaal nog eens 26.700 aan cumulatieve aandelen uitgereikt (60.000 -/- 33.300). De kapitaalrekening van vennoot C bedraagt 40.000, zodat aan hem tevens 6.700 aan cumulatieve aandelen wordt uitgereikt (40.000 -/- 33.300). Deze bijplaatsing van aandelen geschiedt ter slechting van de verschillen in de kapitaalrekening.

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

De minister stelt als eis dat het dividend jaarlijks daadwerkelijk uitgekeerd moet worden, omdat volgens hem het cumulatief preferente aandelenkapitaal anders het karakter krijgt van een achtergestelde renteloze lening ([besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M\\*](#), par. 9.2., NTFR 2010/1592). De preferente aandelen geven namelijk recht op een zakelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap. Een dergelijk aandeel geeft wel een stem in de onderneming maar omvat geen aandeel in de stille reserves en goodwill van de onderneming.

Zoals hiervoor al is aangegeven worden dergelijke aandelen vaak uitgegeven om verschillen in de kapitaalrekening tussen de ex-firmanten te slechten. Het niet daadwerkelijk uitkeren van het dividend zou kunnen leiden tot een ongewenste verschuiving van reserves van de ene aandeelhouder naar de andere. Naar mijn mening stelt de minister terecht de eis dat het dividend van de cumulatief preferente aandelen moet worden uitgekeerd.

Tot het daadwerkelijk uitkeren van de reserves behoort naar mijn mening tevens het rentedragend bijschrijven op de rekening-courant van de aandeelhouder. Een dergelijk schuldig blijven van een dividenduitkering kan bij de vennootschap wel worden getroffen door een renteaftrekbepanking van [art. 10a Wet VPB 1969\\*](#).

Een inbreuk op de door de minister gestelde dividenduitkeringsverplichting kan naar mijn mening alleen plaatsvinden als vennootschapsrechtelijke bepalingen een dividenduitkering verbieden.

#### *Doorschuifregeling aanmerkelijk belang*

Cumulatief preferente aandelen komen slechts onder bepaalde voorwaarden in aanmerking voor de doorschuifregelingen in het aanmerkelijk belang ([art. 4.17a\\*](#) en [4.17c\\*](#)). Cumulatief preferente aandelen die bij de faciliteit van de geruisloze omzetting ([art. 3.65](#)) zijn uitgereikt, kwalificeren hierdoor niet voor de toepassing van genoemde doorschuifregelingen. Gezien de eisen die deze faciliteit stelt in de situatie dat twee of meer deelnemers in een samenwerkingsverband hun onderneming in dezelfde vennootschap inbrengen, keurt de staatssecretaris onder voorwaarden goed dat de hierbij uitgereikte cumulatief preferente aandelen geacht worden te voldoen aan de eisen van [art. 4.17a\\*](#), lid 3, onderdeel a, b en d ([besluit van 22 maart 2018, nr. 2018-27139\\*](#), onderdeel 5.5.3.).

#### *Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*

Met ingang van 1 oktober 2012 is de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht ([Kamerstukken 31 058, NTFR 2010/76\\*](#)) van kracht geworden. Door de invoering van deze wetgeving is het een stuk eenvoudiger geworden een bv op te richten. Zo is onder andere de eis vervallen dat een minimumkapitaal moet worden gestort van € 18.000. Het minimumkapitaal bedraagt nu € 0,01. Daarnaast hoeft in geval van een storting in natura geen verklaring van een deskundige meer te worden opgemaakt. De oprichters (nieuwe bv) of bestuurders (bestaande bv) moeten echter nog wel een beschrijving opstellen van de vermogensbestanddelen die op de aandelen worden gestort. Het tijdstip van de beschrijving van de vermogensbestanddelen mag echter niet ouder zijn dan zes maanden voor de oprichting van de vennootschap.

Een van de wijzigingen is de mogelijkheid om verschillende soorten aandelen uit te geven, zoals winstrechtloze en stemrechtloze aandelen (of een variant op beide

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

soorten). Meussen onderscheidt drie situaties waarin bovengenoemde aandelen in het kader van de toepassing van art. 3.65 kunnen worden uitgegeven:

1. Een belastingplichtige zet zijn eenmanszaak om in een bv (gevolgd door een directe overdracht met toepassing van [art. 14, 14a, of 15 Wet VPB 1969\\*](#)).
2. De maten/vennoten van een samenwerkingsverband zetten hun subjectieve onderneming om in een gezamenlijke bv (gevolgd door een directe overdracht met toepassing van [art. 14, 14a, of 15 Wet VPB 1969\\*](#)).
3. De maten/vennoten van een samenwerkingsverband zetten hun subjectieve onderneming om in afzonderlijke/persoonlijke houdstermaatschappijen (gevolgd door een directe overdracht met toepassing van [art. 14, 14a, of 15 Wet VPB 1969\\*](#)).

Ad 1.

In dit geval dient de belastingplichtige voor 100% in het aandelenkapitaal deel te nemen. Meussen

c.s. ziet voor dergelijke gevallen weinig mogelijkheden om winstrechtloze - en stemrechtloze aandelen, dan wel aandelen met bijzondere winst- en stemrechten uit te geven. De inbreng zal plaatsvinden tegen gewone aandelen.

Ad 2.

De maten/vennoten moeten hun subjectieve onderneming inbrengen in de gezamenlijke vennootschap. Het uitgangspunt moet zijn dat de gewone aandelen conform de winstverhouding moeten worden uitgegeven, tenzij een andere verhouding gerechtvaardigd is. Het enkel uitgeven van gewone aandelen kan een probleem opleveren als dat niet conform de winstverhouding gebeurt.

Onder omstandigheden mogen dan ook cumulatief preferente aandelen worden uitgegeven (zie de voorbeelden hierboven). Meussen c.s. is van mening dat in dergelijke gevallen de uitgifte van winstrechtloze en stemrechtloze aandelen, dan wel aandelen met bijzondere winst- en stemrechten de geruisloze omzetting van de onderneming in een vennootschap kan vergemakkelijken.

Ad 3.

Meussen c.s. is van mening dat de inbreng van de subjectieve onderneming van de maten/vennoten in de afzonderlijke/persoonlijke houdstermaatschappij kan geschieden onder dezelfde voorwaarden als onder ad 1 geschetst. De doorinbreng van de subjectieve onderneming in een gezamenlijke werkmaatschappij kan plaatsvinden onder dezelfde voorwaarden als onder ad 2 is aangegeven.

Ook in dat geval moeten de aandelen zo worden uitgegeven dat recht wordt gedaan aan de winstverhouding in het samenwerkingsverband.

Meussen c.s. raadt wel aan om de nominale waarde van de uit te geven aandelen in het kader van de geruisloze inbreng minimaal gelijk te houden aan de verkrijgingsprijs van de aandelen, omdat dan in de toekomst eenvoudiger een onbelaste uitkering van aandelenkapitaal in de zin van [art. 4.13\\*](#), lid 1, onderdeel b kan worden gedaan.

Ook Litjens en Tydeman-Yousef zijn van mening dat de vele nieuwe aandelenvarianten die de flex- bv-wetgeving mogelijk maakt, sneller kan leiden tot een (soort-)ab. Een van de

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

gevolgen is echter wel dat naar alle waarschijnlijkheid de faciliteit van art. 3.65 niet zal worden verleend als de tegenprestatie voor de inbreng van de onderneming bestaat uit winstrechtloze aandelen, omdat er geen duidelijkheid bestaat omtrent de waardering van winstrechtloze aandelen ([Litjens en Tydeman-Yousef, 'Certificering versus flexibele aandelen in de ring \(II, slot\). Wie wordt de winnaar?', WPNR 2014/7030\\*](#)).

### *Opheffing agioverbod*

Onder het regime van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) gold nog een agioverbod en moesten aandelen a pari worden uitgegeven. Dit verbod is met de invoering van de Wet ondernemerspakket 2001 ([Kamerstukken, 27 209, nr. 6\\*](#), p. 64) opgeheven. Fiscaalrechtelijk heeft de opheffing van het verbod geen consequenties. Aandelenkapitaal en agio worden voor de aanmerkelijkbelangregeling in beginsel op dezelfde wijze behandeld. Een voordeel is wel dat bij stortingen op aandelen in natura – wat de inbreng van een onderneming eigenlijk is – beschrijvingen door een deskundige moeten worden opgemaakt, terwijl bij stortingen op agio deze beschrijvingen achterwege kunnen blijven. De deskundige is daarvoor ook aansprakelijk (Rechtbank Breda 30 juni 2004, nr. 115644/HAZA, V-N 2004/40.1). Voor de praktijk heeft dit als belangrijk voordeel dat bij een geruisloze inbreng kan worden volstaan met de uitgifte van het minimumaandelenkapitaal van € 18.000, terwijl het excedent in de vorm van agio kan worden ingebracht.

### *Commerciële herwaardering*

Voor de toepassing van art. 3.65 heeft de commerciële herwaardering van de onderneming zijn waarde verloren. Dit geldt echter niet ten aanzien van de maximale uitgifte van het aandelenkapitaal. De berekening van het maximale aandelenkapitaal heeft uitsluitend nog betekenis voor de crediteringsgrens. De maximale creditering bedraagt op grond van de vierde standaardvoorwaarde namelijk 5% van het gestorte aandelenkapitaal. De bepaling van het aandelenkapitaal is niet van belang voor de verkrijgingsprijs van de aandelen voor het aanmerkelijk belang. De verkrijgingsprijs van de aandelen als bedoeld in [art. 4.21\\*](#) is gesteld op de fiscale boekwaarde van de onderneming, ongeacht het aandelenkapitaal dat is uitgegeven. De voorwaarde dat de aandelen zouden moeten worden volgestort, lijkt fiscaal niet meer relevant. [Art. 4.13\\*](#), lid 2 geeft namelijk aan dat tot de reguliere voordelen niet de aan de aandeelhouders uitgereikte aandelen behoren. Dus als er te veel aandelen worden uitgereikt leidt dit niet tot fiscale sancties.

### *Dividendbelasting*

Ook voor de heffing van dividendbelasting is het gestorte kapitaal van belang (bijvoorbeeld [art. 3 Wet DB 1965\\*](#)).

## **7.8. Zesde standaardvoorwaarde (verkrijgingsprijs aandelen)**

### **7.8.1. Tekst**

'De verkrijgingsprijs bedoeld in artikel 4.21 van de Wet IB 2001 van de bij de omzetting verkregen aandelen wordt gesteld op de som van de fiscale boekwaarden op het overgangstijdstip van de vermogensbestanddelen die worden ingebracht. Indien en voorzover zonder de toepassing van artikel 3.65 van de Wet IB 2001 voordelen – zowel positieve als negatieve voordelen – zouden zijn vrijgesteld door de toepassing van artikel

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

3.11 (vrijstelling voor bosbedrijf) of artikel 3.12 (landbouwwijziging) van de Wet IB 2001 wordt het bedrag bepaald op grond van de vorige volzin, verhoogd respectievelijk verlaagd met deze voordelen. Daarnaast vindt verhoging van dit bedrag plaats met 200% van de negatieve terugkeerreserve genoemd in artikel 3.65, derde lid, van de Wet IB 2001. Dit bedrag wordt vervolgens verminderd met het bedrag van de reserves als bedoeld in artikel 3.53, eerste lid, onderdeel a en b, van de Wet IB 2001, de bij de vennootschap bedongen lijfrenten als bedoeld in de artikelen 3.128 en 3.129 van de Wet IB 2001 en met de creditering als bedoeld in de vierde standaardvoorwaarde.'

## 7.8.2. Toelichting minister

'10.1. Bepaling verkrijgingsprijs. Objectieve vrijstellingen/negatieve terugkeerreserve De in de voorwaarde bepaalde berekeningswijze van de verkrijgingsprijs houdt verband met de afschaffing van de zogenoemde commerciële herwaardering. Indien tot de in te brengen onderneming vermogensbestanddelen behoren waarop een objectieve vrijstelling van toepassing is als bedoeld in artikel 3.11 (bosbouwwijziging) of 3.12 (landbouwwijziging) van de Wet IB 2001 daaronder begrepen hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel E van de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001 –, voorkomt de voorwaarde dat een voorheen niet bestaande inkomstenbelastingclaim wordt gevestigd. De in deze vermogensbestanddelen aanwezige stille reserves kunnen immers door de werking van de desbetreffende objectieve vrijstelling voor het belastbare inkomen uit werk en woning (gedeeltelijk) zijn vrijgesteld. Het kan daarbij zowel positieve als negatieve stille reserves betreffen.

De belastingplichtige verkrijgt bij de geruisloze omzetting een (fictief) aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 4.6 en 4.11 van de Wet IB 2001. De inspecteur geeft ter zake van de verkrijgingsprijs ambtshalve een voor bezwaar vatbare beschikking af als bedoeld in artikel 4.36 van de Wet IB 2001. Deze beschikking kan pas worden vastgesteld na oprichting van de vennootschap. Een negatieve terugkeerreserve is een activum die naar zijn aard door een natuurlijke persoon/ondernemer kan worden gevormd en niet door een rechtspersoon. Indien een ondernemer een verzoek doet om toepassing van artikel 3.65 van de Wet IB 2001 en op de balans een negatieve terugkeerreserve heeft staan, dient deze reserve daarom vrij te vallen. Deze vrijval leidt op grond van artikel 3.65, derde lid, van de Wet IB 2001 tot een hogere verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelang aandelen.'

## 7.8.3. Beschouwing

De bepaling van de verkrijgingsprijs van de aandelen in het verkrijgende lichaam heeft onder het regime van art. 3.65 een belangrijke wijziging ondergaan. Werd onder toepassing van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) nog uitgegaan van een verkrijgingsprijs bepaald aan de hand van de waarde in het economische verkeer, onder art. 3.65 wordt de verkrijgingsprijs van de aandelen vastgesteld aan de hand van de fiscale boekwaarde van de onderneming (ingebrachte vermogensbestanddelen).

In schema wordt de verkrijgingsprijs van de aandelen als volgt vastgesteld:

som van de boekwaarde van de ingebrachte vermogensbestanddelen (berekend op de waarde van het overgangstijdstip), vermeerderd met de:

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

- voordelen waarop de bosbouwvrijstelling van [art. 3.11\\*](#) van toepassing is;
- voordelen waarop de landbouwvrijstelling van [art. 3.12\\*](#) van toepassing is;
- 200% van de negatieve terugkeerreserve (art. 3.54a) op grond van art. 3.65, lid 3;

Verminderd met het/de:

- bedrag van de eventueel aanwezige herinvesteringsreserve en
- kostenegaliseringsreserve; creditering conform de vijfde standaardvoorwaarde;
- bedongen lijfrente bij toegestane onttrokken vermogensbestanddelen ([art. 3.129\\*](#));
- bedongen lijfrente bij omzetting van de oudedagsreserve.

### *Bosbouw- en landbouwvrijstelling*

Deze standaardvoorwaarde is in 2003 ([besluit van 31 juli 2003, nr. CPP2003/547M\\*](#), NTFR 2003/1320, ingetrokken bij [besluit van 11 augustus 2004, nr. CPP2004/664M\\*](#), NTFR 2004/1291) tussentijds reeds aangevuld voor wat betreft de voordelen waarop de bosbouw- en landbouwvrijstelling van toepassing is. Deze aanvulling geldt ook voor de gevallen waarvoor reeds in het verleden standaardvoorwaarden zijn afgegeven. De inspecteur dient bij de vaststelling van de verkrijgingsprijs van de aandelen door middel van de beschikking in de zin van [art. 4.36\\*](#) rekening te houden met vorengenoemde aanvulling.

Als er reeds een beschikking ex [art. 4.36\\*](#) is afgegeven, kan op verzoek van de belastingplichtige de verkrijgingsprijs van de aandelen worden gewijzigd. De inspecteur beslist hierop bij voor bezwaar vatbare beschikking.

De voordelen kunnen zowel positief als negatief zijn. Als de bedragen negatief zijn, worden deze bedragen feitelijk in mindering gebracht op de som van de boekwaarden van de ingebrachte vermogensbestanddelen.

De zesde standaardvoorwaarde tracht te voorkomen dat een stille reserve die onder de land- of bosbouwvrijstelling valt, alsnog wordt getroffen door een inkomstenbelastingclaim bij verkoop van de aandelen. De winst die onder de land- of bosbouwvrijstelling valt, zou namelijk op grond van [art. 4.12\\*](#)

behoren tot het inkomen uit aanmerkelijk belang. De zesde standaardvoorwaarde verhoogt daarom de verkrijgingsprijs van de aandelen met het bedrag van de winst die valt onder de land- of bosbouwvrijstelling, zodat deze winst niet wordt getroffen met een inkomstenbelastingclaim. Schenk en Seegers zijn van mening dat de zesde standaardvoorwaarde al een groot deel van dit probleem oplost, maar niet alles. De omvang van de winst die onder de land- of bosbouwvrijstelling

valt op het moment van de inbreng wordt inderdaad met de zesde standaardvoorwaarde vrijgesteld. Als de vennootschap de onroerende zaken – waarop de land- of bosbouwvrijstelling van toepassing is – vervreemdt, wordt de winst met toepassing van [art. 3.11\\*](#) of [3.12\\*](#) vrijgesteld. Dat is anders als de aandelen in de vennootschap worden

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

vervreemd. De meerwaarde van de onroerende zaken – waarop de land- of bosbouwvrijstelling van toepassing is – vanaf het moment van inbreng tot het moment van de vervreemding van de aandelen, wordt alsnog getroffen door een inkomstenbelastingclaim, omdat deze meerwaarden wordt gerekend tot het inkomen uit aanmerkelijk belang in de zin van [art. 4.12\\*](#). Voor de aandeelhouder werkt – in tegenstelling tot de IB-ondernemer – de land- of bosbouwvrijstelling dus niet door. Schenk en Seegers stellen dan ook een wettelijke aanpassing voor om dit verschil in behandeling te repareren.

### *Negatieve terugkeerreserve*

Nieuw in de zesde standaardvoorwaarde is de uitdrukkelijke afrekening over een terugkeerreserve. Het moet dan dus gaan om een onderneming die geruisloos is teruggekeerd ([art. 14c Wet VPB 1969\\*](#)) naar de inkomstenbelasting en daarna wederom geruisloos wordt omgezet in een aan de vennootschapsbelasting onderworpen vennootschap. De motivering is dat een terugkeerreserve naar zijn aard niet kan worden gevormd door een rechtspersoon.

### *Herinvesteringsreserve en kostenegalisatiereserve*

De som van de boekwaarden van de vermogensbestanddelen wordt verminderd met de herinvesteringsreserve en de kostenegalisatiereserve. Dat komt doordat deze fiscale reserves onderdeel uitmaken van het eigen vermogen van de ingebrachte onderneming, maar nog beclaimd zijn met inkomstenbelasting. In het verleden is de fiscale winst verminderd met de toevoegingen aan deze reserves. Een vrijval heeft vooralsnog niet plaatsgevonden.

De overige verminderingen vinden plaats omdat de inbreng van de onderneming naast het uitgegeven aandelenkapitaal uit meerdere prestaties bestaat, zoals de bedongen lijfrenten en creditering (schuldigerkenning in de vorm van een schuldvordering).

### *Voorbeeld zesde standaardvoorwaarde*

Een landbouwer brengt zijn onderneming in een bv. Tot zijn onderneming behoren landerijen (gronden in agrarisch gebruik) waarop de landbouwvrijstelling ex [art. 3.12\\*](#) van toepassing is. Van de volgende gegevens kan worden uitgegaan:

Fiscale boekwaarden onderneming op overgangstijdstip	100.000
Herinvesteringsreserve	35.000
Lijfrente opheffing oudedagsreserve	20.000
Creditering	15.000
Boekwaarde landerijen	200.000
Waarde in het economisch verkeer bij voortgezet agrarisch gebruik landerijen op overgangstijdstip	350.000

Als art. 3.65 niet zou zijn toegepast zou een bedrag van 150.000 op grond van [art. 3.12\\*](#) onder de landbouwvrijstelling vallen en dus buiten de heffing van inkomstenbelasting vallen.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

De verkrijgingsprijs van de aandelen kan – met inachtneming van vorenstaande gegevens – op grond van [art. 4.21\\*](#) als volgt worden berekend:

Fiscale boekwaarden onderneming op overgangstijdstip

100.000 Verminderd met:

Herinvesteringsreserve	35.000
Lijfrente opheffing oudedagsreserve	20.000
Creditering	<u>15.000</u>
Totaal	70.000

Vermeerderd met:

Waarde in het economisch verkeer bij voortgezet agrarisch gebruik landerijen op overgangstijdstip	350.000
Boekwaarde landerijen	200.000
Totaal	<u>150.000</u>
Verkrijgingsprijs aandelen op grond van art. 4.21	<u>180.000</u>

#### 7.8.4. Jurisprudentie

Jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van de zesde standaardvoorwaarde is schaars. Onderstaande uitspraak is nog gewezen onder de Wet IB 1964 en heeft voor de toepassing van art. 3.65 een beperkt belang, omdat in tegenstelling tot de toepassing van art. 18 Wet IB 1964 (inbreng tegen de waarde in het economische verkeer) onder de toepassing van art. 3.65 inbreng plaatsvindt tegen de fiscale boekwaarde. Dat heeft tot gevolg dat onder de toepassing van art. 18 Wet IB 1964 de IB-claim werd vervangen door een Vpb-claim, terwijl onder de toepassing van art. 3.65 de IB-claim wordt vervangen door een Vpb-claim en een IB-claim van box 2. Van onverminderd belang blijft wel dat vermogensbestanddelen die tot het verplichte ondernemingsvermogen behoren ook moeten worden ingebracht.

De casus is als volgt:

Belanghebbende dreef aanvankelijk met zijn vader in de vorm van een maatschap een melkveehouderij. Na het overlijden van zijn vader is de onderneming geruisloos doorgeschoven naar belanghebbende en zijn zuster. In 1998 en in 1999 heeft belanghebbende melkquota verkocht waarvoor een vervangingsreserve is gevormd. In verband met zijn wens om de melkveehouderij uit te breiden en de opbrengst van de melkquota te investeren, heeft belanghebbende contact gezocht in Duitsland om aldaar een agrarisch bedrijf over te nemen. Belanghebbende heeft een agrarisch bedrijf overgenomen door aandelen in een GmbH met een enorme schuldenlast te kopen. Belanghebbende diende 2.000.000 DM aan de herfinanciering van de schulden van deze GmbH bij te dragen. Ter financiering daarvan is hij een kortlopend krediet aangegaan bij

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)



de b-bank. Ten gevolge van de bijdrage in de schulden heeft belanghebbende een vordering van f 2.599.198 op de GmbH verkregen. Met toepassing van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) heeft belanghebbende per 31 december 2000 zijn onderneming ingebracht in een bv. In de inbrengbeschrijving is de vordering opgenomen, maar de aandelen in de GmbH niet. Deze aandelen heeft belanghebbende gerekend tot zijn privévermogen. In geschil is of bij de verkrijgingsprijs van de aandelen in de bv rekening mag worden gehouden met de vordering. Het hof is van oordeel dat, gelet op de uitbreidingswens van belanghebbende van zijn bedrijf, het kortlopende karakter van de geldlening van de b-bank en de omstandigheid dat de verkoopopbrengst van de melkquota aangewend moest worden, en ook aangewend is, voor de aflossing van die lening de grenzen van de redelijkheid zouden worden overschreden als de investering en dus de vordering niet tot het ondernemingsvermogen zou worden gerekend. Ook de aandelen in de GmbH behoren tot het verplichte ondernemingsvermogen. In de bewijslast van zijn stelling dat er sprake is van informeel kapitaal of van een vordering van nihil, slaagt de inspecteur niet ([Hof Arnhem-Leeuwarden 19 mei 2015, nr. 14/00769, NTFR 2015/1853\\*](#)).

## 7.9. Zevendestandaardvoorwaarde (deelneming (art. 13 Wet VPB 1969))

### 7.9.1. Tekst

'7a. De deelnemingsvrijstelling als bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vindt geen toepassing op positieve voordelen uit hoofde van een deelneming tot het bedrag waarmee op het overgangstijdstip de waarde in het economische verkeer van die deelneming de boekwaarde overtreft.

7b. Ingeval in enig jaar zich een omstandigheid voordoet als aangeduid in voorwaarde 7c, wordt de vennootschap geacht in dat jaar voor de toepassing van voorwaarde 7a uit de in die voorwaarde bedoelde deelneming positieve voordelen te hebben genoten tot het bedrag waarmee op het overgangstijdstip de waarde in het economische verkeer van die deelneming de boekwaarde overtreft, voorzover dat bedrag de eerder op de voet van voorwaarde 7a in aanmerking genomen positieve voordelen overtreft.

7c. Een omstandigheid als bedoeld in voorwaarde 7b is:

- a. de deelneming wordt geheel of voor een deel vervreemd;
- b. de onderneming of een gedeelte van de onderneming van het lichaam waarin wordt deelgenomen, wordt vervreemd;
- c. het aandeel in de winst dat de vennootschap uit hoofde van de deelneming toekomt, neemt af omdat een ander lichaam, dan wel een natuurlijk persoon een belang bij die winst verwerft;
- d. de deelneming gaat bij de vennootschap behoren tot het vermogen van een buitenlandse onderneming op de winst waarvan een regeling ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is;
- e. een vennootschap, zijnde een deelneming waarop voorwaarde 7a van toepassing is, wordt met toepassing van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geacht te zijn opgegaan in de vennootschap;
- f. de deelneming wordt geheel of voor een deel overgedragen in het kader van een overdracht van een onderneming of een zelfstandig deel van een onderneming waarop artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

Voorwaarde 7b vindt geen toepassing ter zake van een omstandigheid als bedoeld onder a, b of c indien de vennootschap aannemelijk maakt dat is vervreemd aan een niet met haar verbonden lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 respectievelijk een niet met haar verbonden natuurlijk persoon in de zin van artikel 3.92 van de Wet IB 2001.

7d. Het voor ingebrachte aandelen opgeofferde bedrag in de zin van artikel 13d, tweede lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt niet hoger gesteld dan de boekwaarde van de desbetreffende aandelen op het overgangstijdstip. Voor de toepassing van artikel 13d, tweede lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt het opgeofferde bedrag vermeerderd met de positieve voordelen uit hoofde van die deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling op grond van voorwaarde 7a geen toepassing heeft gevonden.

7e. Voor de toepassing van artikel 13ca van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt de periode waarin de deelneming heeft behoord tot het vermogen van de in te brengen onderneming toegerekend aan de vennootschap.

Waar in deze voorwaarde wordt gesproken over de deelneming wordt bedoeld een deelneming waarvoor de deelnemingsvrijstelling geldt. Sinds 2010 valt hieronder ook de kwalificerende beleggingsdeelneming'

## **7.9.2. Toelichting minister**

### **'11.1. Deelnemingen**

Voor de vennootschapsbelasting zijn de positieve voordelen uit hoofde van een deelneming als bedoeld in artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 vrijgesteld. In de inkomstenbelasting is geen vergelijkbare bepaling van toepassing. Om te voorkomen dat bij de geruisloze omzetting belastingclaims verloren gaan over de stille reserves van activa die bij de vennootschap als deelneming worden aangemerkt, is op de positieve voordelen uit hoofde van die deelneming de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing tot het bedrag waarmee op het overgangstijdstip de waarde in het economische verkeer van die deelneming de boekwaarde overtreft.

### **11.2. Meer dan één deelneming**

Indien tot het vermogen van de omgezette onderneming meer dan één deelneming behoort, geldt de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor elk van deze deelnemingen afzonderlijk. Dit houdt in dat positieve voordelen uit een bepaalde deelneming tot een bedrag gelijk aan de op het overgangstijdstip in de aandelen in die deelneming aanwezige stille reserve niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

### **11.3. Bijzondere situaties**

#### **11.3.1. Voorwaarden 7b en 7c**

Voor enkele bijzondere situaties is in de voorwaarden 7b en 7c een regeling getroffen die vergelijkbaar is met artikel 13c, tweede lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De regeling houdt in dat de vennootschap wordt geacht

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

winst te hebben genoten tot het bedrag waarvoor de deelnemingsvrijstelling is uitgesloten.

### 11.3.2. Ontheffing onder voorwaarden

Deze regeling geldt onder meer bij vervreemding van de deelneming aan een verbonden lichaam. Ook geldt de regeling bij overdracht van de deelneming in het kader van de overdracht van een onderneming of een gedeelte daarvan waarop artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is. Ik ben evenwel in deze gevallen bereid op verzoek deze regeling buiten toepassing te laten, mits latere heffing verzekerd is en de overnemende vennootschap er mee instemt dat de in de standaardvoorwaarden 7a, 7b en 7c neergelegde regeling ook voor haar zal gelden. Verzoeken terzake kunnen worden opgenomen in het verzoek om toepassing van genoemd artikel 14. In andere gevallen kan een afzonderlijk verzoek worden gericht aan het Ministerie van Financiën, Directoraat-generaal Belastingdienst, sector Brieven en beleidsbesluiten (hierna: DGBel), Postbus 20201, 2500 EE Den Haag.

### 11.3.3. Voorwaarde 7e

Standaardvoorwaarde 7e is opgenomen in verband met artikel 13ca van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Deze voorwaarde voorkomt dat de vennootschap de regeling van artikel 13ca van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 deelachtig kan worden ingeval een deelneming reeds meer dan vijf jaren tot het ondernemingsvermogen van een om te zetten onderneming heeft behoord.'

## 7.9.3. Beschouwing

Onder het IB-regime van de Wet IB 1964, evenals onder dat van de Wet IB 2001, bestaat niet zoiets als een deelnemingsvrijstelling. Vervreemdingswinsten op aandelen die tot het ondernemingsvermogen behoren vallen onder de fiscale winst en worden op de normale wijze belast.

De kern van de zevende standaardvoorwaarde is een compartimenteringsgedachte met betrekking tot vermogensbestanddelen (naast aandelen ook lidmaatschapsrechten en bewijzen van deelgerechtigdheid) waarop onder de vennootschapsbelasting de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Zonder een nadere bepaling zou de IB-claim niet worden vervangen door een VPB-claim, omdat onder het VPB-regime op voordelen uit een deelneming de deelnemingsvrijstelling geldt.

Het gevolg van de zevende standaardvoorwaarde is dat de deelnemingsvrijstelling van [art. 13 Wet VPB 1969\\*](#) niet van toepassing is op de waardeangroei van de toekomstige deelneming tot aan het moment van het overgangstijdstip. De waardeangroei daarna valt wel onder de deelnemingsvrijstelling. De waarde in het economisch verkeer van de deelneming wordt niet bij voor bezwaar vatbare beschikking vastgesteld. De minister ([besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M\\*](#), par. 14.6.1., slot, NTFR 2010/1592) geeft aan dat als een belastingplichtige zekerheid wenst omtrent de vraag of hij aan de gestelde voorwaarden voldoet, hij in het kader van vooroverleg aan de inspecteur kan vragen of in zijn geval aan de voorwaarden wordt voldaan. Voor wat betreft de vraag of de waarde in het economische verkeer van een deelneming juist is vastgesteld, kan een belastingplichtige dus de inspecteur vragen omtrent de waarde een uitspraak te doen. Tegen deze uitspraak van de inspecteur

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

staan geen rechtsmiddelen open. De uitspraak moet eigenlijk meer worden beschouwd als een informatieve mededeling. De minister geeft tevens aan dat als de belastingplichtige en de inspecteur niet tot overeenstemming komen, er dan niets anders rest dan de waarde in het economisch verkeer van de deelneming bij een tegen de aanslag ingesteld beroep bij de rechter te toetsen. Dat kan dus pas als (een deel van) de deelneming wordt vervreemd en de omvang van de deelnemingsvrijstelling onderwerp van geschil is.

### *Meerdere deelnemingen*

Als er sprake is van meerdere deelnemingen die worden ingebracht, moet per deelneming de waarde in het economische verkeer op het overgangstijdstip worden vastgesteld. Alleen de per deelneming vastgestelde voordelen die uitstijgen boven de waarde in het economische verkeer vallen dan in de deelnemingsvrijstelling. Het kan dus zijn dat in een bepaald jaar al voordelen van deelneming X in de deelnemingsvrijstelling vallen, terwijl in het jaar daarop voordelen van deelneming Y nog in de winst vallen.

## **7.9.4. Jurisprudentie**

De Hoge Raad heeft in een uitspraak geoordeeld dat standaardvoorwaarde 8a van het [besluit van 24 september 1997, nr. DB97/2950\\*](#) - de huidige standaardvoorwaarde 7a – op het geval van belanghebbende van toepassing is, omdat de beschikking waarin de standaardvoorwaarden aan belanghebbende kenbaar zijn gemaakt, onherroepelijk vaststaat. Tevens is de standaardvoorwaarde niet onverbindend. Het voordeel uit deelneming valt derhalve niet onder de deelnemingsvrijstelling van [art. 13 Wet VPB 1969\\*](#).

De casus is als volgt:

De heer A heeft in het jaar 2000 zijn onderneming geruisloos ingebracht in belanghebbende, een bv. Tot het ingebrachte ondernemingsvermogen behoort een deelneming van 50% in een bv. In 2002 verkoopt belanghebbende deze aandelen aan bv1, de andere aandeelhouder. Het verkoopresultaat

op de deelneming wordt door de inspecteur tot het belastbare resultaat gerekend, omdat volgens hem, op grond van standaardvoorwaarde 8a, de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

De Hoge Raad is daarnaast van mening dat – naast de IB-ondernemer die tegen de standaardvoorwaarden in bezwaar en beroep kan gaan – de IB-ondernemer en de vennootschap tegen een aanslag inkomstenbelasting c.q. vennootschapsbelasting waarin de standaardvoorwaarden tot uitdrukking zijn gekomen, eveneens de rechtsmiddelen van bezwaar en beroep in kunnen zetten. De Hoge Raad volgt op dit punt A-G Wattel in zijn conclusie en overweegt in r.o. 3.3.1. als volgt:

'De omstandigheden dat een beschikking als de onderhavige als zodanig rechtens onaantastbaar is geworden en dat de betrokken besloten vennootschap de in de beschikking opgenomen, op haar betrekking hebbende voorwaarden heeft aanvaard, nemen niet weg dat zowel degene aan wie de beschikking is gericht als de betrokken besloten vennootschap vervolgens in het kader van de aanwending van een rechtsmiddel tegen een aan hem of haar opgelegde aanslag waarin aan een of meer van die

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

voorwaarden uitvoering wordt gegeven, de rechtsgeldigheid van deze voorwaarden ter toetsing kan voorleggen. Van een belastingplichtige kan bezwaarlijk worden gevergd dat hij met het oog op de eventuele aanwending van een rechtsmiddel tegen een beschikking dan wel de eventuele niet aanvaarding van de op hem betrekking hebbende voorwaarden, onderzoek doet naar alle mogelijke consequenties die de beschikking in een toekomstige constellatie zal kunnen blijken te hebben. Zou de belastingplichtige daartoe wel gehouden zijn, op straffe van verlies van de mogelijkheid om de geldigheid van de toepassing van een in de beschikking gestelde voorwaarde aan de orde te stellen in een procedure betreffende een (mede) op de beschikking gebaseerde aanslag, dan zou het gevolg daarvan zijn dat door de invoering van de mogelijkheid van het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een beschikking als de onderhavige, de rechtsbescherming is beperkt ten opzichte van de voordien bestaande situatie, terwijl met die invoering door de wetgever het tegendeel werd beoogd (vgl. punt 4.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal). Een belastingplichtige kan derhalve in een procedure tegen de aanslag aanvoeren dat de aanslag niet op een bij de beschikking gestelde voorwaarde had mogen worden gebaseerd omdat de uitvoering van die voorwaarde onredelijk bezwarend is dan wel niet bijdraagt aan het met de beschikking beoogde doel, te weten de verzekering van de heffing en invordering van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting die verschuldigd zouden zijn indien van een geruisloze overgang geen sprake zou zijn of wegens een ander gebrek dat kleeft aan een in de beschikking gestelde voorwaarde. ...'.

In zijn commentaar op dit arrest geeft Kuypers aan dat – hoewel belanghebbende geen baat heeft bij deze uitspraak – de praktijk hier wel bij gebaat is. De Hoge Raad heeft volgens hem in ieder geval duidelijk gemaakt wanneer een belanghebbende een geschil door de rechter kan laten toetsen als sprake is van een beschikking:

- waar geen bezwaar of beroep meer openstaat en dus een formele
- rechtskracht heeft; formeel niet aan belanghebbende is gericht, maar aan een derde;
- waarvan het bezwaar niet is gericht tegen de beschikking, maar tegen een later opgelegde aanslag.

Kuypers verwijst in zijn commentaar op deze uitspraak nog naar de analyse van A-G Wattel van de gevallen waarin er wel of niet geprocedeerd zou moeten kunnen worden bij een in kracht van gewijsde gegane beschikking. A-G Wattel is namelijk van mening dat belanghebbenden zich moeten kunnen beklagen over de vraag of de fiscus zich terecht op de gestelde voorwaarde beroept, of de fiscus deze correct interpreteert, of de feiten zich hebben voorgedaan die hun toepassing activeert en of hun concrete toepassing een beginsel van behoorlijk bestuur schendt. Dat geldt niet voor geldigheidsgebreken die binnen de bezwaartermijn kunnen worden aangevoerd, zoals de overschrijding van de op dat moment geldende bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden, of een andere strijd met een op dat moment geldende formele wet, strijd met het op dat moment geldende EU-recht, strijd met op dat moment geldende, rechtstreeks werkende regels van internationaal recht

en strijd met algemene rechtsbeginselen. Maar voor onvoorzienbare (wets)wijzigingen of Europeesrechtelijke ontwikkelingen geldt dan weer een uitzondering ([HR 17 december 2010, nr. 09/01580, NTFR 2011/62\\*](#)).

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

## 7.10. Achtste standaardvoorwaarde (termijn totstandkoming vennootschap en inbreng onderneming)

### 7.10.0. Geen registratie voorovereenkomst na 3 januari 2014

Met ingang van 3 januari 2014 worden voorovereenkomsten en intentieverklaringen niet meer geregistreerd bij de Belastingdienst. Dit vloeit voort uit de met ingang van 2013 in werking getreden Wet elektronische registratie notariële akten (Stb. 2012, 648). De Belastingdienst registreert sindsdien alleen nog onderhandse pandakten aangezien registratie daarvoor een wettelijk vormvereiste is. Voortaan moet in deze gevallen de voorovereenkomst of intentieverklaring aangetekend worden verzonden naar Postbus 13, 6400 AA Heerlen. Daarbij moet een geleideformulier worden gebruikt dat is in te vullen op [www.belastingdienst.nl](http://www.belastingdienst.nl) (Nieuwsbericht Belastingdienst 3 januari 2014, NTFR 2014/348\*).

### 7.10.1. Tekst

'De vennootschap komt binnen vijftien maanden na het overgangstijdstip tot stand en de inbreng vindt eveneens binnen deze termijn plaats.'

### 7.10.2. Toelichting minister

#### '12.1. Overgangstijdstip

##### 12.1.1. Bepaling overeenkomstig wet en jurisprudentie

Het tijdstip van overgang van de heffing van inkomstenbelasting naar de heffing van vennootschapsbelasting – het overgangstijdstip – wordt in beginsel overeenkomstig wet en jurisprudentie bepaald. Dat betekent dat het overgangstijdstip niet kan liggen voor het moment waarop de voorovereenkomst is gesloten (Hoge Raad 4 november 1953, nr. 11.449).

##### 12.1.2. Terugwerkende kracht toegestaan onder voorwaarden

Wanneer de voorovereenkomst is gesloten en geregistreerd binnen negen maanden na het laatste volledige boekjaar van de belastingplichtige wordt om praktische redenen op verzoek medewerking verleend aan omzetting met terugwerkende kracht met ingang van de eerste dag van het op het laatste volledige boekjaar volgende boekjaar. Deze terugwerkende kracht wordt echter niet verleend indien dat tot gevolg zou hebben dat een incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald.

Terugwerkende kracht naar een andere datum wordt niet toegestaan. Aan de hiervoor vermelde termijn van negen maanden zal strikt de hand worden gehouden.

##### 12.1.3. Registratie. Legalisatie

Onder registratie wordt verstaan registratie bij de inspecteur van de Belastingdienst, bevoegd voor de uitvoering van de Registratiewet 1970. In dit verband merk ik op dat legalisatie door een notaris niet kan worden gelijkgesteld met registratie. Indien vaststaat dat:

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

- de aanvraag van de verklaring van geen bezwaar (artikel 2:175, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek) binnen de termijn van negen maanden door het ministerie van Justitie is ontvangen, of het verzoek om toepassing van artikel 3.65 van de Wet IB 2001 met de hierbij te overleggen stukken binnen die termijn door de inspecteur is ontvangen, of
- binnen die termijn door een notaris een akte van depot of andere notariële akte is opgemaakt

waarin het voornemen tot het oprichten van een vennootschap tot uitdrukking komt, kunnen daaraan dezelfde gevolgen worden verbonden als aan een binnen die termijn geregistreerde voorovereenkomst.

#### 12.1.4. Intentieverklaring

Het is mogelijk dat de oprichter eenzijdig een intentieverklaring opstelt en laat registreren waarin hij zijn voornemen tot uitdrukking brengt. Aan deze intentieverklaring zullen onder dezelfde voorwaarden dezelfde gevolgen worden verbonden als aan een voorovereenkomst.

#### 12.2. Ondernemersfaciliteiten in de voor-voorperiode

Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat de belastingplichtige bij een geruisloze omzetting met terugwerkende kracht geen aanspraak kan maken op ondernemersfaciliteiten over de zogenoemde voor-voorperiode aangezien in de derde standaardvoorwaarde uitdrukkelijk wordt vastgesteld dat de onderneming wordt geacht rechtstreeks voor rekening van de vennootschap te zijn uitgeoefend vanaf het overgangstijdstip.

#### 12.3. Termijn totstandkoming en inbreng

##### 12.3.1. Algemeen

De vennootschap dient tot stand te komen en de inbreng dient te geschieden binnen vijftien maanden na het overgangstijdstip. Onder inbreng van de onderneming wordt verstaan de eigendomsoverdracht van de bestanddelen van het ondernemingsvermogen. De aandacht wordt erop gevestigd dat aan deze termijn strikt de hand zal worden gehouden. Dit geldt ook in die gevallen waarin de voorwaarden waaronder de geruisloze omzetting kan plaatsvinden, niet zijn vastgesteld voor het verstrijken van bedoelde termijn. De belastingplichtige die een geruisloze omzetting van zijn onderneming in een vennootschap overweegt, dient daarom tijdig maatregelen te treffen. Met name moet de verklaring van geen bezwaar tijdig worden aangevraagd. Moeilijkheden voortvloeiende uit late indiening van verzoeken, zoals de aanvraag van de verklaring van geen bezwaar en het verzoek om geruisloze omzetting, zijn voor rekening van de belastingplichtige. In verband hiermee wordt dringend verzocht het volledige verzoek om geruisloze omzetting zo spoedig mogelijk bij de inspecteur in te dienen.

##### 12.3.2. Aanpassing overgangstijdstip

Indien de oprichting en de inbreng niet binnen een termijn van vijftien maanden na het in de voorovereenkomst bepaalde overgangstijdstip hebben plaatsgevonden, bestaat er geen bezwaar tegen dat een ander overgangstijdstip wordt gekozen. Het nieuwe overgangstijdstip kan dan liggen op of na de datum van de voorovereenkomst. Uiteraard geldt de termijn van vijftien maanden ook voor het nieuw gekozen overgangstijdstip.<sup>1</sup>

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

### 7.10.3. Beschouwing

De achtste standaardvoorwaarde regelt de termijn waarin de vennootschap moet zijn opgericht en de onderneming moet zijn ingebracht. Dit moet geschieden binnen vijftien maanden na het overgangstijdstip. De minister geeft in zijn toelichting op deze standaardvoorwaarde aan dat aan de termijnen strikt de hand zal worden gehouden. In beginsel is dat terecht. Het heffingsproces mag door een geruisloze inbreng niet te veel worden verstoord, maar ik vraag me af of – als er aan de zijde van belastingplichtige sprake is van overmacht – geen oprekking van deze termijn mogelijk is. Dat vloeit mijns inziens voort uit algemene beginselen van bestuursrecht.

#### *Registratie van de voorovereenkomst en terugwerkende kracht*

Registratie van de voorovereenkomst is niet in alle gevallen nodig. Alleen als wordt verzocht om een terugwerkende kracht is een dergelijke registratie nodig. Uitgangspunt is dat aan de registratie van een voorovereenkomst geen terugwerkende kracht kan worden verleend ([HR 4 november 1953, nr. 11.449\\*](#), BNB 1954/18\*). Als evenwel een voorovereenkomst en de registratie ervan plaatsvindt vóór 1 oktober van een bepaald jaar, dan kan het overgangstijdstip worden vastgesteld op 1 januari van dat jaar. De enige voorwaarde die hierbij wordt gesteld, is dat er geen sprake mag zijn van een incidenteel fiscaal voordeel. In welke gevallen sprake is van een dergelijk voordeel wordt – in tegenstelling tot de in het verleden geldende standaardvoorwaarden (besluit van 24 september 1997, nr. DB97/2950M, par. 13.1.2) onder art. 18 Wet IB 1964 – niet meer ingevuld. De Vries en Post geven aan dat uit jurisprudentie kan worden opgemaakt dat een stelselwijziging op enkel fiscale gronden met gevolgen die zich over meerdere jaren uitstrekken, niet kan zijn gericht op het behalen van een incidenteel voordeel. (Zie R.J. de Vries en D.R. Post, 'Naar een convergerend begrip incidenteel fiscaal voordeel', WFR 2010/6868, p. 960-970.) Boomsluiters geeft aan dat de Hoge Raad tot op heden het woord 'incidenteel' in 'incidenteel fiscaal voordeel' niet nader heeft ingevuld. Moet onder het woord 'incidenteel' eenmalig of kortdurend worden verstaan? Boomsluiters pleit er in zijn bijdrage voor om onder 'incidenteel' onbedoeld te verstaan. Volgens hem zouden met die uitleg de jurisprudentie en besluiten beter aansluiten bij de bedoeling van de wetgever ([E. Boomsluiters, Incidenteel is onbedoeld; een andere kijk op het begrip 'incidenteel fiscaal voordeel', MBB 2019/6\\*](#)).

#### *Afschaffing verklaring van geen bezwaar*

De Tweede Kamer heeft het Wetsvoorstel afschaffing verklaring van geen bezwaar zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen. De wet is in werking getreden op 1 juli 2011 (Kamerstukken II, 31 948, [NTFR 2010/77\\*](#)).

### 7.10.4. Jurisprudentie

#### *Jurisprudentie termijn totstandkoming vennootschap en inbreng*

Uit jurisprudentie (Hof Den Haag 11 december 2001, nr. 01/01222, FED 2002/189) blijkt dat de werking van de aan de achtste standaardvoorwaarde voorafgaande gelijkkluidende tiende standaardvoorwaarde, zoals die gold voor de toepassing van [art. 18 Wet IB 1964\\*](#), verbindend is. Deze uitspraak is onverkort van toepassing op art. 3.65.

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)



### *Jurisprudentie inhoud intentieverklaring*

Hof Den Bosch heeft in een uitspraak aangegeven dat een intentieverklaring geen te ruim omschreven voorwaarden mag bevatten op straffe van het niet afgeven van een beschikking in de zin van [art. 18 Wet IB 1964 \(Hof Den Bosch 2 juni 2005, nr. 03/00335, NTFR 2005/1134\\*\)](#). Hoewel deze uitspraak is geweest onder het regime van de Wet IB 1964 is deze uitspraak ook van belang voor de Wet IB 2001. Uit de uitspraak van het hof blijkt dat in een intentieverklaring in elk geval een overgangstijdstip moet zijn opgenomen, dat de onderneming van belanghebbende moet worden ingebracht (voor een uitgebreide behandeling van de inbreng van de onderneming verwijs ik naar [aantekening 1.4 van dit commentaar\\*](#)) en dat de aandelen door middel van inbreng van de onderneming moeten worden volgestort (er mag geen optie in staan dat de aandelen ook eventueel met contanten kunnen worden volgestort). Belanghebbende is tegen deze hofuitspraak in cassatie gegaan.

De casus is als volgt:

Belanghebbende exploiteert in de periode 1999-2001 een veeteelt- en akkerbouwbedrijf. Op 15 december 2000 is een intentieverklaring door belanghebbende getekend tot oprichting van een bv die een agrarisch bedrijf zal uitoefenen. Deze verklaring is op 19 december 2000 geregistreerd. Op 29 juni 2001 richt belanghebbende de bv op en brengt hij zijn onderneming hierin in. In geschil is onder meer of sprake is van een vóór 1 januari 2001 bestaand voornemen tot omzetting en van een vóór 1 januari 2001 gelegen overgangstijdstip, zodat ter zake [art. 18 Wet IB 1964\\*](#) nog toepassing kan vinden. Tegen de afwijzende beschikking van de inspecteur komt belanghebbende in beroep.

Het hof overweegt dat in de intentieverklaring weliswaar valt te lezen dat belanghebbende het voornemen heeft te komen tot oprichting van een besloten vennootschap, maar uit die verklaring blijkt naar het oordeel van het hof geenszins dat de onderneming van belanghebbende zal worden omgezet in een besloten vennootschap en evenmin van enig – vóór 1 januari 2001 gelegen – overgangstijdstip. De bewoordingen van de akte van inbreng doen hier niet aan af, noch onderdeel 6 van de intentieverklaring, waarin wordt gesproken van 'al dan niet met gebruikmaking van de fiscale faciliteiten neergelegd in de artikelen 18 en 45a van de Wet op de inkomstenbelasting', nu deze bepaling geenszins uitsluit dat het aandelenkapitaal in contanten zal worden volgestort. Belanghebbende was tegen de uitspraak van Hof Den Bosch in cassatie gegaan, maar de Hoge Raad heeft dat beroep met inachtneming van [art. 81 Wet RO\\*](#) afgewezen ([HR 20 oktober 2006, nr. 42.276\\*](#)).

Hof Den Bosch heeft in een uitspraak aangegeven dat niet aannemelijk is geworden dat een onderneming voor rekening en risico van een bv i.o. is gedreven. De casus is als volgt: Belanghebbende is als medisch specialist via een maatschap met andere specialisten verbonden aan een ziekenhuis. In geschil is primair of het winstaandeel in de maatschap voor rekening en risico van een bv i.o. komt. De rechtbank is van oordeel dat belanghebbende dit niet aannemelijk heeft gemaakt. Belanghebbende heeft ten bewijze van zijn stelling een afschrift van een niet geregistreerde voorovereenkomst tot oprichting van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid overgelegd. In de voorovereenkomst staat vermeld dat deze door belanghebbende en zijn echtgenote

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

is 'Opgemaakt en ondertekend te [woonplaats], d.d. 21 december 2000.' Deze voorovereenkomst is bij de aangifte voor het jaar 2001, die is ingediend op 7 februari 2003, aan de inspecteur kenbaar gemaakt. In de correspondentie met de inspecteur betreffende deze voorovereenkomst wijst de gemachtigde van belanghebbende erop dat de voorovereenkomst een intentieverklaring is waarbij belanghebbende steeds de mogelijkheid heeft willen behouden erop terug te kunnen komen. Bij het horen in de bezwaarfase en tijdens de behandeling van het beroep in eerste aanleg belanghebbende verklaard dat hij van meet af aan de onderneming in de bv heeft willen inbrengen. Het hof overweegt dat voor het in aanmerking kunnen nemen van een voorperiode noodzakelijk is dat de partijen bij de voorovereenkomst zich tot de inbreng van de onderneming en de toerekening van het resultaat aan de vennootschap hebben verbonden. In het onderhavige geval leidt het hof uit een aantal brieven van de gemachtigde van belanghebbende aan de inspecteur af dat belanghebbende en zijn echtgenote zich, in weerwil van de bewoordingen van die voorovereenkomst, niet wensten te verbinden tot de oprichting en inbreng, maar een definitieve beslissing daaromtrent wensten aan te houden. De voorovereenkomst is ook niet geregistreerd en ook overigens is aan derden niet kenbaar gemaakt dat de onderneming voortaan voor rekening en risico van de op te richten vennootschap werd gedreven. Het hof stelt de inspecteur in het gelijk ([Hof Den Bosch 3 april 2009, nr. 07/00252, NTFR 2009/1288\\*](#)).

#### *Jurisprudentie terugwerkende kracht en incidenteel fiscaal voordeel*

Aan het tijdstip van de geruisloze inbreng kan geen terugwerkende kracht worden verleend als sprake is van incidenteel fiscaal voordeel. De Hoge Raad moest over een dergelijke casus oordelen.

De casus is als volgt:

Belanghebbende verricht journalistieke werkzaamheden (onder meer) in het kader van een eenmanszaak. Hij is betrokken geweest bij het onderzoeksproject W. Daarvoor heeft belanghebbende in april 2007 een eenmalige vergoeding van \$ 1.000.000 (€ 736.377) ontvangen. Op 18 september 2007 heeft belanghebbende een intentieverklaring opgesteld – die op 21 september 2007 bij de fiscus is geregistreerd – tot het oprichten van een bv, waarin per 1 januari 2007 de eenmanszaak is ingebracht. De bv is op 26 maart 2008 opgericht. Het verzoek om een geruisloze inbreng per 1 januari 2007 is door de inspecteur afgewezen, omdat niet is voldaan aan de toelichting van de staatssecretaris bij de achtste standaardvoorwaarde. Met de terugwerkende kracht zou namelijk een incidenteel fiscaal voordeel worden behaald.

De Hoge Raad is van mening dat het tariefvoordeel bij een bepaalde omvang van de winst tussen enerzijds de IB/PVV over de winst uit onderneming en anderzijds de vennootschapsbelasting en (op termijn) de heffing van IB/PVV over de aanmerkelijkbelangwinst, bij omzetting van de onderneming in een besloten vennootschap niet een incidenteel maar een permanent voordeel is. Aan het verlenen van terugwerkende kracht aan een geruisloos plaats te vinden inbreng van een onderneming in een besloten vennootschap is onlosmakelijk verbonden het gevolg dat ook de in de periode van terugwerkende kracht uit die onderneming genoten winst wordt belast tegen het voor de vennootschapsbelasting geldende tarief en op termijn met IB/PVV in het kader van het aanmerkelijkbelangregime. Het hiervoor bedoelde tariefvoordeel is dus ook verbonden aan de in die periode behaalde winst. De enkele omstandigheid dat in het

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

onderhavige geval in 2007 vóór de intentieverklaring een hoge – incidentele – bate opkwam in het kader van de door belanghebbende uitgeoefende en door hem in de bv in te brengen onderneming en daardoor het tariefvoordeel in dat jaar groot was, maakt dat voordeel niet een incidenteel fiscaal voordeel in de zin van het Besluit ([HR 22 mei 2015, nr. 14/01521, NTFR 2015/1633\\*](#)).

Ligthart geeft in zijn commentaar aan dat de wetgever heeft verzuimd het begrip 'incidenteel fiscaal voordeel' nader in te vullen. Nadere jurisprudentie zal de reikwijdte van deze uitspraak verder moeten invullen. Het is volgens hem de vraag of de wetgever daar op wil wachten of op korte termijn de voorwaarden gaat aanscherpen. Tevens wil ik nog wijzen op het artikel van J. Gooijer waarin het begrip 'incidenteel fiscaal voordeel' en bovengenoemde uitspraak nader worden geanalyseerd ([J. Gooijer, 'Incidenteel fiscaal voordeel en terugwerkende kracht', NTFR-B 2015/24\\*](#)).

## **7.11. Negendestandaardvoorwaarde(aanvaardingvoorwaardenenbepkeringen)**

### **7.11.1. Tekst**

'De vennootschap verklaart schriftelijk aan de voor de heffing van inkomstenbelasting bevoegde inspecteur dat zij de bovenstaande voorwaarden en beperkingen aanvaardt.'

### **7.11.2. Toelichting minister**

#### **'13.1. Akkoordverklaring**

De voorwaarden worden opgenomen in een door de inspecteur af te geven voor bezwaar vatbare beschikking. Het is dus niet nodig dat de belastingplichtige zich akkoord verklaart met de voorwaarden. De voor bezwaar vatbare beschikking is echter uitsluitend gericht aan de belastingplichtige en niet aan de vennootschap. Het is daarom nog wel noodzakelijk dat de vennootschap de voorwaarden – voorzover deze haar aangaan – aanvaardt. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 12 september 2003, nr. 37 450, wordt in de voorwaarde geen termijn meer gesteld waarbinnen de akkoordverklaring moet zijn ontvangen.'

### **7.11.3. Beschouwing**

De Hoge Raad ([HR 12 september 2003, nr. 37.450, NTFR 2003/1527\\*](#)) heeft geoordeeld dat de voorwaarden door de vennootschap kunnen worden geaccepteerd, totdat er sprake is van onherroepelijke fiscale gevolgen. De inspecteur heeft daarentegen wel het recht de voorwaarden aan te passen, zolang deze door belanghebbende nog niet zijn geaccepteerd. In de desbetreffende procedure had de inspecteur de voorwaarden aangepast aan het regime van de Wet IB 2001.

#### *Negatieve terugkeerreserve*

Als op de balans van een IB-onderneming een negatieve terugkeerreserve staat, houdt dat in dat de belastingplichtige nog een negatieve belastingclaim (belastingvordering) heeft. Normalerwijs valt deze negatieve terugkeerreserve bij staking van de

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

onderneming vrij en wordt deze in mindering gebracht op de fiscale winst ([art. 3.54a\\*](#), lid 2).

In art. 3.65, lid 3 wordt op dit beginsel een uitzondering gemaakt. De negatieve terugkeerreserve wordt niet in mindering gebracht op de winst, maar valt vrij zonder dat dit de winst beïnvloedt. Er zal bij de verkrijgingsprijs van de aandelen met het vervallen van de negatieve terugkeerreserve rekening worden gehouden.

In de parlementaire behandeling ([Kamerstukken, 28 487, nr. 8\\*](#), p. 9) is hieraan de volgende passages gewijd:

'(...) Hiertoe zal de zevende standaardvoorwaarde voor de toepassing van artikel 3.65 worden aangevuld met de bepaling dat de verkrijgingsprijs van de aandelen, die in het kader van de geruisloze omzetting zijn verkregen, wordt verhoogd met 200 procent van de negatieve terugkeerreserve.'

Deze toezegging is in het [besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M\\*](#), par. 10, NTFR 2010/1592, opgenomen. Ik verwijs hiervoor naar aantekening 7.8. van dit commentaar.

## **7.12. Extra voorwaarde: in het buitenland woonachtige aandeelhouder**

### **7.12.1. Tekst**

'Artikel 3.65, eerste lid, eerste volzin, van de Wet IB 2001 (zogenoemde niet-stakingsfictie) geldt vanwege claimverlies niet voor zover de uit de toepassing van de faciliteit van de geruisloze omzetting voortvloeiende aanmerkelijkbelangclaim (als gevolg van verdragstoepassing) niet kan worden geëffectueerd. In dat geval verhoogt de inspecteur de aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen van belastingplichtige met het bedrag van dat claimverlies (hierna: het geconserveerde bedrag). De verhoging vindt plaats in het laatste jaar waarin de resultaten van de onderneming van belastingplichtige in de inkomstenbelasting worden betrokken. Het voorgaande leidt er echter niet toe dat de in de vennootschapsbelasting gedreven onderneming voor het gestaakte aandeel tegen de werkelijke waarde wordt voortgezet.

Het geconserveerde bedrag wordt bepaald door het aanmerkelijkbelangtarief geldend in het jaar van de geruisloze omzetting te vermenigvuldigen met de belastingclaim die niet behouden blijft. De claim die niet behouden blijft, is gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de om te zetten onderneming minus de boekwaarde van die onderneming op het overgangstijdstip en verminderd met de vennootschapsbelastingclaim die op het overgangstijdstip wordt gevestigd.

Indien en voor zover zonder de toepassing van artikel 3.65 van de Wet IB 2001 voordelen – zowel positieve als negatieve voordelen – zouden zijn vrijgesteld door de toepassing van artikel 3.11 of 3.12 van de Wet IB 2001 wordt de waarde in het economische verkeer van de onderneming genoemd in de vorige volzin tevens verlaagd respectievelijk verhoogd met deze voordelen.

De vennootschapsbelastingclaim wordt berekend door het vennootschapsbelastingtarief geldend in het jaar van de geruisloze omzetting te vermenigvuldigen met het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de om te zetten onderneming en de

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

boekwaarde van die onderneming op het overgangstijdstip. Hierbij wordt uiteraard ook rekening gehouden met eventuele objectieve vrijstellingen ex. artikel 3.11 of 3.12 van de Wet IB 2001.

De ontvanger verleent de belastingschuldige op diens schriftelijk verzoek uitstel van betaling voor het geconserveerde bedrag mits voldoende zekerheid wordt gesteld en wordt ingestemd met de door de ontvanger te stellen voorwaarden. Het schriftelijke verzoek en de zekerheidstelling blijven achterwege in geval de belastingschuldige in een lidstaat van de Europese Unie woont.

Het uitstel eindigt indien zich een situatie voordoet genoemd in artikel 25, achtste lid, onderdeel a of b, van de Invorderingswet 1990 dan wel indien de feitelijke leiding van de vennootschap wordt verplaatst naar een ander land dan Nederland.

Artikel 24, achtste lid, artikel 26, vierde en vijfde lid, onderdeel a, artikel 28, tweede lid, van de Invorderingswet 1990 zijn van overeenkomstige toepassing.'

## 7.12.2. Toelichting

'Deze voorwaarde brengt met zich dat de (inkomsten)belastingclaim in geval van toepassing van de faciliteit van de geruisloze omzetting in alle situaties globaal gehandhaafd blijft. Omdat de naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid tegen boekwaarden de onderneming voortzet, blijft deze claim doorgaans behouden. De inkomstenbelastingclaim wordt dan omgezet in een qua grootte vergelijkbare vennootschapsbelasting- en aanmerkelijkbelangclaim.

In situaties waarin (een deel van) de inkomstenbelastingclaim verloren dreigt te gaan, wordt op grond van deze voorwaarde dit claimverlies veilig gesteld door de aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen van belastingplichtige met dit verlies te verhogen. De aanslag van het laatste jaar waarin de resultaten van de onderneming van belastingplichtige in de inkomstenbelasting worden betrokken, wordt verhoogd.

Genoemd claimverlies ontstaat onder andere indien een buitenlandse belastingplichtige een verzoek om toepassing van deze faciliteit doet. De consequentie van de voorwaarde is dat de onderneming voor een deel is gestaakt. Deze staking betekent echter niet dat de onderneming voor dit deel tegen de werkelijke waarde wordt voortgezet.

De berekening van genoemd geconserveerd bedrag is als volgt:

ab-tarief x ((waarde in het economisch verkeer onderneming  
-/- boekwaarde onderneming -/- vrijstelling artikel 3.11/3.12 Wet IB 2001) -  
/- vennootschapsbelastingclaim)

De vennootschapsbelastingclaim wordt bepaald door het vennootschapsbelastingtarief te vermenigvuldigen met het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de boekwaarde van de onderneming op het overgangstijdstip. Voor het geconserveerde bedrag wordt op verzoek van de natuurlijke persoon/aandeelhouder uitstel van betaling verleend. Belastingplichtige moet dan wel zekerheid stellen. In geval de aandeelhouder woonachtig is in een EU-lidstaat, verleent de ontvanger automatisch uitstel van betaling en vervalt de zekerheidstellingseis. Genoemd uitstel wordt beëindigd in geval en voor zover aandelen of winstbewijzen die aan het uitstel ten grondslag liggen, worden vervreemd. Hiertoe wordt ook gerekend de verplaatsing van de feitelijke leiding van de opgerichte vennootschap. De belastingaanslag wordt alsdan invorderbaar. Vervreemding

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

wordt opgevat conform hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 met uitzondering van de situatie waarin de faciliteit van artikel 14c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt toegepast maar inclusief de situatie waarbij de feitelijke leiding van de vennootschap wordt verplaatst.

Gedurende het uitstel wordt niet overgegaan tot verrekening van uit te betalen belastingbedragen met de bedragen waarvoor uitstel van betaling is verleend. Evenmin wordt invorderingsrente in rekening gebracht.

Bij vervreemding van (een deel van) de aandelen vindt invordering van een evenredig deel van de aanslag plaats. Bij het uitkeren van dividend wordt de aanslag verminderd met de verschuldigde dividendbelasting voorzover het heffingsrecht voor deze belasting volgens verdragsrechtelijke regels aan Nederland wordt toegewezen.

## Voorbeeld

31-12-19	Eenmanszaak A			
	BW	WW		
Kas	50	50	Kapitaal	200
Gebouw	200	300	Schulden	100
Inventaris	100	150	Crediteuren	50
	350	500		350
01-01-08	Bv A			
Kas	50		EV	200 (a.k 95)
Gebouw	200		Schulden	100
Inventaris	100		Crediteuren	50
	350			350

Stel:

De balans van A, woonachtig in België, ziet er ultimo 2007 als hierboven uit. Het overgangstijdstip is 1-1-2008. Er is geen goodwill in de onderneming van A aanwezig. A valt onder het hoogste IB-tarief (stel: 50%). Het Vpb-tarief is 25%(2019).

### *Ruisende inbreng*

Indien A de onderneming ruisend inbrengt in een bv zou de Nederlandse fiscus als gevolg van de staking van de onderneming 67,5 van A ontvangen. De stakingswinst bedraagt namelijk 150 (meerwaarde in het gebouw en de inventaris) en de belastbare winst is ongeveer 135 (150 minus de ondernemersaftrek en minus de MKB-winstvrijstelling). De fiscus legt A als gevolg van de staking dan een hogere aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen op van 67,5 (50% x 135).

### *Artikel 3.65 Wet IB2001*

Bij toepassing van artikel 3.65 Wet IB is het de bedoeling dat de IB-claim (in casu dus 67,5) wordt omgezet in een ongeveer even grote Vpb- ( $150 \times 25\% = 37,5$ ) en ab-claim ( $(150 - 37,5 = 112,5) \times 25\% = 28,13$ ). Als gevolg van de geruisloze omzetting behoort met andere woorden een belastingclaim van  $(37,5 + 28,13) 65,63$  te ontstaan voor Nederland. Doordat A geen inwoner is van Nederland ontstaat doorgaans echter slechts een claim van 37,5. Op grond van verdragsrechtelijke regels raakt Nederland een deel van

\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)

de belastingclaim (de ab-claim) kwijt. Om dit te herstellen verhoogt de inspecteur daarom de aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen van belastingplichtige met genoemd claimverlies.

De verhoging bedraagt op grond van de voorwaarde  $25\% \times ((350 - 200 - 0) - (25\% \times (350 - 200))) = 25\% \times (150 - 37,5) = 28,13$ . Dit is dus gelijk aan het belastingbedrag dat Nederland veelal kwijtraakt.'

### 7.12.3. Beschouwing

De nieuwe standaardvoorwaarde is bedoeld voor buitenlandse belastingplichtigen die door middel van een vaste inrichting een IB-onderneming in Nederland drijven. De resultaten van deze onderneming worden op grond van

art. 7.2

in Nederland belast. Een buitenlandse belastingplichtige kan een verzoek indienen aangaande de toepassing van art. 3.65. Bij honorering van dat verzoek wordt de IB-belastingclaim vervangen door een VPB-claim en een aanmerkelijkbelangclaim.

De VPB-claim vormt geen probleem. De vennootschap is in Nederland gevestigd, waardoor het Nederlandse heffingsrecht is gewaarborgd. Het probleem vormt echter de aanmerkelijkbelangclaim. Op basis van de door Nederland gesloten bilaterale belastingverdragen heeft ons land een beperkt heffingsrecht op inkomen uit aanmerkelijk belang. Door de toepassing van art. 3.65 zou Nederland dus een deel van het heffingsrecht mogelijk kwijtraken. Het doel van de standaardvoorwaarden is om te voorkomen dat bij de omzetting van een voor de inkomstenbelasting gedreven onderneming naar een voor de vennootschapsbelasting gedreven onderneming een verlies van de aanmerkelijkbelangbelastingclaim ontstaat. De onderneming in de vennootschap wordt tegen boekwaarden voortgezet.

Dit mogelijke claimverlies wordt door middel van de nieuwe standaardvoorwaarde voorkomen. De inspecteur krijgt de mogelijkheid om in het laatste jaar waarin de resultaten van de onderneming in de inkomstenbelasting worden betrokken, de aanslag inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen te verhogen met de aanmerkelijkbelangclaim. De verhoging van de aanslag met de aanmerkelijkbelangclaim betreft geconserveerd inkomen. Indien de buitenlandse belastingplichtige in een EU-lidstaat woont, wordt automatisch uitstel van betaling verleend en hoeven er geen zekerheden te worden gesteld. Dat is anders als de belastingplichtige buiten de EU woont. Dan is uitstel van betaling op verzoek slechts mogelijk na het stellen van zekerheden.

De aanslag inkomstenbelasting/premieheffing wordt (naar rato) ingevorderd als (een deel van) de aandelen (wordt) worden vervreemd. Dat gebeurt ook als de werkelijke leiding van de vennootschap uit Nederland wordt verplaatst. De aanslag wordt verminderd met de dividendbelasting van mogelijke toekomstige dividenduitkeringen. Verrekening van belastingbedragen met dit geconserveerde belastingbedrag is echter niet mogelijk.

Ik verwijs tevens naar het uitgebreide commentaar van de redactie van NTFR (onder punt 10)

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

bij het besluit van 30 juni 2010, nr. DGB2010/3599M, in [NTFR 2010/1592\\*](#).

De redactie van Vakstudie Nieuws (V-N 2008/26.12) ziet nog een mogelijk probleem met betrekking tot oude belastingverdragen die nog de vijfjaarstermijn van het aanmerkelijkbelangvoorbehoud bevatten en waarvan de conserverende aanslag dus nog geen onderdeel uitmaakt. A-G Wattel heeft geconcludeerd ([Conclusie A-G Wattel 4 oktober 2006, nr. 42.699, NTFR 2006/1630\\*](#), en [nr. 42.701 en 42.702, NTFR 2006/1629\\*](#)) dat de conserverende aanslag met betrekking tot het aanmerkelijk belang niet in strijd is met de oudere belastingverdragen. De Hoge Raad heeft in deze zaken echter nog geen arrest gewezen. Feit is wel dat in deze standaardvoorwaarde verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap leidt tot invordering van de conserverende aanslag, terwijl dit op grond van in normale gevallen niet geschiedt. De redactie vermoedt dat deze eis is gesteld in verband met de oudere belastingverdragen. Na verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap heeft Nederland dan geen enkel heffingsrecht meer op de aanmerkelijkbelanginkomsten, omdat er geen sprake meer is van een in Nederland gevestigde vennootschap. Het lijkt erop dat met deze standaardvoorwaarde de werking van deze oudere belastingverdragen wordt omzeild. De redactie vraagt zich af of dat wel verdragsproof is. Rechtbank Arnhem acht deze voorwaarde wel verdragsproof. Ik verwijs hiervoor naar aantekening 7.12.4.

#### 7.12.4. Jurisprudentie

Deze standaardvoorwaarde is aan de orde geweest in een uitspraak van Rechtbank Arnhem toen de standaardvoorwaarden van het [besluit van 11 augustus 2004, nr. CPP2004/664\\*](#) M, NTFR 2004/1291, nog van toepassing waren. In dit besluit waren geen bijzondere voorwaarden opgenomen voor buitenlandse belastingplichtigen, die op grond van [art. 7.2\\*](#) ook gebruik kunnen maken van art. 3.65, waarbij de staatssecretaris van zijn bevoegdheid gebruik kan maken om in geval van mogelijk ab-claimverlies extra voorwaarden te stellen. In deze casus heeft de staatssecretaris van die bevoegdheid gebruik gemaakt.

De casus is als volgt:

Belanghebbenden wonen in Duitsland en drijven samen in de vorm van een vof een onderneming. Zij verdienen hun inkomen (nagenoeg) geheel in Nederland en opteren voor binnenlandse belastingplicht. In 2007 hebben ze hun onderneming ingebracht in een daartoe opgerichte bv.

Daarbij hebben ze verzocht om toepassing van de faciliteit van de geruisloze omzetting ([art. 3.65\\*](#), lid 1). In de beschikking die de inspecteur afgeeft, is een extra voorwaarde opgenomen. Deze voorwaarde is opgenomen, omdat in belastingverdragen heffing over inkomsten uit aandelen in de regel wordt toegewezen aan het woonland. Nederland zou het heffingsrecht over de inkomsten uit aandelen verliezen.

De extra voorwaarde houdt in dat de inspecteur de aanslag verhoogt met het ab-claimverlies (geconserveerd bedrag) en onder voorwaarden uitstel van betaling verleent voor dit bedrag. De conserverende aanslag vervalt – anders dan bij ingezetenen in Nederland – niet na verloop van tien jaren. In geschil is of het opnemen van deze extra voorwaarde ter behoud van ab-claimverlies is toegelaten.

Rechtbank Arnhem oordeelt dat de positie van belanghebbenden zowel rechtens als feitelijk afwijkt van Nederlandse ingezetenen en dat geen sprake is van gelijke gevallen

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*



die gelijk behandeld zouden moeten worden. Het mogelijke ab-claimverlies kan zich namelijk alleen voordoen als belastingplichtigen niet in Nederland wonen. Van een strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel is dan ook geen sprake. Ook volgt de rechtbank belanghebbenden niet in hun stelling dat sprake is van een dubbele heffing, nu de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen wordt opgehoogd met het vastgestelde bedrag van het ab-claimverlies. Het betoog van belanghebbenden inzake de belemmering van de hen toekomende vrijheden op grond van het VwEU berust op de onjuiste veronderstellingen dat geen rekening wordt gehouden met een eventuele waardedaling en dat de aanmerkelijkbelanghouder en de IB-ondernemer zich in een rechtens gelijke situatie bevinden. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond ([Rechtbank Arnhem 14 juli 2011, nr. 09/04121 en 09/04122, NTFR 2011/2489\\*](#)).

Belanghebbende is tegen bovengenoemde uitspraak in hoger beroep gegaan. Hof Arnhem komt echter tot een geheel andere conclusie. In tegenstelling tot hetgeen Rechtbank Arnhem heeft geoordeeld, is het hof van mening dat de positie van binnenlandse belastingplichtigen en buitenlandse belastingplichtigen niet van elkaar verschillen. In beide gevallen gaat het namelijk om de heffing van inkomstenbelasting over de stakingswinst die wordt gerealiseerd door de inbreng van de onderneming in een besloten vennootschap. Volgens het hof is de voorwaarde die aan buitenlandse belastingplichtigen wordt opgelegd bezwarender dan de voorwaarde die aan binnenlandse belastingplichtigen wordt opgelegd. Volgens het hof bestaat daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond, zodat het stellen van de betreffende voorwaarde in strijd is met de vrijheid van vestiging ([art. 49 VwEU\\*](#)) en met [art. 24, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland\\*](#). Voor de nadere argumentatie van het hof verwijs ik naar r.o. 4.10 t/m 4.19 van de uitspraak ([Hof Arnhem 8 mei 2012, nr. 11/00608, NTFR 2012/1872\\*](#)). De staatssecretaris heeft tegen deze uitspraak beroep in cassatie bij de Hoge Raad aangetekend.

A-G Niessen heeft op 14 mei 2013 in bovenstaande zaak een conclusie genomen. Hij is van mening dat een buitenlandse omzetter op eenzelfde wijze dient te worden behandeld als een binnenlandse omzetter die vervolgens emigreert. Voor toepassing van de faciliteit van de geruisloze omzetting bevinden binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen zich in een vergelijkbare situatie. De conserverende verhoging van de aanslag en de extra voorwaarden bij een geruisloze omzetting, die alleen gelden voor buitenlandse belastingplichtigen, zijn voor hen nadelig. Een dergelijke regeling levert hiermee een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit in de zin van art. 43 EG-Verdrag (thans [art. 49 VwEU\\*](#), vrijheid van vestiging) op. Er zijn geen rechtvaardigingsgronden om aan een buitenlandse omzetter bezwaardere voorwaarden op te leggen dan aan een binnenlandse omzetter. De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen en bepalen dat de rechtsgevolgen van de beschikking in stand blijven met dien verstande dat de beschikking van de inspecteur aldus wordt gewijzigd dat verplaatsing van de feitelijke leiding van de vennootschap naar een ander land dan Nederland niet tot beëindiging van het betalingsuitstel leidt en dat het nog openstaande geconserveerde bedrag ter zake van het claimverlies als gevolg van de geruisloze omzetting na verloop van tien jaar wordt kwijtgescholden ([Conclusie A-G Niessen 14 mei 2013, nr. 12/02976, NTFR 2013/1322\\*](#)).

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

Pancham is nogal kritisch in zijn commentaar op de conclusie van Niessen. Niessen vergelijkt volgens hem een buitenlandse omzetter met een binnenlandse omzetter die na de omzetting emigreert en de zetel van de vennootschap naar het buitenland verplaatst, maar verzuimt aan te geven waarom nu juist deze twee gevallen met elkaar vergeleken moeten worden. Volgens Pancham is de vergelijking die de staatssecretaris maakt ook mogelijk, namelijk een binnenlandse belastingplichtige die na de omzetting niet emigreert, maar de zetel van de vennootschap verplaatst naar het buitenland. Volgens Pancham is deze standaardvoorwaarde namelijk niet bedoeld om een belastingclaim voor een emigrerende aanmerkelijkbelanghouder te vestigen. Het is volgens hem dan ook onbegrijpelijk dat bij de aanvechting van deze standaardvoorwaarde de casus wordt vergeleken met een situatie waarin wel sprake is van een naar het buitenland verhuizende aanmerkelijkbelanghouder. Pancham is overigens van mening dat bij vergelijking met de binnenlandse situatie best wel sprake kan zijn van regelgeving die in strijd is met het Europese recht. Pancham merkt tot slot nog op dat hij de overweging ten overvloede van Niessen interessant vindt, omdat Niessen van mening is dat in geval van een grensoverschrijdende omzetting [art. 2.5\\*](#) belastingplichtige noopt te kiezen om te worden behandeld als een binnenlands belastingplichtige.

[Art. 2.5\\*](#) sluit de toepassing van art. 3.65 namelijk niet uit (Commentaar Pancham bij de [Conclusie A-G Niessen 14 mei 2013, nr. 12/02976, NTFR 2013/1322\\*](#)).

De Hoge Raad heeft op 13 december 2013 uitspraak gedaan in deze casus. De Hoge Raad komt - in tegenstelling tot Hof Arnhem en A-G Niessen – tot het oordeel dat de extra standaardvoorwaarde die geldt voor buitenlandse belastingplichtigen niet in strijd is met de vrijheid van vestiging en dus ook niet met [art. 24, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland\\*](#). De Hoge Raad is van mening dat niet kan worden gezegd dat buitenlandse belastingplichtigen in het algemeen door toepassing van de extra standaardvoorwaarde een fiscaal voordeel wordt onthouden. Het geconserveerde bedrag is volgens de Hoge Raad namelijk vergelijkbaar met de aanmerkelijkbelangclaim die door toepassing van de zesde standaardvoorwaarde ontstaat bij een binnenlandse belastingplichtige. Beide claims worden gerealiseerd bij een vervreemding van de bij de omzetting verkregen aandelen en de extra standaardvoorwaarde voorziet erin dat voor het geconserveerde bedrag zonder zekerheidsstelling renteloos uitstel van betaling wordt verleend. Voorts leidt de wijze waarop het geconserveerde bedrag volgens de extra standaardvoorwaarde moet worden berekend ertoe dat dit bedrag niet hoger zal zijn dan de aanmerkelijkbelangclaim waarvoor zij in de plaats treedt. Wel bestaat er een verschil in het bijzondere geval waarin de feitelijke leiding van de vennootschap naar een ander land wordt verplaatst, maar dit verschil in behandeling is volgens de Hoge Raad echter gerechtvaardigd, omdat in een dergelijk geval bij de buitenlandse belastingplichtigen de aanknopingspunten voor Nederlandse belastingheffing zijn verdwenen terwijl die aanknopingspunten bij een binnenlandse belastingplichtigen nog wel aanwezig zijn. Voorts benadrukt de Hoge Raad dat, anders dan het hof heeft gedaan, voor de beoordeling of sprake is van een gelijke behandeling het geval van de buitenlandse belastingplichtige niet moeten worden vergeleken met dat van een binnenlandse belastingplichtige die na de omzetting emigreert. De Hoge Raad geeft aan dat wanneer een binnenlandse belastingplichtige die zijn onderneming heeft omgezet in een nv of bv, na een daaropvolgende emigratie in een andere fiscale positie komt dan waarin hij zich voor die emigratie bevond. Wanneer een dergelijke belastingplichtige na die emigratie met

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*

betrekking tot de aanmerkelijkbelangclaim gunstiger wordt behandeld dan een buitenlandse belastingplichtige, is dat niet een gevolg van de omzetting, maar van zijn emigratie. Van strijdigheid met de vestigingsvrijheid is geen sprake. Op grond van dezelfde argumenten komt de extra standaardvoorwaarde evenmin in strijd met [art. 24, lid 2, Verdrag Nederland-Duitsland \(HR 13 december 2013, nr. 12/02977, NTFR 2014/329\\*\)](#).

Kavelaars heeft de nodige kritiek op dit arrest van de Hoge Raad. Hij is van mening dat de Hoge Raad prejudiciële vragen had moeten stellen. Het belangrijkste argument dat Kavelaars aangeeft is dat Nederland zijn heffingsrecht verdragsrechtelijk heeft prijs gegeven en dat dit op basis van de jurisprudentie voldoende is om niet te kunnen heffen. Tevens is hij van mening dat ook de goede verdragstrouw aan heffing door Nederland in de weg staat, omdat ten eerste er geen enkele reparatie in de verdragen heeft plaatsgevonden en ten tweede geen termijn aan de conserverende aanslag is verbonden (in anderen gevallen is aan een conserverende aanslag een termijn van tien jaar verbonden). Het is volgens hem opmerkelijk dat deze ingang in de gehele procedure niet aan de orde is geweest ([NTFR-B 2014/12\\*](#)).

*\* Binnen deze en andere NDFR-commentaren zijn er clickable verwijzingen naar rechtspraak, regelgeving, beleid en literatuur. Vraag een tijdelijke, kosteloze toegang aan via [www.ndfr.nl/welkom](http://www.ndfr.nl/welkom)*