

Splitsingsvrijstelling overdrachtsbelasting. Zakelijke overwegingen. Weerlegbaar bewijsvermoeden. Vervreemding binnen drie jaar aan een niet-verbonde...

HR 13-09-2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, m.nt. R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2)

Instantie

Hoge Raad

Datum

13 september 2019

Magistraten

Mrs. De Groot, Fierstra, Wortel, Van Kalmthout, Cools

Zaaknummer

18/04792

Conclusie

A-G Wattel

Noot

R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2)

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS91790:1

Vakgebied(en)

Belastingen van rechtsverkeer (V)

Belastingen van rechtsverkeer / Overdrachtsbelasting

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2019:1297, Uitspraak, Hoge Raad, 13-09-2019

Beroepschrift, Hoge Raad, 16-04-2019

ECLI:NL:PHR:2019:394, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 16-04-2019

Wetgeving

Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV; art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV

Essentie

Splitsingsvrijstelling overdrachtsbelasting. Zakelijke overwegingen. Weerlegbaar bewijsvermoeden. Vervreemding binnen drie jaar aan een niet-verbonden vennootschap

Samenvatting

Op 17 juni 2015 hebben de BV's X en A een overeenkomst gesloten tot verkoop door A aan X van aandelen in de op dat moment nog op te richten belanghebbende. Bij akte van splitsing van 17 november 2015 is belanghebbende opgericht. Volgens die akte ging een deel van het vermogen van A onder algemene titel over op belanghebbende, die daarmee (zakelijke rechten op) onroerende zaken verkreeg. Daarbij heeft A alle geplaatste aandelen in belanghebbende verkregen. Op 18 november 2015 heeft A alle aandelen in belanghebbende overgedragen aan X. Voor het Hof was in geschil of de verkrijging door A valt onder de splitsingsvrijstelling voor de overdrachtsbelasting. Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord.

HR: De vrijstelling van de verkrijging bij splitsing kan niet worden toegepast indien aan de splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Wordt het belang van de splitsende rechtspersoon in de verkrijgende rechtspersoon vervreemd binnen drie jaar na de splitsing, dan worden in overwegende mate zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat belanghebbende is geslaagd in het leveren van het tegenbewijs, met als gevolg dat de vrijstelling kan worden toegepast. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR, BNB 2006/282 (Bulkgasarrest)). Het behoeft geen nadere motivering en is niet onbegrijpelijk.*

Met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting. Zoals is overwogen in het (op die voorwaarden voor de vennootschapsbelasting betrekking hebbende) Bulkgasarrest, is de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding en ziet de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op een omstandigheid – aan de splitsing ten grondslag liggende zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Dat geldt ook indien met een splitsing waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, uitvoering wordt gegeven aan de wens om de af te splitsen activiteiten te verkopen.

Uitspraak

ARREST

In de zaak van
de Staatssecretaris van Financiën
tegen

[X] B.V. te [Z] (hierna: belanghebbende)

op het beroep in cassatie gericht tegen de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 5 oktober 2018, nr. BK-18/00425, op het hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (nr. SGR 17/2028) betreffende een door belanghebbende op aangifte voldaan bedrag aan overdrachtsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.

De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 16 april 2019 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2019:394).

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van het middel

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Op 17 juni 2015 heeft [X] B.V. (hierna: [X]) met [A] B.V. (hierna: [A]) een overeenkomst gesloten tot verkoop door [A] aan [X] van aandelen in de op dat moment nog op te richten belanghebbende.

2.1.2

Bij akte van splitsing van 17 november 2015 is belanghebbende opgericht. Volgens die akte ging een deel van het vermogen van [A] onder algemene titel over op belanghebbende, die daarmee (zakelijke rechten op) onroerende zaken (waaronder tankstations) verkreeg. Daarbij heeft [A] alle geplaatste aandelen in belanghebbende verkregen.

2.1.3

Op 18 november 2015 heeft [A] alle aandelen in belanghebbende overgedragen aan [X].

2.1.4

Op 25 november 2015 heeft belanghebbende € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting op aangifte voldaan.

2.2

Voor het Hof was onder meer in geschil of de hiervoor in 2.1.2 vermelde verkrijging valt onder de vrijstelling van artikel 15, lid 1, aanhef en letter h, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: Wet BRV) in verbinding met artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971 (hierna: Uitvoeringsbesluit BRV).

Het Hof heeft geoordeeld, voor zover in cassatie van belang, dat artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit BRV niet aan de toepassing van die vrijstelling in de weg staat.

2.3.1

Het middel betoogt dat het Hof heeft miskend dat artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit BRV verhindert dat belanghebbende aanspraak heeft op vrijstelling van overdrachtsbelasting. Het Hof heeft volgens het middel een onjuiste toepassing gegeven aan de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling. Het oordeel dat een splitsing is vrijgesteld die slechts is voortgekomen uit de wens om juist die activiteiten die worden afgesplitst te verkopen, is in strijd met doel en strekking van de wet, aldus het middel.

2.3.2

In cassatie is niet in geschil dat de hiervoor in 2.1.2 vermelde verkrijging van overdrachtsbelasting is vrijgesteld, tenzij artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit BRV dat belet.

2.3.3

Op grond van artikel 15, lid 1, aanhef en letter h, Wet BRV en artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV kan de vrijstelling van de verkrijging bij splitsing niet worden toegepast indien aan de splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De derde volzin van laatstgenoemde bepaling bevat, voor zover hier van belang, een weerlegbaar bewijsvermoeden: wordt het belang van de splitsende rechtspersoon in de verkrijgende rechtspersoon vervreemd binnen drie jaar na de splitsing, dan worden in overwegende mate zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

2.3.4

Het Hof heeft de verklaring van belanghebbende, dat de splitsing in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, aannemelijk geacht. Het Hof heeft geoordeeld dat aannemelijk is dat de splitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en [A]. De in deze oordelen besloten liggende feitelijke vaststellingen zijn in cassatie niet bestreden.

Het Hof heeft onder ogen gezien dat alle aandelen in de afgesplitste rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing zijn vervreemd aan een vennootschap die niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersoon is verbonden. Naar het oordeel van het Hof belet dat de aanspraak op de vrijstelling niet aangezien belanghebbende de voor de vrijstelling vereiste zakelijke overwegingen heeft aangetoond. Aldus heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat belanghebbende is geslaagd in het leveren van het tegenbewijs, met als gevolg dat de vrijstelling kan worden toegepast. Hiervan uitgaande geeft het bestreden oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201, hierna: het Bulkgasarrest). Het behoeft geen nadere motivering en is niet onbegrijpelijk. De klacht dat het Hof een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de voorwaarden die gelden voor de splitsingsvrijstelling, is ongegrond.

2.3.5

Over de klacht dat het oordeel van het Hof zich niet verdraagt met doel en strekking van de wet wordt als volgt overwogen. Met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling van artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting (Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5). Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in het (op die voorwaarden voor de vennootschapsbelasting betrekking hebbende) Bulkgasarrest, is de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding en ziet de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op een omstandigheid – het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Anders dan het middel betoogt, geldt dat ook indien met een splitsing waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, uitvoering wordt gegeven aan de wens om de af te splitsen activiteiten te verkopen. De klacht faalt.

3. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie ongegrond, en
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie,

Voorgaande uitspraak

HOF Den Haag, Meerv. belastingk., 5 oktober 2018 (Nr. 18/0425)

Uitspraak

in het geding enz.;

op het hoger beroep van belanghebbende tegen de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 2 februari 2018, nr. SGR 17/2028.

1.1.

(...)

Beoordeling

5.1.

Het Hof merkt als tussen partijen vaststaand aan dat in deze zaak sprake is van de overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing van een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal. Dat betekent dat belanghebbende in verband met deze splitsing een vrijstelling van overdrachtsbelasting geniet, tenzij naar het oordeel van het Hof, de feiten en omstandigheden in aanmerking nemend, met toepassing van het bepaalde in artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer de vrijstelling ongedaan moet worden gemaakt.

5.2.

Belanghebbende heeft ter zitting – bij monde van de voor de totstandbrenging van de geruime tijd terug ingezette herstructurering verantwoordelijke leidinggevende – verklaard, als zodanig in het licht van de voorhanden zijnde gegevens aannemelijk te achten – dat de splitsing in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Naar 's Hofs oordeel is, gelet op het geheel van de door partijen op dat punt ingebrachte informatie, sprake van een splitsing die heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersoon. In dat verband wijst het Hof op de eveneens aannemelijk te achten en op zichzelf door de Inspecteur niet weersproken verklaring van belanghebbende ter zitting, dat de splitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en [B] BV. Weliswaar zijn de aandelen in de afgesplitste rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel vervreemd aan een vennootschap die niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersoon is verbonden, maar dat heeft naar 's Hofs oordeel, nu belanghebbende aan de hand van de in het geding gebrachte stukken en de aannemelijk te achten verklaring ter zitting, de voor de vrijstelling vereiste zakelijke overwegingen heeft aangetoond, niet tot gevolg dat de vrijstelling komt te vervallen.

5.3.

Het gelijk is aan de zijde van belanghebbende. De overige stellingen van belanghebbende hoeven geen behandeling.

5.4.

De slotsom is dat het hoger beroep gegrond is.

Proceskosten en griffierechten

6.1.

Het Hof ziet reden de Inspecteur te veroordelen in de proceskosten van belanghebbende. De kosten stelt het Hof vast op in totaal € 2.004 wegens beroepsmatig verleende rechtsbijstand in beroep en hoger beroep: 4 punten à € 501 x 1 (gewicht). Voor een hogere vergoeding van proceskosten acht het Hof geen termen aanwezig. Niet is gebleken dat in de bezwaarfase een vergoeding van proceskosten in bezwaar is gevraagd.

6.2.

De Inspecteur moet de griffierechten van in totaal € 841 (€ 333 + € 508) aan belanghebbende vergoeden.

Beslissing

Het Gerechtshof:

- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank,
- vernietigt de uitspraak van de Inspecteur,
- verleent teruggaaf van € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting,
- veroordeelt de Inspecteur in de proceskosten aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 2.004, en gelast de Inspecteur de griffierechten van € 841 aan belanghebbende te vergoeden.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van de staatssecretaris:

Middel

Als middel van cassatie draag ik voor:

Schending van het recht, met name van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (de Wet) juncto artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (Ub) en artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht, doordat het Hof heeft geoordeeld dat in het onderhavige geval de vrijstelling van overdrachtsbelasting als bedoeld in artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet van toepassing is, zulks in verband met het hiernavolgende ten onrechte althans op gronden die deze beslissing niet kunnen dragen.

Toelichting

Artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet, stelt de verkrijging bij splitsing vrij van overdrachtsbelasting. Artikel 5c, eerste lid, van het Ub, bepaalt dat de splitsingsvrijstelling van toepassing is, tenzij de 'splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. Dit laatste wordt vermoed het geval te zijn, indien zakelijke overwegingen voor het splitsen ontbreken. Zakelijke overwegingen worden vermoed te ontbreken, indien binnen drie jaar na de splitsing aandelen in de gesplitste of verkrijgende rechtspersoon worden vervreemd aan een derde.

Doel en strekking van de splitsingsfaciliteit

Graag wil ik onder de aandacht brengen wat de kern van de onderhavige splitsingsfaciliteit is, omdat het mijns inziens van belang is voor ogen te hebben waarvoor deze vooral (niet) bedoeld is⁽¹⁾.

'3. Zakelijke overwegingen

De rechtsfiguren van de juridische fusie en splitsing zijn belangrijke instrumenten om reorganisaties van ondernemingen op efficiënte wijze te kunnen laten plaatsvinden. Het doel van de fiscale begeleiding is dergelijke door bedrijfseconomische overwegingen ingegeven reorganisaties zoveel mogelijk fiscaal neutraal te laten verlopen. De fiscale begeleiding die in het wetsvoorstel is neergelegd, mag er niet toe leiden dat fiscale claims verloren gaan en is uitdrukkelijk niet bedoeld om vormen van belastingbesparing te faciliteren. Er dient derhalve voor gewaakt te worden dat een belaste transactie wordt omgezet in een onbelaste transactie. Daarvan zou sprake zijn indien men door gebruik te maken van de figuur van splitsing of fusie een belaste verkoopwinst zou kunnen omzetten in een onbelaste overdracht van een deelneming of indien een belaste dividenduitkering zou kunnen worden omgezet in een onbelaste vervreemding van aandelen.

(...)

De leden van de VVD-fractie alsmede die van de PvdA-fractie vragen zich af welke eisen zullen worden gesteld aan de vrijstelling van overdrachtsbelasting indien bij een splitsing onroerende zaken overgaan naar een of meer verkrijgende vennootschappen. Dienaangaande merk ik op dat het geenszins de bedoeling is de overdrachtsbelasting een belemmering te doen zijn voor een splitsing. Het moet echter niet zo zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet op belastingen van rechtsverkeer belast zouden zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing zouden blijven. Derhalve acht ik het gewenst om de voorwaarden voor de vrijstelling van overdrachtsbelasting aan te laten sluiten bij die voor de begeleiding van splitsingen in de vennootschapsbelasting.'

Het via de splitsing omzetten van een belaste verkoopwinst in een onbelaste, is naar mijn mening precies wat in het onderhavige geval aan de orde is. Kort gezegd komt het hierop neer dat het concern waartoe [B] BV behoort bepaalde activiteiten wil afstoten en verkopen en zij daar de figuur van de (af)splitsing voor gebruikt.

De in geding zijnde faciliteit is hier niet voor bedoeld. Bedoeld is immers om het mogelijk te maken om *binnen een concern dan wel intern* de eigen activiteiten zo te kunnen reorganiseren als wenselijk wordt geacht. Niet om activiteiten (onroerende zaken) zonder heffing van overdrachtsbelasting te kunnen verkopen aan een derde.

De door het Hof aangelegde toets

Het Hof begint zijn oordeel in onderdeel 5.1 van de uitspraak met het volgende uitgangspunt:

'Het Hof merkt als tussen partijen vaststaand aan dat in deze zaak sprake is van de overgang van vermogen onder

algemene titel in het kader van een splitsing [...]. Dat betekent dat belanghebbende in verband met deze splitsing een vrijstelling van overdrachtsbelasting geniet, tenzij naar het oordeel van het Hof, de feiten en omstandigheden in aanmerking nemend, met toepassing van het bepaalde in artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer de vrijstelling ongedaan moet worden gemaakt.'

Dit uitgangspunt (de vrijstelling is van toepassing, tenzij) is naar mijn mening niet het juiste. Het uitgangspunt bij de beoordeling van deze zaak had conform de laatste zinsnede van artikel 5c, lid 1, van het Ub, moeten zijn dat zakelijke overwegingen in het onderhavige geval (verkoop binnen drie jaar) worden vermoed te ontbreken (dus géén vrijstelling), tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Reeds hiermee schendt het Hof het bepaalde in artikel 5c van het Ub.

De invulling van het uitgangspunt door het Hof (in onderdeel 5.2 van de uitspraak), verloopt vervolgens ook niet correct. Sterk vereenvoudigd kan de beoordeling van het Hof als volgt worden weergegeven:

1. De splitsing is niet gericht op ontgaan of uitstellen van belastingheffing.
2. De splitsing heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen.
3. De splitsing heeft plaatsgevonden op bedrijfseconomische gronden.
4. De vervreemding doet de vrijstelling niet vervallen, want er zijn zakelijke overwegingen aangetoond.

Zoals hierboven gezegd is het uitgangspunt bij deze beoordeling verkeerd. Dit leidt ertoe dat het Hof ook niet de juiste invulling geeft aan de voorwaarden die gelden voor de splitsingsvrijstelling.

Ik maak dit duidelijk met een stapsgewijze beoordeling van het onderhavige geval.

- Op 17 november 2015 vindt een splitsing plaats (onderdeel 2.2 van de uitspraak van het Hof). Vanuit verschillende vennootschappen van het [B]-concern, worden de 'tankstation-activiteiten[2]' in een nieuwe vennootschap bijeengebracht (afgesplitst).

Wanneer op 17 november 2015 deze splitsing beoordeeld zou moeten worden, dan zouden zakelijke overwegingen aanwezig worden geacht, indien sprake is van een herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en verkrijgende rechtspersonen (eerste twee zinnen van artikel 5c, lid 1, van het Ub). Ervan uitgaande dat dit het geval is, wordt vanwege deze zakelijke overwegingen, de splitsing geacht niet in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Wat ik hiermee wil zeggen is, dat in dit stadium de redenen voor de splitsing zelf beoordeeld worden. Waarom worden deze activiteiten in een afzonderlijke vennootschap ondergebracht.

Toegepast op de door het Hof gegeven toetsing in onderdeel 5.2 van de uitspraak, oordeelt het Hof hierover dat sprake is van – kortgezegd – een herstructurering, dus zakelijke overwegingen en dat deze herstructurering niet gericht was op het ontgaan van belastingheffing.

- Op 18 november 2015 vindt verkoop aan een derde plaats van de aandelen in de vennootschap met de tankstations (onderdeel 2.4 van de uitspraak van het Hof).

Wanneer op 18 november 2015 deze splitsing beoordeeld zou moeten worden, dan draait het vermoeden om. Vanwege de verkoop (binnen drie jaar na de splitsing) wordt wettelijk vermoed dat er géén zakelijke overwegingen waren voor de splitsing. Dit vermoeden kan dan niet worden ontzenuwd door aan te tonen dat het om een interne reorganisatie ging (de 'zin-twee-toets', immers die geldt voor het moment dat de aandelen nog in het bezit zijn), maar die zijn nu verkocht. Aangetoond moet worden (de 'zin-drie-toets') dat, ondanks de verkoop, deze splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In casu: het verkopen zonder belastingheffing. Een en ander is immers door de verkoop in een ander perspectief komen te staan.

In het onderhavige geval past het Hof alleen de 'zin-twee-toets' toe. Maar dat is niet de juiste toets voor de onderhavige situatie. Het Hof had de splitsing in het licht van de verkoop moeten bezien ('zin-drie-toets').

Indien het Hof wél bedoelde de splitsing in het licht van de verkoop te beoordelen, dan is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het gebruiken van de splitsingsfaciliteit voor een verkoop valt immers niet te scharen onder het intern reorganiseren (ik wijs op hetgeen ik als eerste hierboven heb gememoreerd over het doel van de splitsingsfaciliteit). De doorgevoerde splitsing en de verkoop van de aandelen aan een derde zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Het afsplitsen van het vermogen in de verkrijgende vennootschap vindt zijn oorsprong in c.q. is louter terug te voeren op de overeengekomen verkoop van dat afgesplitste vermogen aan de derde (uiteindelijk in de vorm van de aandelenverkoop) en dient aan die verkoop te worden gerelateerd.

In feite is het onderhavige geval een schoolvoorbeeld van de door de wetgever benoemde situatie, dat het echter *niet* zo moet zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet belast zouden zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing zouden blijven. Bij de verkoop van de tankstations vanuit het concern waartoe [B] BV behoort aan een derde – in de vorm van een splitsing gevolgd door een aandelenverkoop – past een heffing van overdrachtsbelasting.

Bulkgasarrest

In het geval dat voorlag in het zogenoemde Bulkgasarrest (Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, ECLI:NL:HR:2006:AU8201)

ging het om een concern dat een bod deed op een ander beursgenoteerd bedrijf. De Europese Commissie keurde deze samenvoeging goed, onder de voorwaarde dat het concern een deel van de bulkgasactiviteiten zou afstoten, omdat dit anders tot een te dominante marktpositie voor het concern zou leiden. Een deel van de bulkgasactiviteiten werd daarom afgesplitst en verkocht. De vraag was of de splitsingsvrijstelling voor de vennootschapsbelasting van toepassing was. Over dit geval oordeelde de Hoge Raad in reactie op het middel dat:

‘3.3.3.

Aan de Staatssecretaris kan worden toegegeven dat in de onderwerpelijke situatie als gevolg van de (onmiddellijke) verkoop van de aandelen in de verkrijgende vennootschap contanten vrijkomen waaruit de verschuldigde belasting kan worden voldaan. Hierin acht de Hoge Raad evenwel onvoldoende grond aanwezig om te oordelen dat in een geval als het onderhavige de faciliteit niet kan worden toegepast. De wetgever heeft in artikel 14a, lid 5, van de Wet de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang van het tijdstip van de vervreemding. De geboden mogelijkheid van tegenbewijs ziet voorts op een omstandigheid – het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Het middel faalt derhalve ook voor het overige.’

Naar mijn mening kan het oordeel van de Hoge Raad hier zo worden verstaan dat niet bij voorbaat uitgesloten kan worden dat bij een voorgenomen verkoop aan een derde per definitie geen zakelijke overwegingen aanwezig zijn. Ook voor deze situatie geldt immers, zonder enig voorbehoud, een tegenbewijsmogelijkheid. Het Hof had geoordeeld dat belanghebbende dat tegenbewijs had geleverd en aangetoond had dat er commerciële motieven waren, zowel voor de splitsing als voor de verkoop (zie onderdeel 3.3.2 van het arrest) en daarmee was het pleit beslecht.

Hierbij acht ik wel van belang dat het *commerciële hoofdmotief* in de Bulkgaszaak – anders dan in de huidige zaak het geval is – niet een verkoop was. In de Bulkgaszaak wilde de belanghebbende juist een overname doen en kon zij dat vanwege mededingingsregels uitsluitend doen op voorwaarde dat zij een deel van de bulkgasactiviteiten zou afstoten. Terwijl in de onderhavige zaak de splitsing enkel en alleen is voortgekomen uit de wens om juist die activiteiten die worden afgesplitst te verkopen.

Conclusie

Het Hof doet dit anders: de vrijstelling is van toepassing, tenzij er een reden is om deze te doen vervallen. Dit leidt ertoe dat het Hof ook niet de juiste invulling geeft aan de voorwaarden die gelden voor de splitsingsvrijstelling.

De door het Hof gegeven invulling leidt ertoe dat de derde zin van artikel 5c, lid 1, van het Ub geen meerwaarde heeft ten opzichte van de eerste twee. Als in de visie van het Hof vast staat dat er zakelijke overwegingen waren voor de stap van splitsing op zich, dan kan een latere verkoop daar blijkbaar niet meer aan afdoen. Dat is niet zoals de regeling is opgezet en ook niet zoals deze is bedoeld.

Het toepassen van een vrijstelling van overdrachtsbelasting in het onderhavige geval acht ik voorts in strijd met doel en strekking van de Wet, nu het (uitsluitend) betreft de verkoop van de tankstations door het concern waartoe [B] BV behoort aan een derde.

Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat de uitspraak van het Hof niet in stand zal kunnen blijven.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Wattel:

1. Overzicht

1.1

De belanghebbende is op 17 november 2015 ontstaan bij akte van splitsing waarbij zij juridisch werd afgesplitst van [B] Nederland BV ([B]). Bij die splitsing heeft zij de tankstationsonderneming van [B] meegekregen waar [B] van af wilde om zich te concentreren op hetgeen zij als haar kernactiviteiten beschouwde. Ruim vóór de afsplitsing, op 17 juni 2015, was [B] al met [A] BV ([A] BV) overeengekomen dat de laatste de tankstationsonderneming van [B] zou overnemen door de aandelen in de toen nog op te richten (af te splitsen) belanghebbende van [B] over te nemen. Op 18 november 2015 heeft [B] de aandelen in de één dag eerder afgesplitste belanghebbende daadwerkelijk overgedragen aan [A] BV.

1.2

In geschil is of de belanghebbende over haar verkrijging van de (zakelijke rechten op) de tankstations € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting is verschuldigd. De belanghebbende acht de splitsingsvrijstelling ex art. 15(1)(h) Wet belastingen van rechtsverkeer (Wet BvR) van toepassing. De Staatssecretaris daarentegen acht de antimisbruikbepaling van art. 5c(1)

1.3

Als aandelen in een splitsende of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing worden vervreemd, worden zakelijke redenen daarvoor te ontbreken, aldus art. 5c Uitv. Besl. BvR (en art. 14a Wet Vpb). De tekst en de strekking van die bepaling nopen mijns inziens tot een uitleg die achteraan begint: eerst moet volgens de derde volzin vastgesteld worden of de aandelen in de afgesplitste of afsplitsende vennootschap binnen drie jaar na de splitsing zijn vervreemd aan een derde. Is dat het geval, dan ontbreken volgens die volzin – behoudens tegenbewijs – zakelijke overwegingen voor de splitsing, hetgeen ingevolge de tweede volzin impliceert dat de splitsing – opnieuw behoudens tegenbewijs – in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, hetgeen volgens de eerste volzin tot gevolg heeft dat de splitsingsvrijstelling niet geldt.

1.4

De aandelen in de belanghebbende zijn binnen een dag na haar afsplitsing vervreemd aan [A] BV. Volgens de derde volzin van art. 5c Uitv. Besl. BvR berust de splitsing dan niet op zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de betrokken rechtspersonen, tenzij de belanghebbende het tegendeel bewijst. Belanghebbendes tegenbewijs bestond uit de verklaring ter zitting van haar CEO dat de splitsing 'in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing', maar plaatsvond 'in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en [B] BV.' Daaruit heeft het Hof het gevolg getrokken dat de splitsing berustte op zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de betrokken rechtspersonen in de zin van art. 5c Uitv. Besl. BvR. Alsdan is (ook) de tweede volzin van art. 5c Uitv. Besl. BvR onschadelijk gemaakt en resteert de in de eerste volzin aan de Inspecteur geboden mogelijkheid om aannemelijk te maken dat de splitsing desondanks in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Daarin is de Inspecteur volgens het Hof niet geslaagd omdat het Hof geloof hecht aan de verklaring van de CEO dat de overdrachtsbelasting *überhaupt* geen overweging was bij de (vormgeving van de) transactie.

1.5

Op dit vooral feitelijke oordeel valt op zichzelf in cassatie niets aan te merken, ook niet in het juridische licht van de tekst van art. 5c Uitv. Besl. BvR. De klacht van de Staatssecretaris dat het Hof de afsplitsing niet zou hebben gezien in het licht van de meteen daarop volgende verkoop van de aandelen in de belanghebbende aan [A] BV acht ik ongegrond, nu het Hof in de combinatie van afsplitsing en afstoot van de tankstationsonderneming en de terugtrekking op kernactiviteiten door [B] juist de herstructurering en rationalisering zag. Maar het is de vraag of dit de juiste benadering is, gegeven:

- (a) de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt (i) dat de wens tot verkoop van een deel van de onderneming van de splitsende rechtspersoon aan een derde een niet-zakelijk aandeelhoudersmotief is, (ii) dat de wetgever in beginsel alleen herstructureringen en rationalisaties *binnen* een concern wilde faciliteren en niet de verkoop van ondernemingen of delen daarvan aan derden, en (iii) de medewetgever desgevraagd expliciet verklaarde dat de splitsingsfaciliteit niet bedoeld is voor een geval van opsplitsing in vier divisies waarna volgens een voorafgaand plan één divisie wordt verkocht aan derden, en
- (b) dat voor verkoop van een bedrijfstak aan een derde denkbaar *altijd* commerciële redenen bestaan en dat afsplitsing van een groot aantal tankstations en een centrale tankstationsorganisatie naar één aparte rechtspersoon gevolgd door aandelenverkoop *altijd* makkelijker is dan een groot aantal activa- en passivatransacties en contractovernemingen; als dat voldoende zakelijke reden zou zijn, zouden de tweede en derde volzin van art. 5c van het Besluit zinloos zijn, en
- (c) dat niet valt in te zien waarom verkoop van een onderneming aan een derde in de ene juridische jas wél vrijgesteld zou moeten worden van overdrachtsbelasting als diezelfde verkoop in de andere juridische jas (activatransacties en contractovernemingen) niet wordt vrijgesteld van overdrachtsbelasting.

1.6

Ik meen daarom dat de toets niet moet zijn (i) of er overwegend niet-fiscale redenen waren voor het door afsplitsing verkoopklaar maken en vervolgens indirect verkopen van de tankstationsonderneming aan een derde, maar (ii) of de tankstationsonderneming ook naar de belanghebbende zou zijn afgesplitst als [B] *niet* van plan was geweest om die onderneming af te stoten aan een derde. Om te ontsnappen aan het bewijsvermoeden, moet de wens tot verkoop van de aandelen in de afgesplitste rechtspersoon mijns inziens zijn ontstaan los van die afsplitsing en dus in beginsel pas ná die afsplitsing, die om andere redenen dan de wens om een onderneming te verkopen zakelijk moet zijn. Dat heeft het Hof niet onderzocht.

1.7

Daar staat tegenover dat (i) de wetgever het voor de vennootschapsbelasting 'denkbaar' achtte dat ook een verkoop van juridisch afgesplitste activiteiten aan een derde via aandelenoverdracht voldoende zakelijk kan zijn naast aandeelhoudersmotieven voor een dergelijke afsplitsing en overdracht, nl. bij 'afslankingsoperaties' en ruziesplitsingen, en (ii) ook het voor de vennootschapsbelasting gewezen *Bulkgasarrest* suggereert dat als er urgerende niet-fiscale redenen zijn voor afstoting van een deel van de onderneming aan een derde en een andere vorm dan afsplitsing gevolgd door aandelenverkoop onpraktisch is, voldoende tegenbewijs is geleverd, dus dat het in bepaalde bijzondere gevallen niet om een interne reorganisatie hoeft te gaan, maar ook vrijgesteld kan zijn een indirecte ondernemingsverkoop aan een derde die al vaststond vóór afsplitsing van die onderneming naar een separate rechtspersoon juist met het oog op die verkoop aan een derde.

1.8

Dat lijkt mij echter – behoudens wellicht zéér bijzondere gevallen waarin de betrokkenen geen keus hebben – niet de bedoeling van de wetgever, niet praktisch en niet rechtszeker. Ik meen dat de praktijk houvast te geven ware door (i) als criterium te stellen de vraag of de (af)splitsing ook zou hebben plaatsgevonden als niet het voornemen had bestaan om (een deel van) de onderneming of het vermogen van de splitsende rechtspersoon via die (af)splitsing over te dragen aan een derde, en als die vraag ontkennend beantwoord wordt, (ii) maar één geval te erkennen waarin indirecte vervreemding aan een derde toch is vrijgesteld, nl. dat waarin in verband met de continuïteit van de onderneming van de splitsende vennootschap nauwelijks een andere weg open staat dan (af)splitsing van (een deel van) die onderneming aan een derde. Dit impliceert dat het oordeel van de feitenrechters in het *Bulkgasarrest* – althans voor de overdrachtsbelasting – mogelijk onjuist is geweest.

1.9

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris gegrond te verklaren en de zaak te verwijzen voor feitelijk onderzoek.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

[A] BV heeft op 17 juni 2015 van [B] de aandelen gekocht in de toen nog op te richten belanghebbende ([C] BV; later [X] BV ([X] BV)). De belanghebbende is op 17 november 2015 bij akte van splitsing afgesplitst van [B]. [B] bleef bestaan, maar een deel van haar vermogen – waaronder (zakelijke rechten op) onroerende zaken (met name tankstations) – ging onder algemene titel over op de bij splitsing opgerichte belanghebbende tegen verkrijging, door [B], van alle geplaatste aandelen in de belanghebbende. De splitsingsakte vermeldt dat de belanghebbende op haar verkrijging van de onroerende zaken € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting is verschuldigd. Eén dag na de splitsing, op 18 november 2015 heeft [B] alle aandelen in de belanghebbende overgedragen aan [A] BV. Op 25 november 2015 heeft de belanghebbende € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting op aangifte voldaan. [B] heeft zich voor de heffing van de vennootschapsbelasting niet beroepen op de splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet Vpb 1969.

Het geschil

2.2

In geschil is of de belanghebbende ter zake van haar verkrijging van de (zakelijke rechten op) de tankstations € 1.870.579 aan overdrachtsbelasting is verschuldigd. De belanghebbende acht de splitsingsvrijstelling ex art. 15(1)(h) Wet belastingen van rechtsverkeer (Wet BvR) van toepassing. De Staatssecretaris daarentegen acht de antimisbruikbepaling van art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR van toepassing. Het geschil lijkt zich toe te spitsen op de vraag wat de *default* is in belanghebbendes situatie: 'belast, tenzij', of 'vrijgesteld, tenzij'?

De Rechtbank Den Haag^[1]

2.3

De Rechtbank heeft belanghebbendes beroep ongegrond verklaard op de volgende gronden:

"14.

Nu de aandelen in [belanghebbende] binnen drie jaar na de splitsing zijn vervreemd aan [[A] BV], een vennootschap die niet met [[B] BV] of [belanghebbende] is verbonden, worden, gezien de laatste volzin van artikel 5c, eerste lid van het Uitvoeringsbesluit (de continuïteitseis), zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Het is derhalve aan [belanghebbende] om aannemelijk te maken dat aan de splitsing zakelijke overwegingen ten grondslag hebben gelegen.

15.

[Belanghebbende] heeft daartoe aangevoerd dat het concern waartoe [[B] BV] behoort, op grond van een zogenoemde 'Retail business Improvement' studie heeft gekozen voor een nieuwe marktstrategie waarbij brandstoffen niet langer bij 'eigen' tankstations worden verkocht, maar door tussenhandelaren. De reden hiervoor was om efficiënter te kunnen werken, concurrerend te blijven en te kunnen blijven groeien. De tankstations zijn afgestoten om af te slanken tot de kernactiviteiten teneinde de winstgevendheid te vergroten. Er is gekozen voor splitsing omdat aan het alternatief, een activa-passivatransactie, nadelen verbonden waren. Zo zou een activa-passiva transactie onderworpen zijn aan tal van voorwaarden waarbij per object contracten met exploitanten en eigenaars van de grond zouden moeten worden heronderhandeld, hetgeen zou resulteren in financiële schade en milieu-aansprakelijkheden. Een rechtstreekse overdracht van aandelen in [[B] BV] was niet mogelijk omdat [[B] BV] voor het overige haar onderneming wilde continueren. Voorts wijst [belanghebbende] op het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201 (Bulkgasarrest) waarin is geoordeeld dat zakelijke overwegingen aan de splitsing ten grondslag kunnen liggen ondanks het feit dat de verkoop van de aandelen in [belanghebbende] al vaststond vóór de splitsing.

16.

Met hetgeen [belanghebbende] heeft aangevoerd, is zij niet in de op haar rustende bewijslast geslaagd. De rechtbank stelt voorop dat de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, letter h, van de Wet Bvr onder meer in de wet is opgenomen om te voorkomen dat de heffing van overdrachtsbelasting in de weg zou staan aan de rechtsvormkeuze door een onderneming dan wel aan de positionering van onroerende zaken binnen een concern. De continuïteitseis wordt gesteld om oneigenlijk gebruik van deze vrijstelling bestaande uit het inkleden van de verkoop van onroerende zaken als een inbreng, te voorkomen. De door [belanghebbende] beschreven marktstrategie van het concern behelst feitelijk niet anders dan de beslissing van het concern om (...) een deel van de onderneming over te dragen. Aangezien de af te stoten activiteiten onlosmakelijk zijn verbonden met de onroerende zaken, kan die overdracht van het deel van de onderneming slechts gebeuren door die onroerende zaken over te dragen. Een afsplitsing met het oog op de verkoop van een deel van de onderneming is niet gebaseerd op bedrijfseconomische motieven maar op aandeelhoudersmotieven. Hoewel het afstoten van activiteiten op zichzelf ongetwijfeld zal zijn ingegeven door zakelijke overwegingen, maakt dat niet dat ook de keuze om dit in de vorm van een afsplitsing te doen door zakelijke overwegingen is ingegeven. De door [belanghebbende] gestelde nadelen van een activa-passivatransactie zijn slechts praktische problemen. De voordelen van de afsplitsing boven een activa-passiva transactie zijn in dat licht bezien bijkomstigheden die op zichzelf de conclusie dat zakelijke overwegingen aan de afsplitsing ten grondslag hebben gelegen niet kunnen dragen. Het Bulkgasarrest leidt gezien het van onderhavige zaak sterk afwijkende feitencomplex en de daar spelende bijzondere omstandigheden, niet tot een ander oordeel.

17.

Nu [belanghebbende] er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat de afsplitsing heeft plaatsgevonden op zakelijke gronden wordt deze geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing tenzij het tegendeel aannemelijk wordt. De bewijslast dat de splitsing niet in overwegende mate gericht was op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing ligt bij [belanghebbende].

18.

[Belanghebbende] heeft er in dit verband op gewezen dat [[B] BV] geen beroep heeft gedaan op de faciliteiten die de Wet Vpb kent voor splitsingen. Verder stelt zij dat als het ontgaan van belastingheffing het oogmerk zou zijn geweest, dit ook via eenvoudigere herstructureringsmethoden had kunnen worden bereikt. Ook voert [belanghebbende] aan dat bij [[B] BV] al in 2011 het voornemen bestond om clusters tankstations te verkopen en dat ter voldoening aan de continuïteitseis de splitsing dus reeds in 2011 had kunnen plaatsvinden.

19.

Daarmee is [belanghebbende] er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat de afsplitsing niet in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Dat geen beroep is gedaan op de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting en dat in eerste instantie de overdrachtsbelasting op aangifte is voldaan, is daartoe onvoldoende. Dat is immers het logische gevolg van het aanvankelijk door [belanghebbende] en [[B] BV] ingenomen standpunt dat de vrijstelling voor de overdrachtsbelasting niet van toepassing was, zoals blijkt uit de akte van splitsing, en het kennelijk ingenomen standpunt dat de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting niet van toepassing was. Niet gebleken is dat ook [[B] BV] van dat standpunt is teruggekomen. Dat de belastingheffing ook langs andere weg had kunnen worden voorkomen of dat de splitsing eerder had kunnen plaatsvinden, zegt op zichzelf niets over het oogmerk waarmee voor onderhavige handelwijze is gekozen. Vaststaat dat het bezwaar van [belanghebbende] inhoudt dat de afsplitsing alsnog tot gevolg heeft dat, in afwijking van de hoofdregel dat de overdracht van onroerende zaken belast is met overdrachtsbelasting, de heffing van overdrachtsbelasting wordt voorkomen. De hiervoor reeds vermelde praktische problemen, zijn onvoldoende om te concluderen dat de afsplitsing niet in overwegende mate was gericht op het achterwege laten van de heffing van

overdrachtsbelasting. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat [de Inspecteur] gemotiveerd heeft weersproken dat alle door [belanghebbende] genoemde problemen zich daadwerkelijk in die mate voordeden als [belanghebbende] heeft gesteld dan wel dat deze niet aan de orde zouden zijn bij de overgang door middel van de afsplitsing.”

2.4

D.C. Simonis becommentarieerde deze uitspraak als volgt in *NTFR* 2018/1287. Ik merk op dat het proces-verbaal van de zitting bij het Hof vermeldt dat op die zitting ‘namens belanghebbende’ onder meer is verschenen ‘mr. D.C. Simonis’:

“Belanghebbende dient aan te tonen dat er valide (althans andere dan fiscale) motieven aan de splitsing ten grondslag hebben gelegen. In de onderhavige zaak oordeelt Rechtbank Den Haag dat belanghebbende niet is geslaagd in het leveren van dit tegenbewijs. Ik kan de overwegingen van de rechtbank in dit verband niet helemaal volgen. Belanghebbende haalt terecht het arrest van de Hoge Raad van 2 juni 2006 aan (nr. 41.942, *NTFR* 2006/790), waarin de splitsingsfaciliteit werd toegestaan in een geval waarbij vermogensbestanddelen werden afgesplitst naar een nieuw opgerichte vennootschap, direct gevolgd door de vervreemding van alle aandelen. De reden hiervoor was dat belanghebbende commerciële motieven had om niet alle vermogensbestanddelen afzonderlijk over te dragen, maar deze eerst af te zonderen in een aparte vennootschap gevolgd door verkoop van de aandelen. Voorts stond in cassatie vast dat de gekozen weg om de vermogensbestanddelen af te stoten ‘een goede en wellicht de enig mogelijke weg’ was. In de onderhavige zaak onderbouwt belanghebbende haar keuze voor een splitsing met het argument dat een activa-passiva-transactie zou zijn onderworpen aan tal van voorwaarden waarbij per object contracten met exploitanten en eigenaars van de grond zouden moeten worden heronderhandeld, hetgeen zou resulteren in financiële schade en milieu-aansprakelijkheden. Omdat het naar ik begrijp ging om ruim honderd tankstations zou dit best een valide argument kunnen zijn indien dit aannemelijk kan worden gemaakt. De rechtbank komt echter – mede op basis van weerleggingen van verweerder – tot de conclusie dat deze bezwaren slechts van praktische aard zijn.

Overigens ben ik het niet eens met de rechtbank dat een afsplitsing met het oog op de verkoop van een deel van de onderneming niet is gebaseerd op bedrijfseconomische motieven maar op aandeelhoudersmotieven. Het kan namelijk best zo zijn dat met een overdracht van een onderneming de continuïteit van die (afgesplitste) onderneming onder een nieuwe aandeelhouder wordt gewaarborgd, hetgeen uiteraard van groot belang is voor werknemers, externe crediteuren, leveranciers, etc.

Wat (...) ook een interessante kwestie is, is de verdeling van de bewijslast (...). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de ontgaanstoets van art. 5c, lid 1, Uitv.besl. BRV uitgelegd dient te worden conform de ontgaanstoets van art. 14a, lid 6, Wet VPB (de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting). Laatstgenoemde faciliteit is op haar beurt (...) gebaseerd op de EU-Fusierichtlijn en dient Fusierichtlijnconform te worden uitgelegd. Vanwege de toelichting tijdens de parlementaire behandeling van de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting zou een dergelijke Fusierichtlijnconforme uitleg dan eveneens dienen te gelden voor art. 5c Uitv.besl. BRV. Dit is onlangs ook bevestigd door Rechtbank Noord-Holland (zie *NTFR* 2018/799). Zoals in de literatuur reeds veelvuldig is signaleerd, is het tweede bewijsvermoeden van de ontgaanstoets van art. 14a, lid 6, Wet VPB mogelijk in strijd met de Fusierichtlijn omdat deze een dergelijk bewijsvermoeden niet bevat. Hetzelfde zou dan gelden voor de toepassing van de splitsingsvrijstelling overdrachtsbelasting. Een Richtlijnconforme uitleg van de ontgaanstoets zou tot gevolg hebben dat het niet de belastingplichtige, maar de inspecteur is die aannemelijk moet maken dat als gevolg van de vervreemding van de aandelen binnen drie jaar de splitsing niet heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen.”

2.5

Gassler bekritiseerde de uitspraak van de Rechtbank als volgt in *NLF* 2018/1104:

“De Rechtbank begint haar motivering met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de splitsingsvrijstelling, waarin is opgenomen dat deze vrijstelling niet is bedoeld voor een verkapte verkoop van onroerend goed. Vervolgens begeeft de Rechtbank zich bij de motivatie van haar oordeel op glad ijs. Zo overweegt de Rechtbank:

‘een afsplitsing met het oog op de verkoop van een deel van de onderneming is niet gebaseerd op bedrijfseconomische motieven maar op aandeelhoudersmotieven’.

Deze overweging bevat een onjuiste bewering. Er zijn immers talloze situaties denkbaar waarin het in het bedrijfseconomische belang van de splitsende vennootschap is een bedrijfsonderdeel af te stoten. Denk aan het belang van een strategische focus, de verbetering van solvabiliteit en het voorkomen van belangenverstremming. Het afstoten van een bedrijfsonderdeel uit bedrijfseconomische motieven van de splitsende vennootschap kan tot gevolg hebben dat de bedrijfsvoering verbetert en dus ook het rendement voor de aandeelhouder, maar dat betekent natuurlijk niet dat het afstoten van een bedrijfsonderdeel per definitie primair is ingegeven door aandeelhoudersmotieven. In lijn met de belastingplichtige die aanvoert dat vanuit een nieuwe marktstrategie is gekozen voor het afstoten van een deel van de onderneming, overweegt de Rechtbank vervolgens dat:

‘het afstoten van activiteiten op zichzelf ongetwijfeld zal zijn ingegeven door zakelijke overwegingen’.

Vervolgens toetst de Rechtbank of de keuze om het afstoten van activiteiten in de vorm van een afsplitsing te doen, door zakelijke overwegingen is ingegeven. Volgens de belastingplichtige zou het afstoten van activiteiten op een andere wijze

dan door afsplitsing in bedrijfseconomische zin nadeliger uitpakken. Zo zou een activa/passiva-transactie ertoe leiden dat met exploitanten op objectbasis zou moeten worden heronderhandeld met potentieel financiële schade en milieu-aansprakelijkheden tot gevolg. De Rechtbank oordeelt dat een activa/passiva-transactie slechts tot praktische nadelen leidt die de zakelijkheid van de afsplitsing niet kunnen dragen. De Rechtbank baseert zich mede op de constatering dat voldoende is aangetoond dat de door de belastingplichtige genoemde problemen niet aan de orde waren of zich niet daadwerkelijk in die mate voordeden. Dit oordeel van de Rechtbank bevreemdt mij, aangezien de belastingplichtige de aangehaalde risico's inderdaad niet loopt bij een overgang onder algemene titel en wel bij een activa/passiva-transactie. Dat de door de belastingplichtige genoemde risico's zich in het onderhavige geval uiteindelijk niet hebben voorgedaan, doet geen afbreuk aan de constatering dat de keuze van de belastingplichtige voor de afsplitsingsvorm door zakelijke overwegingen is ingegeven.

Zodoende concludeer ik dat de Rechtbank haar oordeel – dat de afsplitsing onvoldoende zakelijk is om in aanmerking te komen voor de splitsingsvrijstelling – gebrekkig heeft gemotiveerd, hoezeer dat oordeel ook in lijn is met het doel van de wetgever om de splitsingsvrijstelling niet toe te passen op een verkapte verkoop van onroerende zaken.”

Het Gerechtshof Den Haag^[2]

2.6

Het Hof heeft het hogere beroep van de belanghebbende gegrond verklaard, daartoe overwegende:

“5.1.

(...) dat in deze zaak sprake is van de overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing van een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal. Dat betekent dat belanghebbende in verband met deze splitsing een vrijstelling van overdrachtsbelasting geniet, tenzij naar het oordeel van het Hof, de feiten en omstandigheden in aanmerking nemend, met toepassing van het bepaalde in artikel 5c, lid 1, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer de vrijstelling ongedaan moet worden gemaakt.

5.2.

Belanghebbende heeft ter zitting – bij monde van de voor de totstandbrenging van de geruime tijd terug ingezette herstructurering verantwoordelijke leidinggevende – verklaard, als zodanig in het licht van de voorhanden zijnde gegevens aannemelijk te achten – dat de splitsing in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Naar 's Hofs oordeel is, gelet op het geheel van de door partijen op dat punt ingebrachte informatie, sprake van een splitsing die heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersoon. In dat verband wijst het Hof op de eveneens aannemelijk te achten en op zichzelf door de Inspecteur niet weersproken verklaring van belanghebbende ter zitting, dat de splitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en [B] BV. Weliswaar zijn de aandelen in de afgesplitste rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel vervreemd aan een vennootschap die niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersoon is verbonden, maar dat heeft naar 's Hofs oordeel, nu belanghebbende aan de hand van de in het geding gebrachte stukken en de aannemelijk te achten verklaring ter zitting, de voor de vrijstelling vereiste zakelijke overwegingen heeft aangetoond, niet tot gevolg dat de vrijstelling komt te vervallen.”

De door het Hof aldus kennelijk doorslaggevend geachte verklaring ter zitting van de CEO van de belanghebbende is in het dossier opgenomen in het proces-verbaal van die zitting. De CEO verklaarde onder meer dat hij nooit aan de overdrachtsbelasting heeft gedacht en dat die dan ook geen enkele rol heeft gespeeld, dat [B] het zo wilde zoals het is gegaan en dat zowel [B] als de belanghebbende daarbij commercieel en personeelsbelang hadden met name in verband met de automatische contractovergangen die een gevolg zijn van afsplitsing en aandelenoverdracht in plaats van ondernemingsoverdracht (activa- en passivatransacties en contractovernames c.q. heronderhandelingen).

2.7

Van Gijlswijk heeft deze uitspraak in *NLF 2019/0416* bekritiseerd:

“(…) De antimisbruikbepalingen in de splitsingsvrijstelling waken tegen het omkatten van een transactie waarbij overdrachtsbelasting verschuldigd is in een vrijgestelde verkoop van aandelen. Daarmee zou een acute belastingclaim immers worden vrijdeld. Een verkoop van aandelen kort na de juridische splitsing is ‘verdacht’. Een gefaciliteerde splitsing is dan toch – in uitzonderingssituaties – mogelijk als aannemelijk is dat er zakelijke overwegingen zijn voor de splitsing. Uit de jurisprudentie blijkt dat hiervan bijvoorbeeld sprake is indien de juridische splitsing de enige reële mogelijkheid is om activiteiten levensvatbaar over te dragen.^[3] De kern van dit arrest is mijns inziens dat er niet alleen zakelijke/niet-fiscale redenen moeten zijn voor de verkoop van activiteiten, maar ook dat er zakelijke/niet-fiscale redenen moeten zijn om de transactie in de vorm van een juridische splitsing te gieten. Voor de Rechtbank heeft belanghebbende ook een beroep

gedaan op dit arrest. De Rechtbank heeft dit afgewezen.

Het Hof gooit het over een andere boeg. Zij acht – op basis van hetgeen ter zitting is verklaard – aannemelijk dat de splitsing in het geheel niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Gelet op het geheel van de door partijen op dat punt ingebrachte informatie, is sprake van een splitsing die op zakelijke gronden heeft plaatsgevonden. Belanghebbende maakt ter zitting aannemelijk dat de afsplitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen, die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en A bv. Het Hof concludeert dat er zakelijke overwegingen zijn, en dus geen sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Welke feiten het Hof nu precies belangrijk vindt, wordt niet duidelijk. Het is ook niet duidelijk of het Hof vindt dat niet alleen de carve-out zakelijk/niet-fiscaal gedreven is, maar ook of aan de wijze waarop deze carve-out heeft plaatsgevonden (via de juridische splitsing) zakelijke/niet-fiscale motieven ten grondslag liggen. Voorzichtig leid ik uit de tekst af dat het Hof dat wel vindt. Het Hof overweegt immers dat de ondernemingsbeslissingen:

‘(...) [moeten] leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en A BV.’

Dat impliceert dat het Hof het eerdergenoemde Bulkgas-arrest wel heeft toegepast. Waarom het Hof daar dan niet duidelijk aan refereert, is mij een raadsel. Zou het Hof niet relevant vinden dat er – naast de bedrijfseconomische beslissing om activiteiten af te stoten – ook zakelijke/niet-fiscale redenen moeten zijn om de juridische splitsing te gebruiken, dan staat de deur wijd open voor belastingvrije verkopen. Dat kan niet de bedoeling zijn. Wellicht dat een en ander nog duidelijker wordt in cassatie. De staatssecretaris heeft namelijk cassatie ingesteld.”

2.8

Van Haperen heeft de Hofuitspraak als volgt becommentarieerd in NTFR 2019/605:

“In de volgende volzin van art. 5c, lid 1, Uitv.besl. BRV wordt ‘ontgaan of uitstellen van belastingen’ als volgt ingekaderd: ‘De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen.’

Deze zin heeft een soort dubbele ontkenning in zich. Indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke motieven, wordt zij geacht te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingen, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

In de laatste volzin van dit lid wordt gesteld: ‘Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden als bedoeld in artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.’ Volgens mij dient de vraag beantwoord te worden of er een verschillend gewicht moet worden toegekend aan het begrip zakelijke motieven in de tweede en in de laatste volzin. In de tweede volzin slaat aannemelijk maken op het tegendeel; in de laatste volzin op zakelijke motieven. Naar mijn mening zou hier niet zo veel verschil tussen moeten zitten, aangezien degene die de faciliteit wil benutten in beide gevallen moet onderbouwen (ik gebruik hier expliciet niet de term aannemelijk maken) dat er sprake is van zakelijke motieven. In deze casus lijkt de fiscus, en later ook de rechtbank, die zakelijke motieven ook niet te betwisten, maar beschouwt zij die zakelijke motieven toch anders (zwaarder) omdat de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd (NTFR 2018/1287, met commentaar van Simonis).

Dit onderscheid lijkt het hof niet te maken. Juist door deze nuance begrijp ik niet waarom de rechtbank eerder het Bulkgasarrest (HR 2 juni 2006, nr. 41.942, NTFR 2006/790) terzijde schuift. In dit arrest was namelijk al gesteld dat (het voornemen tot) vervreemding van de aandelen niet in de weg staat aan de zakelijkheid. Dat dit arrest ging over de faciliteit in de vennootschapsbelasting, is naar mijn mening ondergeschikt. De volledig identieke formulering en de doelstelling van de faciliteit in combinatie met de beperkingen rechtvaardigen mijns inziens een vergelijking. Dit lijkt overigens ook de doelstelling van de wetgever te zijn geweest, getuige de parlementaire geschiedenis inzake de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting. Dat de faciliteit gelijk moet worden uitgelegd in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting, is in 2018 bevestigd door Rechtbank Noord-Holland (31 januari 2018, nr. 16/884, NTFR 2018/799).”

3. Het geding in cassatie

3.1

De Staatssecretaris van Financiën heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend. De partijen hebben elkaar van re- en dupliek gediend.

3.2

De Staatssecretaris stelt één cassatiemiddel voor: het Hof heeft art. 15(1)(h) c.q. (i) Wet BvR jo. art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR en art. 8:77 Algemene wet bestuursrecht (Awb) geschonden door ten onrechte of onvoldoende gemotiveerd belanghebbendes verkrijging van de onroerende zaken van [B] vrijgesteld te achten van overdrachtsbelasting. Hij acht ‘s Hof’s maatstaf onjuist: bij verkoop binnen drie jaar na de splitsing is de hoofdregel niet ‘vrijstelling, tenzij ...’, maar ‘belast, tenzij ...’. Het Hof is er

ten onrechte vanuit gegaan dat het voor de vrijstelling niet uitmaakt dat de aandelen in de belanghebbende binnen een dag na haar afsplitsing zijn verkocht als er voor de splitsing op zichzelf zakelijke overwegingen bestaan. Het Hof heeft zijns inziens ten onrechte enkel de *tweede* volzin van art. 5c(1) Uitv.Besl. BvR toegepast, terwijl hij ook de *derde* volzin had moeten toepassen. Hij had de splitsing mede in het licht van de meteen daarop volgende verkoop moeten beoordelen, nu de splitsing en de verkoop onlosmakelijk met elkaar verbonden waren. De afsplitsing van het vermogen in de belanghebbende is louter terug te voeren op de daaraan voorafgaand al overeengekomen verkoop van dat afgesplitste vermogen aan [A] BV in de vorm van aandelenoverdracht en moet dus aan die verkoop worden gerelateerd. Heeft het Hof wél bedoeld die toets aan te leggen, dan is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Volgens de Staatssecretaris is belanghebbendes geval een schoolvoorbeeld van door de wetgever expliciet *niet* gewenst gebruik van de vrijstelling voor andere doeleinden (nl. verkoop aan een derde) dan interne reorganisatie (dus binnen een concern). Uit het Bulkgasarrest HR *BNB* 2006/282⁴¹ volgt zijns inzien dat het gaat om het *overall* hoofdmotief van het samenstel van transacties; dat is in casu niet een reorganisatie binnen concern in de vorm van een splitsing, maar de verkoop van de tankstations(onderneming) aan een derde.

3.3

De belanghebbende betoogt bij *verweer* dat het Hof de drietrapsbeoordeling voor de toepassing van de splitsingsfaciliteit ex art. 5c Uitv.Besl. BvR correct heeft toegepast: (i) de vrijstelling is van toepassing, tenzij de splitsing in overwegende mate gericht is op het ontgaan van belastingheffing; (ii) de splitsing wordt geacht in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als zakelijke overwegingen ontbreken, behoudens tegenbewijs; (iii) zakelijke overwegingen worden geacht te ontbreken als binnen drie jaar na de splitsing de aandelen in een bij de splitsing betrokken entiteit worden vervreemd, behoudens tegenbewijs. Het Hof heeft de splitsing wel degelijk mede in het licht van de daarop volgende verkoop gezien. Dat volgt expliciet uit r.o. 5.2, waaruit ook volgt dat de belanghebbende aan haar bewijsplicht heeft voldaan. Uit de wetssystematiek volgt volgens de belanghebbende art. 5c(1)(3e volzin) Uitv.Besl. BvR geen afzonderlijke toets inhoudt, maar terugkeert naar de primaire toets van de zakelijkheid van de overwegingen in de tweede volzin. Gezien r.o. 5.2 heeft het Hof de splitsing beoordeeld mede in het licht van de overdracht en haar daarom als zakelijk aangemerkt. De belanghebbende acht onbegrijpelijk de stelling dat 's Hof's oordeel onvoldoende zou zijn gemotiveerd nu het Hof zowel het al dan niet ontgaan of uitstellen van belastingheffing heeft onderzocht als de zakelijkheid van de overwegingen heeft getoetst. Gezien die bewezen zakelijkheid is art. 5c(1)(3e volzin) Uitv. Besl. BvR niet van toepassing. Uit de parlementaire stukken en de jurisprudentie blijkt volgens haar niet dat de faciliteit alleen zou zijn bedoeld voor reorganisaties binnen concern. Zij verwijst behalve naar het Bulkgasarrest ook naar een uitspraak van Rb. Noord-Holland van 31 januari 2018⁴² (zie 6.7 hieronder). Zij acht haar geval geenszins een schoolvoorbeeld van hetgeen de wetgever niet wilde vrijstellen, nu in haar geval immers geen sprake is van verkoop van losse tankstations aan derden (dat was om zakelijke redenen niet mogelijk) maar juist om de verkoop van een tankstationsonderneming *going concern* met alle bijhorende leveranciers- en exploitatie-contracten, activa, personeel, etc.

3.4

Bij repliek wijst de Staatssecretaris er nogmaals op dat, nu de aandelen in de belanghebbende binnen drie jaar zijn vervreemd, de regel is dat geen vrijstelling geldt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. De belanghebbende moet volgens de Staatssecretaris aannemelijk maken dat er ondanks de verkoop binnen drie jaar zakelijke overwegingen voor de afsplitsing zijn. Volgens hem zien echter alle door de belanghebbende aangevoerde zakelijke overwegingen op de verkoop, niet op de afsplitsing.

3.5

Bij dupliek kwalificeert de belanghebbende die laatste stelling van de Staatssecretaris als 'pertinent onjuist' en overigens in cassatie tardief. Zij herhaalt dat als het tegendeel van de 2e respectievelijk 3e volzin van art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR aannemelijk is gemaakt, dat wil zeggen dat de zakelijkheid aannemelijk is gemaakt, de vrijstelling van toepassing is en dat de feitenrechter zakelijkheid bewezen heeft geoordeeld. Zakelijkheid bij de 2e volzin kan haars inziens niet verdwijnen bij de 3e volzin, noch andersom.

4. De splitsingsvrijstelling van overdrachtsbelasting

4.1

Art. 15(1) Wet BvR luidde in 2015 als volgt:

- "1. Onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden is van de belasting vrijgesteld de verkrijging:
 - (...)
 - h. bij fusie, splitsing en interne reorganisatie;
 - i. van een zaak die is aangebracht door of in opdracht en voor rekening van de verkrijger of zijn rechtsvoorganger

onder algemene titel;
(...)."

4.2

De bij Amvb voor de splitsingsvrijstelling te stellen voorwaarden zijn gesteld in art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR (tekst 2006 t/m heden):

- "1. De in artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de wet bedoelde vrijstelling wegens splitsing is van toepassing, wanneer sprake is van overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing van een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, behoudens in het geval dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.
- De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen.
- Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden als bedoeld in artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

4.3

Uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot terugsluis van de opbrengst van het reparatiewetsvoorstel-btw (24 428) volgt dat de wetgever bij de vrijstelling van overdrachtsbelasting voor inbreng, reorganisatie en fusie het oog had op intra-concern operaties (*cursivering* PJW):^[6]

"3.1. De faciliteiten bij inbreng, reorganisatie en fusie

De overdrachtsbelasting bevat in artikel 15 (...) WBR (...) een aantal faciliteiten, die als doel hebben zo veel mogelijk te voorkomen dat economisch wenselijk geachte transacties in de ondernemingsfeer worden belemmerd door overdrachtsbelasting.

(...).

In de aanhef van artikel 15 is voorzien in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur voorwaarden te stellen met betrekking tot de vrijstellingen. In het onderhavige kader komt dat neer op voorwaarden waarmee wordt beoogd te waarborgen dat het feitelijke resultaat van de bedoelde transacties, al dan niet in onderlinge samenhang, niet slechts is de overdracht van onroerende zaken zonder dat overdrachtsbelasting is betaald. In het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (hierna besluit BR) is in artikel 5 aan de huidige wettelijke regeling uitvoering gegeven met betrekking tot interne reorganisaties. De voorwaarden die daarbij worden gesteld, worden in een aantal gevallen als knellend ervaren. Ik heb al aangegeven dat de Werkgroep fiscale infrastructuur de aanbeveling heeft gedaan om ook *transacties binnen concern* die niet aan die voorwaarden voldoen, vrij te stellen.

Ik ben voornemens hieraan uitvoering te geven door de voorwaarden in het besluit BR met betrekking tot reorganisaties zodanig te wijzigen, dat voortaan *alle transacties binnen een concern* zijn vrijgesteld. (...). Daarbij zullen in het besluit BR echter wel nadere voorwaarden dienen te worden gesteld om oneigenlijk gebruik van de vrijstelling te voorkomen. Te denken valt aan een voorwaarde die ziet op de termijn dat het onderdeel van het concern dat het onroerende goed verkrijgt, *deel moet blijven uitmaken van het concern*.

(...)"

4.4

Bij Wet van 17 juni 1998^[7] is aan art. 15(1)(h) BvR 'splitsing' toegevoegd omdat die civielrechtelijk mogelijk werd. De artikelsgewijze toelichting bij het wetsvoorstel (25 709) vermeldt:^[8]

"Indien tot het vermogen dat van de splitsende rechtspersoon op een verkrijgende rechtspersoon overgaat onroerende zaken behoren, is de verkrijgende rechtspersoon ter zake van de verkrijging daarvan in beginsel overdrachtsbelasting verschuldigd. Door onderdeel A van artikel IV wordt thans in geval van splitsing voorzien in een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting. In het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer zullen voorwaarden worden opgenomen waaronder deze vrijstelling toepassing vindt. Deze voorwaarden zullen worden ontleend aan de voorwaarden waaronder de vrijstelling bij fusie en interne reorganisatie nu reeds van toepassing is."

4.5

De Nota naar aanleiding van het Verslag vermeldt over deze splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting het volgende:^[9]

“De leden van de VVD-fractie alsmede die van de PvdA-fractie vragen zich af welke eisen zullen worden gesteld aan de vrijstelling van overdrachtsbelasting indien bij een splitsing onroerende zaken overgaan naar een of meer verkrijgende vennootschappen.

Dienaangaande merk ik op dat het geenszins de bedoeling is de overdrachtsbelasting een belemmering te doen zijn voor een splitsing. Het moet echter niet zo zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet op belastingen van rechtsverkeer belast zouden zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing zouden blijven. Derhalve acht ik het gewenst om de voorwaarden voor de vrijstelling van overdrachtsbelasting aan te laten sluiten bij die voor de begeleiding van splitsingen in de vennootschapsbelasting.

In lijn met de wettelijke systematiek van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij fusie en interne reorganisatie zullen de voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij splitsing in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer worden opgenomen. Een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting bij de overgang van onroerende zaken in geval van een splitsing ingevolge artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, zal gelden indien aan die splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Of bepaalde overwegingen om tot splitsing over te gaan al dan niet als zakelijk moeten worden beschouwd voor de overdrachtsbelasting, zal afhangen van hetgeen voor de vennootschapsbelasting al dan niet als zakelijk wordt aangemerkt. Onbedoeld gebruik van de vrijstelling kan onder meer worden aangenomen wanneer slechts omwille van de toepassing van de vrijstelling wordt gekozen voor een splitsing op grond van artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.”

4.6

Bij besluit van 6 februari 1999 is art. 5c ingevoegd in het Uitv. Besl. BvR. De Nota van toelichting bij dat besluit vermeldt:^[10]

“Artikel I, onderdeel C (overdrachtsbelasting)

In genoemde wijzigingswet wordt artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet in die zin gewijzigd dat onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, bij splitsing een vrijstelling van overdrachtsbelasting van toepassing is. Dit besluit strekt ertoe, in lijn met de wettelijke systematiek van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij fusie en interne reorganisatie, de voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij splitsing in het Uitvoeringsbesluit op te nemen. Ik acht het gewenst om de voorwaarden voor de vrijstelling van overdrachtsbelasting aan te laten sluiten bij die voor de begeleiding van splitsing in de vennootschapsbelasting. Het eerste lid van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit bepaalt derhalve, conform de regeling in de vennootschapsbelasting, dat een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting geldt bij de overdracht van onroerende zaken ingeval van een splitsing ingevolge artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, indien aan die splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Ingevolge het tweede lid van artikel 5c worden deze «in overwegende mate zakelijke overwegingen», tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, in ieder geval niet aanwezig geacht ingeval een aandeelhouder dan wel een samenwerkende groep van aandeelhouders ten tijde van de splitsing doorslaggevende zeggenschap in het splitsende lichaam heeft, deze in een bij de splitsing betrokken lichaam behoudt of verkrijgt doch deze binnen drie jaren na de splitsing kwijtraakt, dan wel in geval van een afsplitsing waarbij het verkrijgende lichaam aandelen uitrekt aan het splitsende lichaam, het splitsende lichaam zijn belang in het verkrijgende lichaam binnen drie jaren na de splitsing geheel of ten dele vervreemdt.

Of bepaalde overwegingen om tot splitsing over te gaan al dan niet als zakelijk moeten worden beschouwd voor de overdrachtsbelasting, zal mede afhangen van hetgeen voor de vennootschapsbelasting al dan niet als zakelijk wordt aangemerkt. Hoewel het geenszins de bedoeling is de overdrachtsbelasting een belemmering te doen zijn bij een splitsing, moet het echter niet zo zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet belast zouden moeten zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing blijven.

(...)”

4.7

De wetgever wilde met de vrijstellingsvoorwaarden in art. 5c Uitv. Besl. BvR dus aansluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden in de vennootschapsbelasting. De Nota van Toelichting geeft het volgende algemene kader:

“(…). De vrijstellingen van overdrachtsbelasting voor de omzetting van een niet in de vorm van NV of BV gedreven onderneming in een wel in zodanige vorm gedreven onderneming, de bedrijfsfusie, de interne reorganisatie en de splitsing, zijn aan voorwaarden verbonden. Deze voorwaarden zijn vanouds erop gericht recht te doen aan de achterliggende gedachte van deze vrijstellingen, te weten enerzijds de overdrachtsbelasting geen hinderpaal te laten zijn bij de keuze voor de economisch gezien meest wenselijke rechtsvorm van de onderneming of de positionering van onroerende zaken binnen een concern, terwijl anderzijds misbruik of oneigenlijk gebruik van de vrijstellingen wordt voorkomen door de continuïteitseis te stellen en te verhinderen dat een verkoop wordt ingekleed als een inbreng. De continuïteitseis ziet zowel op het bezit van

de bij de omzetting, fusie of splitsing verkregen aandelen, als op de voortzetting van de onderneming. Van de continuïteitseis mag onder omstandigheden worden afgeweken, namelijk wanneer er een opvolgende gebeurtenis is die op haar beurt eveneens in aanmerking komt voor een vrijstelling. In de bepalingen van het uitvoeringsbesluit waarin dit met betrekking tot het aandelenbezit is geregeld, wordt onder andere verwezen naar artikel 37, tweede lid, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer. Dit artikel is in verband met de afschaffing van de kapitaalsbelasting vervallen. Het uitvoeringsbesluit moet hieraan aangepast worden. In genoemde bepaling zijn de gebeurtenissen omschreven waarin een vrijstelling van kapitaalsbelasting geldt ter zake van het bijeenbrengen van kapitaal, te weten een aandelenfusie, bedrijfsfusie, interne reorganisatie en splitsing. Voor een goed begrip waarom voor deze gebeurtenissen werd verwezen naar de bepaling in de kapitaalsbelasting en niet naar de overeenkomstige bepaling in de overdrachtsbelasting wijs ik erop dat deze verwijzing historisch bepaald is. Bedacht moet worden dat hier het karakter van de omschreven gebeurtenis van doorslaggevende betekenis is. Niet van belang is het antwoord op de vraag of de desbetreffende gebeurtenis ook inderdaad een voor de overdrachtsbelasting belaste – vervolgens al dan niet vrijgestelde – overdracht van onroerende zaken is. Dit houdt bijvoorbeeld in dat wanneer de vervolggebeurtenis een zogenoemde aandelenfusie is, deze niet de overdrachtsbelasting alsnog verschuldigd laat worden ter zake van de initiële gebeurtenis, ook al kent de overdrachtsbelasting zelf geen faciliteit voor aandelenfusie. Ook wordt niet op de vrijstelling teruggekomen indien de gebeurtenis die aanleiding was voor toepassing van de faciliteit, gevolgd wordt door een bedrijfsfusie waarbij wel een zelfstandig onderdeel van een onderneming is betrokken, maar tot dat zelfstandige onderdeel geen onroerende zaak behoort. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de tekst van de definitie van splitsing in artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer meer in lijn te brengen met die uit de vennootschapsbelasting en de thans afgeschafte kapitaalsbelasting. Het is immers van meet af aan de bedoeling geweest dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is."

4.8

De artikelsgewijze toelichting bij art. 5c Uitv. Besl. BvR laat er geen misverstand over bestaan dat de reikwijdte van art. 5c Uitv. Besl. BvR en art. 14(6) Wet Vpb gelijk is:^[11]

"Het eerste lid van artikel 5c is vervangen door een tekst die aansluit bij de tekst van artikel 14a, zesde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Daarmee is bereikt dat er geen misverstand over kan bestaan dat de reikwijdte van deze bepalingen identiek is. Omdat de reikwijdte identiek is, geldt dit ook met betrekking tot de situaties waarin de vrijstelling wordt teruggenomen. Dit is het geval indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij deze toets gelden voor beide belastingen dezelfde afwegingen. Is voor de vennootschapsbelasting deze afweging gemaakt, met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect, en is geconcludeerd dat er sprake van een te faciliteren splitsing voor de vennootschapsbelasting, dan zal dat ook het geval zijn voor de overdrachtsbelasting. Deze situaties zijn, als weerlegbaar vermoeden, eveneens in het eerste lid opgenomen. Het voormalige tweede en derde lid kunnen in verband hiermee vervallen."

4.9

Voor een goed begrip van strekking en reikwijdte van art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR is dus kennisneming van de parlementaire geschiedenis van de gelijklopende bepaling in art. 14a(6) Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) nodig. Opmerking verdient wel dat de door de wetgever kennelijk beoogde volledige synchronisatie van die twee bepalingen toch niet volledig lijkt doordat (i) art. 14a(6) Wet Vpb uitgelegd moet worden conform art. 15(1)(a) van de EU-Fusierichtlijn^[12], wat niet geldt voor art. 5c Uitv. Besl. BvR, omdat de EU-Fusierichtlijn niet over overdrachtsbelasting gaat, maar alleen over de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting van de betrokken aandeelhouders, en (ii) uit het HvJ-arrest in de zaak *Zwijenburg*^[13] volgt dat als een fusie of splitsing als (een) hoofddoel heeft de ontwijking van *overdrachtsbelasting*, dat op zichzelf geen rechtvaardiging is voor de weigering van de Richtlijnvoordelen in de *vennootschapsbelasting* of de *inkomstenbelasting*.^[14]

4.10

Wat de wetgever precies voor ogen stond met zijn aansluiting bij de vennootschapsbelastingbepalingen, is mij niet duidelijk, want het zinsdeel "Is voor de vennootschapsbelasting deze afweging gemaakt, met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect (...)" in het citaat in 4.8 is ronduit mysterieus: "voor de vennootschapsbelasting met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect" lijkt mij een niet-bestaand en daarmee onwerkbaar concept. Bij de beoordeling voor de vennootschapsbelasting is 'het overdrachtsbelastingaspect' immers irrelevant en kan het dus niet 'inbegrepen' zijn. De vennootschapsbelasting heeft immers een ander doel (belasten van ondernemingswinst volgens vermogensvergelijking en realisatiebeginsel; sterk bedrijfseconomisch getint) dan de overdrachtsbelasting (belasten van het verkeer in (indirecte) eigendomstitels van onroerende zaken, ongeacht winst of verlies op dat titelverkeer; sterk civielrechtelijk getint). De antimisbruikbepalingen bij de vrijstellingen voor fusie, splitsing en interne reorganisatie in beide belastingen kunnen daardoor mijns inziens geen identieke strekking, althans niet hetzelfde effect hebben; bij de vennootschapsbelastingheffing

gaat het om voorkoming van uitstel of afstel van belastingheffing over in wezen gerealiseerde stille reserves en wordt dus ook ongerechtvaardigd uitstel van heffing bestreden, en met name de omzetting van verkoopwinsten in onbelaste koerswinsten op gecreëerde deelnemingen (zie onderdeel 5 hieronder), terwijl voor de overdrachtsbelasting het al dan niet bestaan van stille reserves irrelevant is en vrijstelling voor de overdrachtsbelasting geen uitstel, maar afstel is.

4.11

Ik heb dus ernstige twijfels bij het idee van volledige synchronisatie van de antimisbruikbepalingen ter zake van splitsing in beide belastingen; volgens mij is die niet mogelijk omdat verschillende soorten belastbare feiten met verschillende strekkingen ook verschillende soorten misbruik mogelijk maken.

4.12

Ik merk volledigheidshalve op dat dezelfde antimisbruikbepaling als in art. 14a(6) Wet Vpb en art. 5c(1) Uitv. Besl. BvR onder meer^[15] ook is opgenomen in art. 3.56(4) Wet Inkomstenbelasting 2001 in verband met de belastingheffing van aanmerkelijkbelanghouders in de betrokken vennootschappen. Ik ga daarop niet in omdat het bewijsvermoeden waar het in deze procedure om gaat (nl. dat zakelijke overwegingen ontbreken als de aandelen in de splitsende of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing worden vervreemd aan niet-verbonden kopers) daar geen rol speelt.

5. De splitsingsvrijstelling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

5.1

Art. 14a(6) Wet Vpb luidt als volgt (tekst 2015 t/m heden):

- "6. Het tweede lid, respectievelijk het derde lid, eerste volzin [fiscaal geruisloze doorschuiving; PJW], is niet van toepassing indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen.
- Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

5.2

De MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Vpb en andere belastingwetten in verband met de fiscale begeleiding van overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen ex Boek 2 BW vermeldt het volgende over de term 'zakelijke overwegingen':^[16]

"4. Zakelijke overwegingen

Teneinde te voorkomen dat van de fiscale begeleiding van fusie of splitsing onbedoeld gebruik wordt gemaakt, is bepaald dat geruisloze doorschuiving niet kan plaatsvinden ingeval aan de fusie of de splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Bij de beoordeling of er in voldoende mate sprake is van zakelijke overwegingen, zullen fiscale overwegingen als niet-zakelijke overwegingen worden beschouwd. Voorts zal de beoordeling of de fusie of splitsing is ingegeven door zakelijk motieven, en de wijze waarop de fusie of de splitsing is vormgegeven, plaatsvinden vanuit de positie van de bij de fusie of splitsing betrokken rechtspersonen. Voor deze rechtspersonen moet de fusie of splitsing op basis van bedrijfseconomische motieven, zoals een duurzame rationalisatie of herstructurering van de activiteiten, zijn ingegeven. Aandeelhoudersmotieven kunnen daaraan niet bijdragen. Indien de activiteiten van de splitsende rechtspersoon bij voorbeeld worden gesplitst in beleggingen en ondernemingsactiviteiten, zal de splitsing in het algemeen niet zijn ingegeven door bedrijfseconomische motieven van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen, doch veelal door aandeelhoudersmotieven, zoals het beperken van het aansprakelijk vermogen voor de ondernemingsactiviteiten. Aandeelhoudersmotieven kunnen voorts bij voorbeeld aanwezig zijn indien de afsplitsing plaatsvindt met het oog op de verkoop van een gedeelte van de onderneming die door de splitsende rechtspersoon wordt gedreven. Dit kan zowel het gedeelte van de onderneming zijn dat op een verkrijgend lichaam overgaat als, in geval van een afsplitsing, de onderneming die de splitsende rechtspersoon behoudt. (...). In de situatie dat de splitsing wordt ingegeven door aandeelhoudersmotieven, zullen de doorschuiffaciliteiten noch aan de aandeelhouders noch aan de bij de splitsing betrokken rechtspersonen worden verleend.

Wordt een herstructurering binnen drie jaar «ongedaan» gemaakt, door aandelen die in het kader van de fusie of splitsing zijn uitgereikt te verkopen, dan wordt in bepaalde gevallen alsnog aangenomen dat de aandeelhoudersmotieven en niet de bedrijfseconomische motieven de doorslag hebben gegeven. Dit betreft met name de situatie waarin een aandeelhouder of

een samenwerkende groep van aandeelhouders vóór de fusie of splitsing doorslaggevende zeggenschap (hetgeen direct of indirect kan zijn) heeft in de splitsende rechtspersoon, dan wel in de bij de fusie betrokken verdwijnende rechtspersoon, en deze zeggenschap ingeval van een splitsing in een bij de splitsing betrokken rechtspersoon behoudt of verkrijgt, dan wel ingeval van een fusie deze zeggenschap in de verkrijgende vennootschap behoudt of verkrijgt. De belastingplichtige heeft echter de mogelijkheid aannemelijk te maken dat ondanks de omstandigheid dat de herstructurering ongedaan wordt gemaakt, in overwegende mate bedrijfseconomische motieven ten grondslag lagen aan de herstructurering. Bij een afsplitsing is het mogelijk dat de verkrijgende vennootschap aandelen uitrekt aan de splitsende vennootschap. In een dergelijke situatie zullen voor de beoordeling van de motieven niet zozeer de aandeelhouders in de splitsende vennootschap een rol spelen maar veeleer de bij de splitsing betrokken vennootschappen zelf. Indien bij deze vorm van afsplitsing de herstructurering binnen drie jaar geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt door aandelen in de verkrijgende vennootschap te verkopen, worden fiscale en niet de zakelijke motieven doorslaggevend geacht. Immers, door het aanwenden van de rechtsfiguur van de afsplitsing zou het anders mogelijk zijn belaste boekwinsten om te zetten in onbelaste deelnemingswinsten. Ook in die situatie zal de verleende faciliteit worden teruggenomen en zal dus op het moment van de afsplitsing alsnog moeten worden afgerekend, tenzij de belastingplichtige alsnog aannemelijk maakt dat ondanks het ongedaan maken van de herstructurering zakelijke overwegingen de doorslag hebben gegeven."

5.3

De Nota naar aanleiding van het Verslag bij dat wetsvoorstel vermeldt over de term 'zakelijke overwegingen' het volgende:^[17]

"3. Zakelijke overwegingen

De rechtsfiguren van de juridische fusie en splitsing zijn belangrijke instrumenten om reorganisaties van ondernemingen op efficiënte wijze te kunnen laten plaatsvinden. Het doel van de fiscale begeleiding is dergelijke door bedrijfseconomische overwegingen ingegeven reorganisaties zoveel mogelijk fiscaal neutraal te laten verlopen. De fiscale begeleiding die in het wetsvoorstel is neergelegd, mag er niet toe leiden dat fiscale claims verloren gaan en is uitdrukkelijk niet bedoeld om vormen van belastingbesparing te faciliteren. Er dient derhalve voor gewaakt te worden dat een belaste transactie wordt omgezet in een onbelaste transactie. Daarvan zou sprake zijn indien men door gebruik te maken van de figuur van splitsing of fusie een belaste verkoopwinst zou kunnen omzetten in een onbelaste overdracht van een deelneming of indien een belaste dividenduitkering zou kunnen worden omgezet in een onbelaste vervreemding van aandelen. Ik wil in dit verband twee voorbeelden geven waarbij zonder nadere regeling claims verloren zouden gaan.

Een vennootschap bezit een pand met een grote stille reserve. Men wil het pand verkopen, maar zo'n verkoop leidt tot belastbare winst. Het pand wordt in plaats daarvan afgesplitst naar een nieuw opgerichte vennootschap, waarbij de boekwaarde wordt doorgeschoven. Vervolgens worden de aandelen in deze nieuwe vennootschap verkocht. De winst behaald bij deze verkoop valt onder de deelnemingsvrijstelling, waardoor het resultaat is dat een belastbare verkoopwinst wordt omgezet in een vrijgestelde winst. Het gevolg zou zijn dat men voor een verkoop waarbij men een substantiële belastbare verkoopwinst (dit kan zich bijvoorbeeld ook voordoen bij de verkoop van een onderneming of een gedeelte daarvan) verwacht, de figuur van (af-)splitsing zal kiezen om de vervreemding zonder heffing te doen plaatsvinden. In het wetsvoorstel worden dergelijke ongewenste effecten ondervangen door als voorwaarde voor fiscale begeleiding te stellen dat de fusie of splitsing moet zijn ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen.

(...).

De leden van de PvdA-fractie, (...), vragen om uitleg van de betekenis van 'in overwegende mate'. Mijn antwoord hierop is dat hiermee bedoeld wordt dat zakelijke overwegingen beslissend zijn voor de fusie c.q. splitsing. In dit verband wijs ik op het eerste en derde lid van artikel 10a van de Wet Vpb, waar dezelfde terminologie wordt gehanteerd. De vraag wanneer sprake is van in overwegende mate zakelijke motieven kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, maar zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Voorts vragen deze leden om het in de memorie van toelichting gehanteerde begrip 'bedrijfseconomische motieven' nader te preciseren. Van bedrijfseconomische motieven is sprake indien de rechtshandeling bij een splitsing in het belang is van de economische positie, daaronder wordt niet begrepen de fiscale positie, van de splitsende en van de verkrijgende rechtspersonen; (...).

(...).

Voorts vragen de leden van de VVD-fractie mijn reactie op de stelling dat er omstandigheden kunnen zijn waarbij het juist in het belang is van de continuïteit van de onderneming dat de splitsing plaatsvindt met het oog op de verkoop van een gedeelte van de onderneming, zoals bij afslankingsoperaties en in de situatie dat een aantal aandeelhouders ruzie met elkaar hebben. Ook de leden van de D66-fractie vragen mij in te gaan op zo'n verstoorde aandeelhoudersrelatie. Mijn reactie hierop is dat het inderdaad denkbaar is dat een ernstig verstoorde relatie tussen aandeelhouders tot gevolg heeft dat de continuïteit van de activiteiten die voor rekening van een rechtspersoon worden ontplooid, wordt bedreigd en dat een splitsing ook op het niveau van de betrokken rechtspersoon in overwegende mate wordt ingegeven door zakelijke overwegingen. In de praktijk zal dit wel kritisch moeten worden getoetst. (...). Fiscale begeleiding is naar mijn oordeel niet

aan de orde in situaties waarin de facto sprake is van een (gedeeltelijke) uitkoop, al dan niet in het kader van bedrijfsopvolging, van één of meer van de aandeelhouders. Dit is bijvoorbeeld het geval bij splitsingen die ertoe leiden dat (een deel van) de aandeelhouders na de splitsing alleen aandelen houdt in een vennootschap met liquide middelen of (eenvoudig verzilverbare) beleggingen.

Het voorgaande betekent uiteraard niet dat de omstandigheid dat aandeelhouders belang hebben bij een splitsing aan fiscale begeleiding in de weg hoeft te staan, zo kan ik de leden van de VVD-fractie op hun desbetreffende vraag antwoorden. Deze leden doelen daarbij met name op situaties waarin de splitsing erop is gericht de verhandelbaarheid en de beurswaarde van de aandelen in de splitsende vennootschap te vergroten, bijvoorbeeld teneinde de winstgevendheid te verhogen door een afslanking tot de kernactiviteiten of teneinde de mogelijkheden te vergroten om nieuw aandelenkapitaal aan te trekken. Met de leden van de VVD-fractie ben ik het eens dat de splitsing in een dergelijke situatie niet alleen in het belang van de splitsende vennootschap kan zijn, maar ook de belangen van de aandeelhouders kan dienen. Bepalend voor begeleiding is of de fusie of splitsing in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen op het niveau van bij de fusie of de splitsing betrokken rechtspersonen. Bij de beoordeling van de motieven zal in een dergelijk geval dus wel worden getoetst welk gewicht het aandeelhoudersbelang heeft gehad bij de besluitvorming. Bij beursgenoteerde vennootschappen zal de individuele invloed van de aandeelhouders op de besluitvorming in de regel gering zijn. (...).

De leden van de VVD-fractie geven een voorbeeld waarin een opsplitsing plaatsvindt in vier divisies, waarna, kennelijk volgens plan, één divisie wordt verkocht. Men vraagt zich af of hierdoor een vermoeden ontstaat dat de splitsing als zodanig niet is ingegeven door in overwegende mate zakelijke motieven als bedoeld in het voorgestelde art. 14a, vijfde lid [thans lid 6; PJW], van de Wet Vpb. In dit verband merk ik op, dat als de inspecteur op de hoogte is van het plan om één divisie te verkopen, hij een verzoek om bevestiging dat de splitsing is ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen of een verzoek om fiscale begeleiding zal afwijzen. Als de inspecteur aanvankelijk niet op de hoogte is van het voornemen tot verkoop, maar op een later moment geconfronteerd wordt met het feit dat aandelen worden vervreemd, dan kan [hij] opnieuw bezien of de splitsing wel in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen. De bewijslast dat dit niet het geval is, rust dan in principe op de inspecteur. Alleen ingeval er doorslaggevend zeggenschap verloren gaat, ontstaat het in de vraag genoemde wettelijke vermoeden dat aan de splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De belastingplichtige heeft dan de mogelijkheid het tegendeel aannemelijk te maken. De tekst van het voorgestelde artikel 14a, vijfde [thans zesde; PJW] lid, van de Wet Vpb laat geen ruimte om een splitsing voor een gedeelte te kwalificeren als gebaseerd op in overwegende mate zakelijke overwegingen. Dit hoeft in dit voorbeeld waarbij de splitsing van de andere drie bedrijfsonderdelen kennelijk wel door zakelijke overwegingen is ingegeven, overigens geen problemen op te leveren. Immers de voor verkoop bestemde divisie kan ook op een eerder moment separaat worden afgesplitst zonder fiscale begeleiding. De daarop volgende splitsing van de drie resterende bedrijfsonderdelen kan dan wel fiscaal begeleid worden. (...).

5.4

In reactie op een brief van de NOB van 27 maart 1998 heeft de Staatssecretaris van Financiën bij brief van 31 maart 1998 het volgende toegevoegd over het voorbeeld van de splitsing in divisies waarvan er één volgens voorafgaand plan indirect wordt verkocht:^[18]

“De opmerking dat slechts fiscale begeleiding bij een splitsing kan worden verkregen als er voor 100% sprake is van zakelijke overwegingen, onderschrijf ik niet. Er wordt gekeken of de splitsing of fusie als geheel, en de manier waarop deze is vormgegeven, in overwegende mate door zakelijke overwegingen is ingegeven. In het geschetste geval zal de reden om op de gekozen manier – d.w.z. in vieren i.p.v. in drieën – te splitsen, niet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen, maar veeleer vanwege het fiscale voordeel. De voor verkoop bestemde divisie kan ook op een eerder moment separaat worden afgesplitst zonder fiscale begeleiding. De daarop volgende splitsing van de drie resterende bedrijfsonderdelen kan dan wel fiscaal begeleid worden.”

5.5

De MvA EK vermeldt dat gekozen is voor een ruim geformuleerde ‘zakelijkheidseis’ om recht te doen aan de verscheidenheid aan gevallen:^[19]

“De leden van de VVD-fractie vinden de eis dat de splitsing moet zijn ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen aanvaardbaar, maar niet ideaal. Als regel zouden in beginsel alleen de feiten fiscale gevolgen moeten hebben, geven deze leden aan, en is het motief niet zo zeer van belang.

In antwoord hierop merk ik op dat de beoordeling van de aan de splitsing of fusie ten grondslag liggende overwegingen uiteraard zal plaatsvinden aan de hand van de feiten en omstandigheden van het desbetreffende geval. Met de zakelijkheidseis wordt dit in min of meer algemene termen tot uitdrukking gebracht, waarbij niet is beoogd een onderscheid te maken tussen het motief van de fusie of splitsing enerzijds en de feiten en omstandigheden anderzijds. Daarbij speelt ook

een rol dat het niet goed doenlijk is een uitputtende opsomming te geven van feitelijke situaties waarbij van een zakelijke fusies of splitsing gesproken zou kunnen worden. In plaats daarvan kan met de algemene formulering dat de fusie of splitsing in overwegende mate moet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen meer recht worden gedaan aan de grote verscheidenheid van gevallen die zich in de praktijk kunnen voordoen.

(...).

De leden van de PvdA-fractie informeren (...) naar de voorwaarden die zullen worden gesteld voor de vrijstelling van overdrachtsbelasting in geval van een juridische fusie of juridische splitsing. Met name informeren zij naar de vergelijkbaarheid van deze voorwaarden met de voorwaarden die betrekking hebben op de huidige fusie- of reorganisatievrijstelling. Dienaangaande merk ik allereerst op dat ook de voorwaarden die betrekking zullen hebben op juridische fusie of juridische splitsing zullen worden opgenomen in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer. Daarbij zal sprake zijn van twee voorwaarden. In de eerste plaats zal sprake moeten zijn van een splitsing ingevolge artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. (...). In de tweede plaats zal, evenals dat geregeld is in de voorwaarden voor de kapitaalsbelasting, als voorwaarde worden gesteld dat een aandeelhouder of samenwerkende groep van aandeelhouders die ten tijde van de splitsing een doorslaggevende zeggenschap in de splitsende vennootschap heeft of verkrijgt deze gedurende drie jaren na de splitsing zal moeten behouden, omdat anders in overwegende mate zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht, behoudens tegenbewijs. De voorwaarde dat sprake moet zijn van een inbreng van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan zal bij de juridische fusie of de juridische splitsing, (...), niet worden gesteld.

5.6

De artikelsgewijze toelichting op de antimisbruikbepaling in art. 14a(6) Wet Vpb (splitsing) verwijst naar de antimisbruikbepaling van art. 14(4) Wet Vpb (bedrijfsfusie):^[20]

“De belangrijkste wijzigingen van dit artikel hebben betrekking op de antimisbruikbepaling. Die bepaling is aangepast en in lijn gebracht met de fusierichtlijn. In het eerste lid is de omschrijving aangepast. Voor dit begrip wordt niet meer verwezen naar het Burgerlijk Wetboek. De aangepaste antimisbruikbepaling is opgenomen in het zesde lid.

(...).

De antimisbruikbepaling is opgenomen in het zesde lid. Voor een nadere toelichting op deze bepaling wordt verwezen naar hetgeen bij de bedrijfsfusie is opgemerkt.”

5.7

Uit de artikelsgewijze toelichting op de antimisbruikbepaling in art. 14(4) Wet Vpb (bedrijfsfusie) volgt dat de antimisbruikbepaling onder meer gericht is tegen het ‘verkoopklaar’ maken van bedrijfsonderdelen:^[21]

“De antimisbruikbepaling is opgenomen in het vierde lid en is, voor wat betreft de eerste twee volzinnen, gelijklopend aan de regeling die is opgenomen in het wetsvoorstel Wet inkomstenbelasting 2001 voor aandelenfusie. Misbruik is aanwezig indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan dan wel uitstellen van belastingheffing. Dit wordt geacht het geval te zijn indien de fusie niet plaatsvindt op zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer. De term actieve werkzaamheden is gekozen teneinde een onderscheid te kunnen maken tussen vennootschappen bij wie de werkzaamheden niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer (passieve vennootschappen) en vennootschappen die materieel een onderneming drijven. Ingeval de vennootschap als passief kan worden aangemerkt, zal worden aangenomen dat de fusie niet is gericht op de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden. Deze actieve werkzaamheden worden immers niet door een dergelijke vennootschap verricht. De faciliteit is in een dergelijke situatie dan ook niet van toepassing, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat de fusie niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In de derde volzin van dit lid is een bepaling opgenomen die betrekking heeft op de situatie dat de aandelen in de overdrager of de overnemer worden vervreemd aan een niet-verbonden lichaam. In dat geval wordt aangenomen dat de vervreemding van de aandelen samenhangt met de overdracht van de vermogensbestanddelen waarvoor de faciliteit is verkregen. Dit samenstel van rechtshandelingen zou het mogelijk maken om verkoopwinsten om te zetten in onbelaste koerswinsten op aandelen, waardoor de belastingheffing wordt uitgesteld. Teneinde deze vorm van oneigenlijk gebruik te keren, wordt aan de bedrijfsfusie geacht geen zakelijke overwegingen ten grondslag te liggen indien de aandelen in de overnemer of de overdrager binnen een periode van drie jaar worden vervreemd aan een niet-verbonden lichaam. De woorden direct of indirect zijn opgenomen teneinde duidelijk te maken dat ook wanneer de aandelen eerst aan een verbonden lichaam worden verkocht en vervolgens aan een niet-verbonden lichaam, de antimisbruikbepaling van toepassing is. Niet alleen de verkoop van aandelen in de overnemer, maar ook de verkoop van aandelen in de overdrager aan een niet-verbonden lichaam kan leiden tot het omzetten van verkoopwinsten in onbelaste koerswinsten. Met betrekking tot de verkoop van aandelen in de overdrager kan worden gedacht aan de volgende structuur. Aan het overnemende lichaam worden juist die vermogensbestanddelen overgedragen die het concern wenst te behouden. Door de aandelen in de overnemende vennootschap binnen het concern te verhangen, zijn de aandelen in de overdragende vennootschap verkoopklaar gemaakt. Ook op deze wijze kan van de bedrijfsfusie faciliteit gebruik worden gemaakt om belastingheffing uit

te stellen. Door verkoop van de aandelen worden immers de stille reserves die in de achtergebleven activa besloten liggen gerealiseerd.

De belastingplichtige wordt de mogelijkheid geboden om tegenbewijs te leveren. De belastingplichtige zal slagen in dit tegenbewijs indien bijvoorbeeld zowel de aandelen in de overdrager als de aandelen in de overnemer aan dezelfde belastingplichtige worden verkocht. Die situatie kan immers worden vergeleken met de situatie dat de bedrijfsfusie niet heeft plaatsgevonden. Had de bedrijfsfusie niet plaatsgevonden, dan hadden de aandelen ook kunnen worden verkocht zonder dat dit zou leiden tot heffing. De belastingplichtige wordt de mogelijkheid geboden om zekerheid vooraf te krijgen omtrent de vraag of de voorgenomen vervreemding van de aandelen leidt tot het van toepassing zijn van de antimisbruik bepaling. De inspecteur beslist omtrent deze vraag bij voor bezwaar vatbare beschikking."

5.8

De Nota naar aanleiding van het Verslag gaat in op de vraag of de bewijslastverdeling in art. 14(4) Wet Vpb strookt met de EU-Fusierichtlijn:^[22]

"(...). De slotzin van het vierde lid heeft betrekking op de situatie dat de aandelen die in het kader van de fusie worden verkregen binnen (...) drie jaren worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam. In die situatie worden zakelijke overwegingen in beginsel niet geacht aan de fusie ten grondslag [te] hebben gelegen. Belastingplichtige kan het tegendeel echter bewijzen door aannemelijk te maken dat aan de fusie, ondanks de vervreemding wel degelijk in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag (...) liggen. Het op deze wijze verdelen van de bewijslast is in overeenstemming met de fusierichtlijn. Uitgangspunt van de fusierichtlijn is dat reorganisaties niet in de weg mogen worden gestaan doch dat bij misbruik de faciliteit niet behoeft te worden gegeven. Juist in een situatie waarin de fusie binnen een korte termijn door middel van verkoop van aandelen als het ware ongedaan wordt gemaakt, kan worden aangenomen dat de fusie niet is ingegeven door zakelijke overwegingen. Het ligt in een dergelijke situatie veel eerder voor de hand dat de fusie in overwegende mate ten doel heeft belaste vervreemdingswinsten op vermogensbestanddelen om te zetten in onbelaste koerswinsten op aandelen. Dat de bewijslast om aannemelijk te maken dat de fusie wel is ingegeven door zakelijke overwegingen, bij de belastingplichtige is gelegd, past binnen het systeem van een normale bewijslast verdeling. Alleen de belastingplichtige kan immers aangeven wat zijn overwegingen zijn geweest om de fusie aan te gaan. Voorts wijzen wij erop dat de beslissing van de inspecteur kan worden voorgelegd aan de rechter."

6. Rechtspraak

6.1

Het Bulkgasarrest HRBNB 2006/282^[23] ging over de vraag of de splitsingsfaciliteit ex art. 14a(6) Wet Vpb (destijds lid 5), dus voor de vennootschapsbelasting, van toepassing was hoewel de aandelen in de afgesplitste vennootschap meteen na de afsplitsing werden vervreemd, volgens een vóór de afsplitsing al overeengekomen plan. Het betrokken concern wilde een ander bedrijf overnemen, maar kreeg daarvoor alleen toestemming van de Europese Commissie als het in verband met zijn dreigende dominante marktpositie bulkgasactiviteiten zou afstoten. Het koos daarvoor de weg van inbreng van die activiteiten in een afgesplitste vennootschap en verkoop van de aandelen in die vennootschap. Het hof had de vrijstelling van toepassing geacht omdat hij aannemelijk achtte dat commercieel geen reële andere routes open stonden. U overwoog als volgt op het cassatieberoep van de Staatssecretaris:

"3.3.2.

(...).

(...) het Hof (heeft) – in cassatie onbestreden – geoordeeld dat belanghebbende aannemelijk heeft gemaakt dat op grond van commerciële motieven ervoor is gekozen niet alle vermogensbestanddelen afzonderlijk over te dragen aan F B.V., maar deze eerst af te zonderen in een aparte vennootschap gevolgd door de verkoop van de aandelen in die vennootschap. Voorts heeft het Hof – in cassatie eveneens onbestreden – geoordeeld dat de gekozen weg om de vermogensbestanddelen af te stoten een goede en wellicht de enig mogelijke weg was. Daarvan uitgaande heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende is geslaagd in het leveren van het tegenbewijs, met als gevolg dat de faciliteit kan worden toegepast.

3.3.3.

Aan de Staatssecretaris kan worden toegegeven dat in de onderwerpelijke situatie als gevolg van de (onmiddellijke) verkoop van de aandelen in de verkrijgende vennootschap contanten vrijkomen waaruit de verschuldigde belasting kan worden voldaan. Hierin acht de Hoge Raad evenwel onvoldoende grond aanwezig om te oordelen dat in een geval als het onderhavige de faciliteit niet kan worden toegepast. De wetgever heeft in artikel 14a, lid 5, van de Wet de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang van het tijdstip van de vervreemding. De geboden mogelijkheid van tegenbewijs ziet voorts op een omstandigheid – het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Het middel faalt derhalve ook voor het

overige.”

Het geschil in die zaak betrof echter vooral de vraag of, zoals de fiscus in die zaak betoogde, tegenbewijs ex art. 14a(5) Wet Vpb is uitgesloten de bij de afsplitsing nog te verkrijgen aandelen daaraan voorafgaand al verkocht zijn aan een derde. Dat is niet zo (zie ook de onderdelen 6.10 en 6.11 van de conclusie in die zaak), maar dat zegt mijns inziens niet dat als het juridisch en/of commercieel opportuun is om een bedrijfsonderdeel met onroerende zaken verkoopklaar te maken via een afsplitsing, die afsplitsing daarmee altijd gefacilieerd is, want als dat zo zou zijn, kan men de heffing van overdrachtsbelasting bij overdracht van bedrijven met onroerende zaken vergeten.

6.2

Het eveneens voor de vennootschapsbelasting gewezen arrest HR *BNB* 2009/28^[24] betrof een aandelenfusie gevolgd door verkoop van de ingebrachte aandelen. U achtte voor de vraag of belastingfraude of –ontwijking een hoofddoel is doorslaggevend de bedoeling van de betrokkenen bij de totstandkoming van de obligatoire overeenkomst die aan de aandelenfusie ten grondslag ligt. In dat geval werd de faciliteit toegepast omdat de fusie-overeenkomst gesloten was vóór de verkoopovereenkomst. U oordeelde verder dat zelfs als vóór het sluiten van de aandelenfusie-overeenkomst een voornemen tot verkoop van de in te brengen aandelen zou hebben bestaan, dit op zichzelf niet het vermoeden wettigt dat belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de aandelenfusie was.

6.3

Uit het eveneens voor de vennootschapsbelasting gewezen arrest HR *BNB* 2012/261^[25] volgt dat geen zakelijke overwegingen aan een ‘ruzijsplitsing’ ten grondslag liggen als in feite geen sprake is van conflicten, maar de splitsing onderdeel is van de uitkoop van een aandeelhouder (zoals ook de medewetgever stelde in het citaat in 5.3 hierboven). De zaak betrof een vastgoedvennootschap waarin twee broers elk 50% van de aandelen hielden. Het vastgoed zou bij een splitsing geheel overgaan op een nieuwe vennootschap terwijl de andere nieuwe vennootschap enkel liquiditeiten zou verkrijgen. U zag daarin evenmin als de feitenrechter zakelijke (bedrijfseconomische) overwegingen voor de toepassing van de vennootschapsbelastingfaciliteit, maar veeleer een uitkoop van een broer:

“3.3.2.

Artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (thans: artikel 15, lid 1, letter a) [Richtlijn nr. 90/434/EEG van 23 juli 1990: Fusierichtlijn] bepaalt dat lidstaten geheel of gedeeltelijk kunnen weigeren toepassing te geven aan de faciliteiten voor splitsingen – met name uitstel van belastingheffing over de winst die met of bij de splitsing wordt gerealiseerd – of het voordeel ervan teniet kunnen doen, indien blijkt dat de splitsing als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft beslist dat de Richtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling zonder onderscheid van toepassing is op iedere splitsing, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard zijn (HvJ 17 juli 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, *Jurispr.* blz. I-4161, punt 36, HvJ 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, *Jurispr.* blz. I-5795, punt 30, en HvJ 20 mei 2010, *Zwijnenburg*, C-352/08, *LJN* BM8414, *BNB* 2010/257, punt 41). De motieven voor de voorgenomen transactie zijn daarentegen van belang bij de tenuitvoerlegging van de in artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn geboden mogelijkheid om te weigeren de richtlijnfaciliteiten toe te passen (zie het arrest *Zwijnenburg*, punt 42). Slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden kan op grond van artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn deze geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijven of kan het voordeel ervan worden tenietgedaan (zie het arrest *Zwijnenburg*, punt 45). Artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn bepaalt dat het feit dat een splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen heeft belastingfraude of –ontwijking. Met betrekking tot het begrip “zakelijke overwegingen” heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een splitsing waarmee enkel een zuiver fiscaal voordeel wordt nagestreefd geen zakelijke overweging oplevert in de zin van artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (vgl. de arresten *Leur-Bloem*, punt 47, en HvJ 10 november 2011, *Foggia*, C-126/10, *V-N* 2011/62.28, punten 34 en 46). Een splitsing kan niet geacht worden plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen, indien deze overwegingen volstrekt marginaal zijn ten opzichte van het bedrag van het verwachte fiscale voordeel (vgl. het arrest *Foggia*, punt 47). Of het in een concreet geval gerechtvaardigd is om toepassing van de in de Richtlijn voorziene faciliteiten geheel of gedeeltelijk te weigeren of het voordeel ervan teniet te doen, hangt af van de beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval (zie het arrest *Leur-Bloem*, punt 41). Ten slotte brengt richtlijnconforme uitleg mee dat de in artikel 14a, lid 10, van de Wet gebede term ‘belastingheffing’ ziet op alle belastingen waarop de Richtlijn betrekking heeft, aangezien (enkel) de belastingen waarop de Richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft in aanmerking kunnen komen voor de daarbij voorziene faciliteiten en dus binnen de werkingssfeer vallen van de uitzondering die is begrepen in artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (vgl. het arrest *Zwijnenburg*, punt 50).”

6.4

De (wel) voor de overdrachtsbelasting gedane uitspraken van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 21 juli 2017^[26] en, in hoger beroep, van het Hof Den Bosch van 1 november 2018^[27] betroffen een afsplitsing vanuit een BV (K BV) die

vooraftgaand aan de verkoop van haar aandelen aan een derde (J BV) een oliehandel en brandstofverkooppunten exploiteerde en beleggingen in onroerende zaken bezat. J BV wilde de oliehandel en brandstofverkoop overnemen, maar niet de beleggingen. De vermogensbestanddelen van K BV die J BV niet wilde hebben (die beleggingen, met name onroerende zaken), werden afgesplitst in een nieuwe BV (de belanghebbende). De vraag was of de verkrijging, bij afsplitsing, van de onroerende zaken door de belanghebbende al dan niet was vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Rechtbank Zeeland-West-Brabant en hof Den Bosch oordeelden dat de afsplitsing ertoe diende om de aandelen K BV te kunnen overdragen aan J BV en niet was gericht op herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van K BV of van die de belanghebbende. Nu de aandelen K BV waren verkocht binnen drie jaar na de splitsing, moest de belanghebbende aannemelijk maken dat de splitsing was ingegeven door zakelijke overwegingen, waarin zij volgens beide feitelijke instanties niet was geslaagd. De rechtbank Zeeland-West-Brabant had overwogen:

"4.5

De rechtbank is van oordeel dat belanghebbende, met hetgeen zij heeft gesteld, niet aannemelijk heeft gemaakt dat de splitsing hoofdzakelijk op zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden. De beoordeling of de splitsing is ingegeven door zakelijke motieven, en de wijze waarop de splitsing is vormgegeven, dient plaats te vinden vanuit de positie van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Voor deze rechtspersonen moet de splitsing op basis van bedrijfseconomische motieven, zoals een duurzame rationalisatie of herstructurering van de activiteiten, zijn ingegeven. Aandeelhoudersmotieven kunnen daaraan niet bijdragen. Uit de door belanghebbende genoemde overwegingen volgt dat [J BV] als kopende partij niet de gehele onderneming wenste over te nemen. Om verkoop toch mogelijk te maken zijn de activiteiten van [K BV] vervolgens gesplitst in beleggingen (waaronder de onroerende zaken) en ondernemingsactiviteiten. De (af)splitsing heeft derhalve plaatsgevonden met het oog op de verkoop van de onderneming die door [K BV] werd gedreven, hetgeen niet kan kwalificeren als zakelijke overwegingen als bedoeld in voormeld wettelijk kader."

6.5

Het Hof Den Bosch overwoog in hoger beroep:

"4.15.

Omdat het voor de herstructurering of de rationalisering van de actieve werkzaamheden van [K] B.V. (door de samenvoeging met die van [J] B.V.) irrelevant was of het uit [K] B.V. halen van de onroerende zaken al dan niet zou leiden tot een belaste verkrijging (...), is de mogelijkheid dat er een alternatieve route, met een vrijgestelde verkrijging van de onroerende zaken, denkbaar was geweest, onvoldoende om het bewijsvermoeden dat de afsplitsing niet berust op zakelijke overwegingen, te weerleggen. Door het bewijsvermoeden wordt van belanghebbende verlangd aannemelijk te maken, dat de afsplitsing wél berust op zakelijke overwegingen en dus niet plaatsvond met het oog op de verkoop van een gedeelte van de werkzaamheden van de splitsende rechtspersoon ([K] B.V.) aan een derde (niet verbonden rechtspersoon). In essentie is het in deze zaak zo, dat (...) de afsplitsing juist wél plaatsvond met het oog op de verkoop van een gedeelte van de werkzaamheden van de splitsende rechtspersoon ([K] B.V.) aan een derde (niet verbonden rechtspersoon), terwijl het in dit geval voor deze verkoop niet noodzakelijk was (...) om de onroerende zaken vrijgesteld voor de overdrachtsbelasting uit [K] B.V. te halen, zoals de Inspecteur in wezen tijdens het onderzoek ter zitting ook heeft verdedigd. Met een – vermeende – alternatieve route, met een vrijgestelde verkrijging van de onroerende zaken, wordt dan ook in dit geval het bewijsvermoeden niet weerlegd. Bezien vanuit het perspectief van [K] B.V. (en belanghebbende) berustte immers in dit geval elke route die zou leiden tot een vrijstelling, niet op zakelijke overwegingen, omdat het uit [K] B.V. halen van de onroerende zaken plaatsvond met het oog op de verkoop van een gedeelte van de werkzaamheden van de splitsende rechtspersoon ([K] B.V.) aan een derde (niet verbonden rechtspersoon), het hierbij irrelevant was of de onroerende zaken al dan niet belast werden verkregen en elke vrijgestelde route (dus) ingegeven zou zijn door het motief om de onroerende zaken onbelast te verkrijgen.

4.16.

Gelet op het vorenoverwogene is het Hof van oordeel, dat, gezien vanuit het perspectief van [K] B.V. en belanghebbende, belanghebbende, tegenover de gemotiveerde betwisting door de Inspecteur, niet is geslaagd in de op haar rustende last aannemelijk te maken, dat de afsplitsing wél berust op zakelijke overwegingen."

6.6

D.C. Simons heeft in *NTFR* 2019/423 deze uitspraak van het Hof Den Bosch vergeleken met de thans te beoordelen, tegengestelde uitspraak van het Hof Den Haag; ik herhaal dat het proces-verbaal van de zitting van het Hof vermeldt dat 'namens belanghebbende' verschenen zijn, onder meer, 'mr. D.C. Simonis':

"De onderhavige casus vertoont (...) gelijkenissen met die van Rechtbank Den Haag 2 februari 2018, nr. 17/2028, *NTFR* 2018/1287. In deze zaak is door Hof Den Haag op 5 oktober 2018 uitspraak gedaan in hoger beroep (nr. 18/00425, nog te verschijnen in *NTFR* [thans in cassatie bestreden; PJW]), waarbij – in tegenstelling tot Rechtbank Den Haag – de

splitsingsvrijstelling wél van toepassing werd geacht. In deze zaak was sprake van een afsplitsing van onroerende zaken, gevolgd door een verkoop van de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon. Op welke punten verschilt de onderhavige casus nu precies van de hiervoor genoemde? Allereerst was in genoemde zaak bij de afsplitsing sprake van een overgang van actieve werkzaamheden (af te stoten bedrijfsonderdelen) naar de verkrijgende rechtspersoon. In de tweede plaats werd aannemelijk gemaakt dat de keuze voor de rechtsfiguur van juridische splitsing niet was ingegeven door overdrachtsbelastingoverwegingen. Had de casus van belanghebbende mogelijk anders uitgepakt indien – conform de hiervóór genoemde zaak – de te verkopen bedrijfsonderdelen zouden zijn afgesplitst, gevolgd door een verkoop van de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon? Ik meen van niet, onder andere omdat in de onderhavige casus dan een beleggingsvennootschap zou zijn achtergebleven, terwijl in de hiervóór genoemde zaak actieve werkzaamheden (specifieke bedrijfsonderdelen) werden afgescheiden van een concern waarin actieve werkzaamheden achterbleven. Overigens is in laatstgenoemde zaak cassatie ingesteld, waardoor die hofuitspraak nog niet vaststaat.

Aan de uitspraak van het hof in de onderhavige zaak kan ook worden ontleend dat de toekenning van de splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet VPB niet automatisch leidt tot het toekennen van de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl. BRV. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat voor beide belastingen dezelfde afwegingen dienen te gelden. Hierbij dient ieder belastingmiddel apart te worden getoetst (via datzelfde afwegingskader). Het kan dus zo zijn dat een splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting (in casu vanwege het ontbreken van stille reserves), terwijl de splitsing tegelijkertijd wel in overwegende mate kan zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting. Ik heb begrepen dat tegen de uitspraak geen cassatie is ingesteld. Dat is jammer omdat – gegeven de diverse discussies in de praktijk tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst over de toepassing van art. 5c Uitv.besl. BRV – jurisprudentie van de Hoge Raad op dit vlak meer dan welkom is.”

6.7

Op 31 januari 2018 achtte de Rechtbank Noord-Holland^[20] de na afsplitsing verkregen aandelen in een nieuwe BV met onroerende zaken vrijgesteld, verwijzende naar uw in 6.3 besproken arrest HR BNB 2012/261:

“20.

Het vorenoverwogene brengt mee dat de vrijstelling in beginsel op elke splitsing van toepassing is tenzij sprake is van een splitsing op grond van onzakelijke overwegingen. Naar het oordeel van de rechtbank rust, gelet op het hiervoor onder 19 vermelde arrest [HR BNB 2012/261; PJW], welke een richtlijnconforme uitleg geeft aan de Fusierichtlijn, en ook op de tekst van artikel 5c, eerste lid, van het UBBRV, op verweerder [de inspecteur; PJW] de plicht te stellen en gelet op de betwisting daarvan door eiseres, aannemelijk te maken dat onzakelijke overwegingen aan de splitsing ten grondslag liggen.

Verweerder heeft daartoe aangevoerd dat de BV die de onroerende zaken heeft afgesplitst, geen actieve werkzaamheden verrichtte. De BV heeft gedurende haar bestaan slechts € 18.000 op een bankrekening staan. Daarnaast verkrijgt de BV de vastgoedportefeuille gedurende een deel van één dag want de vastgoedportefeuille is op diezelfde dag overeenkomstig het uitgewerkte stappenplan afgesplitst naar eiseres. Een dergelijke overgang, van uitsluitend de eigendom van vastgoed, kwalificeert volgens verweerder niet als herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden als bedoeld in artikel 5c, eerste lid, van het UBBRV. Voorts heeft verweerder aangevoerd dat het eigenlijke doel van de Stichting was de verkoop van vastgoed en de aankoop van aandelen of de ruil van vastgoed tegen aandelen. Via een (ver)koop- of ruiltransactie was hetzelfde resultaat bereikt en die transacties hadden geleid tot met overdrachtsbelasting belaste verkrijgingen. Volgens verweerder zijn de overwegingen van eiseres welke ten grondslag hebben gelegen aan de keuze voor de juridische splitsing, te weten lagere uitvoeringskosten, voorkomen van overdrachtsbelasting en het omzeilen van de preferentiële, gericht op het ontgaan van belastingheffing.

21.

De rechtbank volgt verweerder hierin niet en overweegt daartoe het volgende. Gelet op de door eiseres overgelegde stukken en de daarop in de stukken en ter zitting gegeven toelichting, ziet de rechtbank geen redenen te twijfelen aan de zakelijkheid van het doel en de bedoeling van eiseres en de Stichting, namelijk om mogelijkheden te zoeken om het risicoprofiel van de Stichting te verbeteren ten behoeve van de (op enig toekomstig moment) pensioengerechtigden. Het feit dat in de overeenkomst die eiseres en de Stichting hebben gesloten is opgenomen dat de structurering van de transactie mede afhankelijk is van de fiscale mogelijkheden om de last van overdrachtsbelasting te minimaliseren doet daaraan niet af. Zoals in artikel 5c, eerste lid, van het UBBRV is bepaald, is de vrijstelling van overdrachtsbelasting als bedoeld in artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet BRV van toepassing tenzij de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hieruit volgt dat de fiscale mogelijkheden om de last van overdrachtsbelasting te minimaliseren mee mogen spelen bij de keuze voor de juridische splitsing zolang dit niet in overwegende mate het geval is. Naar het oordeel van de rechtbank hebben in het onderhavige geval de fiscale mogelijkheden weliswaar een rol gespeeld maar niet in overwegende mate. Dat volgt uit de door eiseres gegeven verklaringen en wordt ondersteund door hetgeen is opgenomen onder 2.5 van de “Overeenkomst op hoofdlijnen inzake inbreng van vastgoed in en de toetreding tot [eiseres]”, waaruit volgt dat de transactie hoe dan ook zou plaatsvinden, en ook heeft plaatsgevonden, ongeacht de uitkomst van de

6.8

De Rechtbank Gelderland^[29] achtte op 16 januari 2019 de splitsingsvrijstelling van toepassing bij een juridische zuivere splitsing die diende om een bestuursvacuüm te beëindigen dat was ontstaan door onenigheid tussen een broer en een zus die elk 50% aandeelhouder waren in een onroerende zaakrechtspersoon als bedoeld in art 4 Wet BvR.

7. Literatuur

7.1

De commentaren in de literatuur op de uitspraken van de rechtbank en het hof in onze zaak zijn hierboven al geciteerd. Ik noem daarnaast twee artikelen die specifiek de toe te passen splitsingsfaciliteit bespreken, één toegespitst op de vennootschapsbelasting (P.G.H. Albert, 'Niet in overwegende mate zakelijke overwegingen: het onderscheid tussen wel en niet te faciliteren juridische splitsingen', *FED* 1998/350) en één toegespitst op de overdrachtsbelasting (J.H. Elink Schuurman, 'De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!', *WPNR* 2015/7060). Enige van de in onderdeel 6 hierboven geciteerde rechterlijke uitspraken worden besproken door A. Rozendal, 'Recente rechtspraak inzake de fusie- en splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *FBN* 2018/5.

7.2

Meer zijdelings van belang – omdat zij vooral over fusie en niet zozeer over splitsing gaan – zijn de publicaties van A. Rozendal, 'De zakelijkheidstoets van de fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting', *FBN* 2016/10, en P.H.M. Simonis, 'Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis', *MBB* 2012/3. Wel specifiek over de overdrachtsbelasting bij splitsing, maar alleen over de ruziesplitsing gaat: A. Rozendal, 'Fiscale aspecten van ruziesplitsing', *FBN* 2016/45.

8. Beoordeling van het middel

8.1

Zoals boven (5.8) bleek, is bij de parlementaire behandeling van de bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting de vraag opgeworpen of het bewijsvermoeden dat volgt uit verkoop van de aandelen binnen drie jaar na de fusie strookt met art. 15(1)(a) van de EU-Fusierichtlijn. (Ook in de literatuur^[30] is de vraag opgeworpen of het bewijsvermoeden in de derde volzin van art. 14a Wet Vpb en art. 5c Uitv. Besl. BvR bij de bedrijfsfusie- en de splitsingsfaciliteit, strookt met art. 15(1)(a) van de EU-Fusierichtlijn, waarin dat vermoeden niet voorkomt. Ik laat die discussie hier rusten omdat het in casu om de overdrachtsbelasting gaat en de Fusierichtlijn niet over overdrachtsbelasting gaat. Weliswaar beoogde de regering synchronisatie van de toepassing van de nationale antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting bij splitsing van aandelenvennootschappen (zie 4.5, 4.7 en 5.8 hierboven), maar dat betekent mijns inziens niet dat de wetgever en de uitvoeringsbesluitgever in gevallen die geheel buiten het bereik van de Fusierichtlijn en van EU-recht vallen, bij voorbaat voor de overdrachtsbelasting een uitleg van art. 5c Uitv. Besl. BvR zouden hebben gewild die slaafs de uitleg van het HvJ EU van art. 15(1)(a) Fusierichtlijn voor de vennootschapsbelasting volgt. Ik herinner aan mijn twijfel aan de synchroniseerbaarheid *überhaupt* van de toepassing van de antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting, gezien de zeer van elkaar verschillende belastbare feiten van die beide belastingen en de daardoor verschillende ontwikkelingsmogelijkheden (zie 4.9 e.v. hierboven). Het synchronisatie-idee is aardig, maar de praktijk en het recht lijkt mij andere eisen te stellen.

8.2

Ik merk wel op dat het HvJ EU in de recente staatssteunzaak C-374/17, *A-Brauerei*,^[31] als volgt overwoog over de Duitse vijf-jaar-aandelen-vasthouden-voorwaarde voor vrijstelling van overdrachtsbelasting bij intra-concern omzettingen van vennootschappen met onroerende zaken:

“51

Zoals ook is opgemerkt door de verwijzende rechter, wordt bovendien de eis inzake de minimumperiode voor het aanhouden van een dergelijke deelneming gerechtvaardigd door de wil om ongewenste neveneffecten uit te sluiten en aldus misbruik te voorkomen, door te vermijden dat, uitsluitend om in aanmerking te komen voor deze belastingvrijstelling, deelnemingsverbanden van dit niveau voor een korte periode worden opgezet, om deze weer te verbreken zodra de omzetting is voltooid. Het voorkomen van misbruik kan immers een rechtvaardiging in verband met de aard of de opzet van het betrokken stelsel vormen (zie naar analogie arrest van 29 april 2004, *GIL Insurance e.a.*, C-308/01, EU:C:2004:252, punt 74).”

8.3

Uit de tekst en de – uit de boven geciteerde parlementaire geschiedenis op te maken – strekking van art. 5c Uitv. Besl. BvR

(en art. 14a Wet Vpb) volgt mijns inziens dat als de aandelen in een afgesplitste vennootschap binnen drie jaar na de splitsing worden verkocht, de uitleg van die bepaling achteraan begint: eerst moet volgens de derde volzin vastgesteld worden of de aandelen in de afgesplitste of afsplitsende vennootschap binnen drie jaar na de splitsing zijn vervreemd aan een derde. Is dat het geval, dan ontbreken – behoudens tegenbewijs – zakelijke overwegingen voor de splitsing, hetgeen volgens de tweede volzin impliceert dat de splitsing – opnieuw behoudens tegenbewijs – in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, hetgeen volgens de eerste volzin tot gevolg heeft dat de splitsingsvrijstelling niet geldt.

8.4

De aandelen in de belanghebbende zijn volgens een in juni 2015 tussen [B] BV en [A] BV gesloten overeenkomst tot overname van de tankstationsonderneming binnen een dag na haar afsplitsing van [B] in november 2015 door [B] vervreemd aan [A] BV. Volgens de derde volzin van art. 5c Uitv. Besl. BvR berust de splitsing dan niet op zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de betrokken rechtspersonen, tenzij de belanghebbende het tegendeel bewijst.

8.5

Belanghebbendes tegenbewijs bestond uit de op zichzelf niet door de Inspecteur weersproken verklaring ter zitting van haar CEO dat de splitsing 'in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing', maar plaatsvond 'in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering van belanghebbende en [B] BV.' Daaruit heeft het Hof het gevolg getrokken dat de splitsing berustte op zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de betrokken rechtspersonen in de zin van art. 5c Uitv. Besl. BvR. Als dergelijke herstructurerings- en rationaliseringsoverwegingen de doorslag gaven, dan is (ook) de tweede volzin van art. 5c Uitv. Besl. BvR onschadelijk gemaakt en resteert de in de eerste volzin aan de inspecteur geboden mogelijkheid om aannemelijk te maken dat de splitsing desondanks in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Daarin is de Inspecteur volgens het Hof niet geslaagd omdat het Hof geloof hecht aan de verklaring van de CEO dat de overdrachtsbelasting *überhaupt* geen overweging was bij de (vormgeving van de) transactie.

8.6

Op dit vooral feitelijke oordeel van het Hof valt op zichzelf in cassatie niets aan te merken, ook niet in het juridische licht van de tekst van art. 5c Uitv. Besl. BvR. Met name faalt de klacht van de Staatssecretaris dat het Hof de afsplitsing niet zou hebben gezien mede in het licht van de meteen daarop volgende en daaraan voorafgaand al overeengekomen verkoop van de aandelen in de belanghebbende aan [A] BV. Dat heeft het Hof duidelijk wél gedaan: hij heeft in de combinatie van afsplitsing en afstoot van de tankstationsonderneming en de terugtrekking op kernactiviteiten door [B] juist de herstructurering en rationalisering gezien.

8.7

Maar het is de vraag of dat de juiste benadering is, gegeven:

- (a) de boven geciteerde wetsgeschiedenis, met name (i) het citaat in 5.2 waaruit volgt dat de wens tot verkoop van een deel van de onderneming van de splitsende rechtspersoon aan een derde een niet-zakelijk aandeelhoudersmotief is, (ii) het citaat in 4.3 dat inderdaad, zoals de Staatssecretaris stelt, lijkt te impliceren dat de wetgever in beginsel alleen herstructureringen en rationalisaties *binnen* een concern wilde faciliteren en niet de verkoop van ondernemingen of delen daarvan aan derden, hoe rationeel en bedrijfseconomisch verantwoord wellicht ook, en (iii) de citaten in 5.3 en 5.4 waarin de medewetgever desgevraagd tweemaal expliciet verklaart dat de splitsingsfaciliteit – in de vennootschapsbelasting – *niet* bedoeld is voor een geval van opsplitsing in vier divisies waarna volgens een voorafgaand plan één divisie wordt verkocht aan derden en
- (b) dat voor verkoop van een bedrijfstak aan een derde *altijd* commerciële redenen bestaan en dat afsplitsing van een groot aantal tankstations en een centrale tankstationsorganisatie naar één aparte rechtspersoon gevolgd door aandelenverkoop *altijd* makkelijker is dan een groot aantal activa- en passivatransacties en contractovernemingen; als dat voldoende zou zijn, zouden de tweede en derde volzin van art. 5c van het Besluit zinloos zijn of alleen zien op nauwelijks verzinbare bijzondere gevallen, en
- (c) dat niet valt in te zien waarom verkoop van een onderneming aan een derde in de ene juridische jas wél vrijgesteld zou moeten worden van overdrachtsbelasting als diezelfde verkoop in de andere juridische jas (activa- en passivatransacties en contractovernemingen) geenszins wordt vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Die ongelijke fiscale behandeling van vergelijkbare gevallen is moeilijk verklaarbaar. Ik neem daarbij aan dat de overdracht van de aandelen in de belanghebbende niet tot heffing van overdrachtsbelasting heeft geleid omdat ik ervan uitga dat zij geen onroerendezaakrechtspersoon was in de zin van art. 4 Wet BvR

8.8

Ik meen daarom dat de toets niet moet zijn (i) of er overwegend niet-fiscale redenen waren voor het door afsplitsing verkoopklaar maken en vervolgens verkopen van de tankstationonderneming aan een derde (die waren er ongetwijfeld), maar (ii) of de tankstationonderneming ook naar de belanghebbende zou zijn afgesplitst als [B] *niet* daaraan voorafgaand al van plan was geweest om die onderneming te verkopen aan een derde, maar van plan was geweest om die na herstructurering of rationalisering binnen het [B]-concern voort te zetten. Om te ontsnappen aan het bewijsvermoeden, moet de wens tot verkoop van de aandelen in de afgesplitste rechtspersoon (tot indirecte verkoop van de onderneming) mijns inziens zijn ontstaan los van die afsplitsing en dus in beginsel pas ná die afsplitsing, die om andere redenen dan de wens om een onderneming te verkopen zakelijk moet zijn geweest, waarna gewijzigde niet-fiscale omstandigheden nader de wens tot verkoop deden ontstaan, bijvoorbeeld na twee jaar een onverwacht en aantrekkelijk bod op de aandelen door een derde. Dat heeft het Hof niet onderzocht.

8.9

De belanghebbende moet echter toegegeven worden dat (i) de wetgever het *voor de vennootschapsbelasting* 'denkbaar' achtte dat ook een verkoop van juridisch afgesplitste activiteiten aan een derde via aandelenoverdracht voldoende zakelijk kan zijn *naast* aandeelhoudersmotieven voor een dergelijke afsplitsing en overdracht, nl. bij 'afslankingsoperaties' en ruziesplitsingen (zie het citaat in 5.3, waarin de medewetgever overigens niet ingaat op de door de Tweede Kamer gesuggereerde 'afslankingsoperaties', maar alleen op ruziesplitsingen), zij het dat de motieven in dergelijke gevallen volgens hem 'kritisch' moeten worden bezien, en (ii) ook het *voor de vennootschapsbelasting* gewezen *Bulkgasarrest* suggereert dat als er urgerende niet-fiscale redenen zijn voor afstoting van een deel van de onderneming aan een derde en een andere vorm dan afsplitsing gevolgd door aandelenverkoop onpraktisch is, voldoende tegenbewijs is geleverd, dus dat het in bepaalde bijzondere gevallen niet om een *interne* reorganisatie hoeft te gaan, maar ook vrijgesteld kan zijn een indirecte bedrijfsverkoop aan een derde die al vaststond vóór afsplitsing van het bedrijf naar een separate rechtspersoon juist met het oog op die verkoop aan een derde.

8.10

Dat lijkt mij echter – behoudens wellicht zéér bijzondere gevallen waarin de betrokkenen geen keus hebben – niet de bedoeling van de wetgever, niet praktisch en niet rechtszeker. Ik meen dat de praktijk houvast te geven ware door (i) als criterium te stellen de vraag of de (af)splitsing ook zou hebben plaatsgevonden als niet het voornemen had bestaan om (een deel van) de onderneming of het vermogen van de splitsende rechtspersoon via die (af)splitsing over te dragen aan een derde, en als die vraag ontkennend beantwoord wordt, (ii) maar één geval te erkennen waarin indirecte vervreemding aan een derde toch is vrijgesteld, nl. dat waarin in verband met de continuïteit van de onderneming van de splitsende vennootschap nauwelijks een andere weg open staat dan (af)splitsing van (een deel van) die onderneming aan een derde. Dit impliceert dat (het oordeel van de feitenrechters in) het *Bulkgasarrest* – althans voor de overdrachtsbelasting – mogelijk onjuist is geweest: dat de Europese Commissie voor de door het concern gewenste overname van een concurrent als voorwaarde stelde dat bulkgasactiviteiten zouden worden afgestoten, is mijns inziens geen grond om de aan die afstoting vast zittende vervreemding van onroerende zaken vrij te stellen van overdrachtsbelasting, tenzij het concern in verband met zijn continuïteit geen reële andere keuze had, ook niet bij de vorm (af)splitsing en aandelenverkoop) van de afstoting.

9. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris gegrond te verklaren en de zaak te verwijzen voor feitelijk onderzoek.

Noot

Auteur: R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2)

Noot 1

Een noviteit voor *BNB*: twee noten bij één arrest

1.

Het thans besproken arrest is gewezen met betrekking tot de overdrachtsbelasting, meer in het bijzonder inzake art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV juncto art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV. Collega-annotator J.C. van Straaten zal het onderhavige arrest belichten vanuit het perspectief van de overdrachtsbelasting. Echter, de gelijkkluidende (wet)teksten en de parlementaire ontstaansgeschiedenis casu quo de (artikelsgewijze) toelichting op art. 5c Uitv.besl. BRV – zie voor een overzicht van die laatste aspecten in het bijzonder de onderdelen 4.5 t/m 4.8 uit de conclusie van A-G Wattel – laten er (in redelijkheid) geen

misverstand over bestaan dat enerzijds de juridische (af)splitsingskaders voor de heffing van overdrachtsbelasting en vennootschapsbelasting naar de bedoeling van de wetgever identiek zijn en anderzijds de juridische (af)splitsingskaders voor de heffing van overdrachtsbelasting en inkomstenbelasting sterke gelijkenissen vertonen. Wat betreft het laatstbedoelde juridische (af)splitsingskader gaat het om de aandeelhouders van de splitsende vennootschappen die in de heffing van inkomstenbelasting worden betrokken.^[1] Die nauwe (af)splitsingsband tussen de beide eerstgenoemde belastingsoorten blijkt tevens uit r.o. 2.3.4, laatste alinea, en in het bijzonder uit r.o. 2.3.5 van het onderhavige arrest; in de laatstgenoemde rechtsoverweging verwijst de Hoge Raad namelijk niet alleen naar, maar sluit hij bovendien expliciet aan bij HR 2 juni 2006, nr. 41 942 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2006/282, m.nt. J.A.G. van der Geld, terwijl dit zogeheten Bulkgasarrest een uitspraak is die is gedaan met het oog op de heffing van vennootschapsbelasting. Dit rechtscollege concludeert terecht in r.o. 2.3.5 dat de wetgever met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling van art. 5c lid 1 Uittv.besl. BRV heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting.

2.

Het zojuist in onderdeel 1 vermelde identieke (af)splitsingskader en de daaruit voortvloeiende uitstralingseffecten naar met name de vennootschapsbelasting zijn de redenen waarom de redactie van *BNB* het in casu opportuun heeft geoordeeld om bij een overdrachtsbelastingarrest twee noten te plaatsen. In deze noot wordt specifiek aandacht besteed aan de betekenis van dit arrest voor in het bijzonder de heffing van vennootschapsbelasting (en, zij het dus in mindere mate, de inkomstenbelastingheffing). In de na deze noot opgenomen noot van Van Straaten worden de overdrachtsbelastingaspecten belicht.

3.

Eerlijk gezegd heb ik nooit helemaal goed begrepen waarom de wetgever de juridische (af)splitsingsregeling in de overdrachtsbelasting volledig heeft geschoeid op de juridische (af)splitsingsleest van de vennootschapsbelasting. Er bestaat immers een fundamenteel fiscaal onderscheid tussen deze fiscale faciliteiten: in de sfeer van de vennootschapsbelasting wordt via de zogenoemde fiscale indeplaatsstelling – blijkens art. 14a lid 2 laatste volzin Wet VPB 1969 (een juridische (af)splitsing die zich kwalificeert voor een wettelijke doorschuiving en waarbij de heffing van vennootschapsbelasting integraal achterwege blijft) en art. 14a lid 3 tweede volzin Wet VPB 1969 (een juridische (af)splitsing die op verzoek van de belastingplichtigen fiscaal kan worden gefacilieerd maar die desondanks in een partiële afrekening voor de vennootschapsbelasting kan uitmonden) – de vennootschapsbelastingclaim op het overgedragen vermogen van het (af)splitsende lichaam verlegd naar de verkrijgende rechtspersoon(en). Er is in de sfeer van de vennootschapsbelasting met andere woorden (slechts) sprake van belastinguitstel.^[2] Daarentegen resulteert de fiscale facilitering in de overdrachtsbelasting in belastingafstel, aangezien de heffing van overdrachtsbelasting ter zake van de juridische (af)splitsing alsdan definitief achterwege blijft. In het licht van dit kardinale verschil kunnen op z'n minst vraagtekens worden geplaatst bij de door de wetgever voorgestane gelijkstelling wat betreft de bedoelde juridische (af)splitsingskaders. Echter, zoals ik mijn Leidse studenten – tegen de achtergrond van de vele ficties waarmee het hedendaagse belastingrecht in toenemende mate bezaaid is – met enige regelmaat (in spreekwoordelijke zin) pleeg voor te houden: als de wetgever welbewust heeft besloten dat voor de heffing van een bepaalde belasting zwart als wit heeft te gelden, dan is zwart voor die belastingheffing wit. De (bestuurs)rechters hebben gelet op art. 120 Grondwet vervolgens deze fiscale werkelijkheid, hoezeer wellicht ook contra-intuïtief omdat deze fiscale werkelijkheid niet strookt met de alledaagse realiteit, te omarmen.

In kort bestek: het juridische (af)splitsings- en fusiekader op het niveau van de (af)splitsende en fuserende lichamen in de vennootschapsbelasting^[3]

4.

Zowel voor een wettelijke doorschuiving (art. 14a lid 2 Wet VPB 1969) als voor een doorschuiving op verzoek (art. 14a lid 3 Wet VPB 1969) is het volgens art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 noodzakelijk dat de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Anders dan men – althans in mijn visie – zou mogen verwachten, blijkt uit HR 29 juni 2012, nr. 10/00807 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2012/261, met mijn noot, dat onder het begrip belastingheffing ex art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 volgens de Hoge Raad niet uitsluitend de vennootschapsbelasting maar tevens de inkomstenbelasting (zijnde een belasting die eveneens onder de Fusierichtlijn valt) moet worden begrepen. Voor mijn kritiek op deze benadering van de Hoge Raad verwijs ik naar de onderdelen 10 t/m 14 van mijn noot bij *BNB* 2012/261^e. Dit maatgevende ontgaans- of uitstelcriterium wordt vervolgens geflankeerd door een tweetal bewijsvermoedens. Indien de juridische (af)splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de (af)splitsende en de verkrijgende rechtspersonen (het eerste bewijsvermoeden), of ingeval aandelen in de afgesplitste rechtspersoon dan wel in de verkrijgende rechtspersonen binnen drie jaar na de juridische (af)splitsing geheel of gedeeltelijk, direct of indirect, worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de afsplitser én niet met de verkrijgers is verbonden (het tweede bewijsvermoeden), worden

– behoudens door de betrokken belastingplichtigen te leveren tegenbewijs – zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. En het ontbreken van dergelijke beweegredenen heeft voor de desbetreffende belastingplichtigen dus in beginsel tot gevolg dat zij niet in aanmerking komen voor een fiscale faciëring. De vervreemding van aandelen aan een derde in de vorm van een natuurlijk persoon doet het tweede bewijsvermoeden daarentegen niet in werking treden. De wetgever heeft dit verschil tussen een vervreemding binnen drie jaar aan een derde/lichaam (het tweede bewijsvermoeden is van toepassing) en aan een derde/natuurlijk persoon (het tweede bewijsvermoeden is niet van toepassing) nimmer toegelicht.

5.

Mijzelf een kort uitstapje naar de (overige) fusievormen veroorlovend wijs ik er op dat de bedrijfsfusie (art. 14 lid 4 Wet VPB 1969) hetzelfde (misbruik)kader kent als de juridische (af)splitsing, dat wil zeggen inclusief de zojuist in onderdeel 4 opgesomde twee bewijsvermoedens. Daarentegen ontbreekt het tweede bewijsvermoeden in relatie tot de juridische fusie (art. 14b lid 5 Wet VPB 1969). Ook de aandelenfusie ex art. 3.55 Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 en art. 13i Wet VPB 1969 bevat geen tweede bewijsvermoeden. Dit onderscheid is minder vreemd dan het misschien op het eerste gezicht lijkt. Alleen de regelingen van de bedrijfsfusie en de juridische (af)splitsing bieden aan de belastingplichtigen namelijk de mogelijkheid om vermogensbestanddelen over diverse concernvennootschappen te verdelen en dergelijke activa/passiva op deze wijze als het ware 'verkoopklaar' te maken teneinde vervolgens met behulp van de deelnemingsvrijstelling in beginsel belastbare boekwinsten te transformeren in onbelastbare deelnemingsvoordelen. Dit kan door de aan derden te vervreemden vermogensbestanddelen ofwel achter te laten bij de overdrager (bedrijfsfusie) dan wel bij het afsplitsende lichaam (juridische afsplitsing) ofwel de te vervreemden activa/passiva onder te brengen in de overnemende entiteit (bedrijfsfusie) dan wel in de verkrijgende rechtspersonen (zuivere splitsing en juridische afsplitsing). Om die reden omvat het tweede bewijsvermoeden in art. 14 lid 4 Wet VPB 1969 en art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 dan ook niet alleen aandelen in de overnemende respectievelijk de verkrijgende lichamen maar eveneens aandelen in de overdragende respectievelijk de afsplitsende vennootschappen.

6.

In de commentaren op het tweede bewijsvermoeden wordt in relatie tot de bedrijfsfusie en de juridische (af)splitsing regelmatig, zij het ten onrechte, gesproken over een vervreemding van de aandelen in de relevante lichamen. Vergelijk bijvoorbeeld de onderdelen 8.1 en 8.3 uit de conclusie van A-G Wattel bij het onderhavige arrest. Ook de wetgever zelf heeft die 'fout' tijdens de parlementaire behandeling meerdere keren gemaakt. Zie bijvoorbeeld de diverse citaten uit de parlementaire geschiedenis, welke citaten zijn weergegeven in de onderdelen 5.7 en 5.8 van de voormelde conclusie. Daaraan kan als vindplaats worden toegevoegd *Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, onderdeel 4.1.4, p. 151, V-N BP 21/3.2, p. 954*, waarin de wetgever eveneens spreekt over een vervreemding van de aandelen. Er kan naar mijn mening op basis van het nationale belastingrecht echter geen enkele twijfel over bestaan dat het voor de inwerkingtreding van het tweede bewijsvermoeden niet noodzakelijk is dat de casu quo alle aandelen in de overdrager/overnemer (bedrijfsfusie) dan wel de afsplitser/verkrijgers (juridische (af)splitsing) worden vervreemd. Vergelijk reeds in deze zin R.P.W.C.M. Brandsma/R.J. de Vries, *Splitsing, Een fiscale analyse van de regeling sinds 2001* (Fiscale brochures FED), Deventer: Kluwer 2001 (tweede druk), par. 3.3.5.4, p. 73. Of het tweede bewijsvermoeden in overeenstemming kan worden geacht met het EU-recht, in het bijzonder de Fusierichtlijn waarin een dergelijk vermoeden ontbreekt, is op dit moment overigens onduidelijk.

Een eerste inventarisatie ten aanzien van de eis dat de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, zulks in combinatie met het tweede bewijsvermoeden

7.

Het blijft naar mijn mening toch wel opvallend én tegelijkertijd wringen dat de wetgever de keuze die de Fusierichtlijn aandraagt in de vorm van uitstel van belastingheffing teneinde acute belastingheffing ter zake van fusies en juridische (af)splitsingen te voorkomen, juist als bestrijdingsmiddel heeft ingezet om acuut belasting in Nederland te kunnen heffen.^[4] De Hoge Raad heeft die spanning overigens geprobeerd 'op te lossen' door in *BNB 2012/261**, r.o. 3.3.4, te beslissen dat ontwijking van belastingheffing slechts dan onder het antimisbruikvoorbehoud van de Fusierichtlijn valt indien de (voorgenomen) juridische (af)splitsing een volstrekt overheersend antifiscaal motief heeft en het verlenen van fiscale faciëring zou leiden tot strijd met doel en strekking van die richtlijn. Een dergelijk motief kan volgens dit rechtscollege (eveneens) zijn gelegen in uitstel van inkomsten- en vennootschapsbelastingheffing. De antiontgaansbepaling ex art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 waarin het (in overwegende mate) uitstellen van belastingheffing onder het begrip 'belastingontwijking' als bedoeld in art. 15 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn is geschaard, is in de visie de Hoge Raad met andere woorden in overeenstemming met deze richtlijn.

8.

Uit het zojuist in onderdeel 1 genoemde Bulkgasarrest (*BNB 2006/282**) kon al het volgende worden opgemaakt: het gegeven dat ten tijde van de juridische (af)splitsing vaststaat dat (de) aandelen in de verkrijgende rechtspersoon aan een derde worden vervreemd, hoeft volgens de Hoge Raad niet in de weg te staan aan een fiscale facilitering van een dergelijke (af)splitsing. De exacte betekenis en reikwijdte van dat arrest zijn echter lange tijd onduidelijk casu quo omstreden geweest wegens een combinatie van een drietal specifieke omstandigheden die in het desbetreffende geval aan de orde waren:^[5]

- (i) de juridische afsplitsing hield verband met de eis van de Europese Commissie dat de belanghebbende in kwestie bepaalde activiteiten moest afstoten teneinde een voorgenomen juridische fusie met een ander gasconcern tot stand te kunnen brengen;
- (ii) wegens commerciële motieven werd geopteerd voor een civielrechtelijke vermogensovergang onder algemene titel in plaats van voor afzonderlijke overdrachten van de diverse vermogensbestanddelen; en
- (iii) in cassatie stond vast dat de gekozen weg van een juridische afsplitsing om de relevante activa en passiva af te stoten een goede en wellicht zelfs de enig mogelijke weg was.

9.

In HR 10 oktober 2008, nr. 43 409 (concl. A-G Wattel), *BNB 2009/28*, m.nt. J.A.G. van der Geld, hield natuurlijk persoon X alle aandelen in D BV en 50% van de aandelen in A BV. De overige aandelen in A BV waren in het bezit van D BV. X en D BV kwamen in april 1999 obligatoir een aandelenfusie overeen, waarbij X zijn aandelen in A BV inbracht in D BV tegen uitreiking van aandelen in D BV. De aandelenfusie vond feitelijk plaats op 25 mei 1999. Kort daarvoor, te weten op 17 mei 1999, had D BV wilsovereenstemming bereikt met een derde over de verkoop van alle aandelen in A BV, waarna de levering van die aandelen in juli 1999 geschiedde. In geschil was of de aandelenfusie fiscaal gefacilieerd kon worden. In cassatie stelde de Staatssecretaris van Financiën onder andere dat het hof ten onrechte niet was ingegaan op de stelling van de inspecteur dat X voorafgaande aan de besluitvorming omtrent de aandelenfusie reeds het voornemen had de aandelen in A BV aan een derde te vervreemden. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de bewindsman en oordeelde in r.o. 3.4 onder meer:

“Die stelling, indien juist, wettigt immers op zichzelf beschouwd niet het vermoeden dat belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van die aandelenfusie was.”

*BNB 2009/28**) ligt dus in die zin in het verlengde van *BNB 2006/282**) dat de Hoge Raad wederom besliste dat een concreet vervreemdingsvoornemen op het tijdstip van een fiscaal te faciliteren (aandelen)fusie een fiscale doorschuiving niet hoeft te blokkeren.

Een eerste analyse van het onderhavige arrest dat naadloos past in de tot op heden door de Hoge Raad gewezen jurisprudentie betreffende het tweede bewijsvermoeden

10.

In r.o. 5.2 van de in cassatie bestreden hofuitspraak concludeert Hof Den Haag allereerst dat de juridische afsplitsing heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en verkrijgende rechtspersoon. Dit rechtscollege voegt hieraan vervolgens toe:

“Weliswaar zijn de aandelen in de afgesplitste rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel vervreemd aan een vennootschap die niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersoon is verbonden, maar dat heeft naar 's Hofs oordeel, nu belanghebbende aan de hand van de in het geding gebrachte stukken en de aannemelijk te achten verklaring ter zitting, de voor de vrijstelling vereiste zakelijke overwegingen heeft aangetoond, niet tot gevolg dat de vrijstelling komt te vervallen.”

De Hoge Raad constateert in r.o. 2.3.4, eerste alinea, primair dat het Hof de verklaring van belanghebbende aannemelijk heeft geacht dat de juridische afsplitsing in casu in het geheel niet en dus ook niet in overwegende mate gericht is geweest op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In de oordelen van het Hof dat deze afsplitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische (commerciële) en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) resulteren in een herstructurering en rationalisering van belanghebbendes bedrijfsvoering, liggen – aldus andermaal de Hoge Raad – feitelijke vaststellingen besloten die in cassatie niet zijn bestreden.

11.

In r.o. 2.3.4, tweede alinea, stelt de Hoge Raad vervolgens vast dat het Hof heeft onderkend dat alle aandelen in de afgesplitste rechtspersoon binnen drie jaar na de juridische afsplitsing zijn vervreemd aan een echte derde. Hij overweegt dan:

“Naar het oordeel van het Hof belet dat de aanspraak op de vrijstelling niet aangezien belanghebbende de voor de vrijstelling vereiste zakelijke overwegingen heeft aangetoond. Aldus heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat belanghebbende

is geslaagd in het leveren van tegenbewijs, met als gevolg dat de vrijstelling kan worden toegepast.”

De terminologie 'kennelijk' gebruikt de Hoge Raad in zijn cassatietechniek onder andere om (rechts)overwegingen van gerechtshoven die hem weliswaar enerzijds niet helemaal 'welgevallig' zijn maar die anderzijds wel nodig zijn om in cassatie tot een (eind)beslissing te komen, als het ware te herformuleren en zodoende bij te buigen naar een cassatietechnisch (volledig) bruikbaar oordeel.^[6] Het op deze wijze door de Hoge Raad geherformuleerde oordeel van het Hof wordt vervolgens in de laatste alinea van r.o. 2.3.4 bestempeld als een oordeel dat (i) niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, (ii) geen nadere motivering behoeft en (iii) niet onbegrijpelijk is. De Hoge Raad is, anders geformuleerd, dus niet bereid de Staatssecretaris van Financiën in cassatie als het ware te hulp te schieten door de – naar mijn gevoel toch wel enigszins 'kort door de bocht' onderbouwde – beslissing van het Hof als onvoldoende gemotiveerd en daarmee als onbegrijpelijk te kwalificeren. In mijn beleving is de motivering van het Hof enigszins kort door de bocht omdat de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de juridische (af)splitsings- en bedrijfsfusieregelgeving in de sfeer van de vennootschapsbelasting meerdere malen tot uitdrukking heeft gebracht dat de juridische (af)splitsings- en bedrijfsfusiefaciliteiten niet zijn bedoeld om belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden belastbare boekwinsten om te zetten in niet te belasten deelnemingsvoordelen. Voor de in dit verband relevante parlementaire vindplaatsen verwijs ik naar de onderdelen 5.2, 5.3, 5.7 en 5.8 uit de conclusie van de A-G.

12.

Voorts acht de Hoge Raad de klacht dat 's Hof's oordeel in strijd komt met doel en strekking van de toe te passen rechtsregel blijkens r.o. 2.3.5 ongegrond. Onder verwijzing naar het Bulkgasarrest bepaalt dit rechtscollege (wederom) dat "de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet (is) beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding en ziet de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op een omstandigheid (...) die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van aandelen bestaat." Dit geldt volgens de Hoge Raad ook ingeval met een juridische (af)splitsing waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, uitvoering wordt gegeven aan de wens om de af te splitsen activiteiten te verkopen aan een derde, zo blijkt uit de voorlaatste volzin van r.o. 2.3.5. Deze rechtsoverwegingen illustreren zonneklaar dat de rechtsoordelen die dit rechtscollege eerder in *BNB 2006/282c** en *BNB 2009/28c** heeft geveld, geen 'fiscale eendagsvliegen' zijn geweest, bijvoorbeeld omdat de daarin voorkomende rechtsoverwegingen zeer specifiek zouden zijn toegesneden op de concrete feiten van de desbetreffende gevallen. De toegevoegde waarde van het onderhavige arrest voor de fiscale rechtspraak schuilt dus mijns inziens hierin dat de Hoge Raad nu (of moet ik misschien zeggen: nogmaals?) klip en klaar duidelijk maakt dat (ook) zijn eerdere beslissingen in dezen – dat wil zeggen een concreet vervreemdingsvoornemen ten tijde van de juridische (af)splitsing dan wel een voorafgaande aan die rechtshandeling al overeengekomen vervreemding staat niet noodzakelijkerwijs aan fiscale doorschuiving in de weg – algemene gelding hebben. Dit rechtscollege wijst het standpunt van de Staatssecretaris van Financiën in zijn cassatieberoepsschrift (onder het kopje Bulkgasarrest) dat het commerciële hoofdmotief in dat arrest niet een verkoop maar een overname casu quo fusie was en die zaak aldus op een cruciaal punt afwijkt van de onderhavige casus, immers uitdrukkelijk af.

De bewijslastverdeling in relatie tot de misbruiktoets van de juridische (af)splitsing^[7]

13.

De parlementaire ontstaansgeschiedenis van de juridische (af)splitsingswetgeving laat er geen misverstand over bestaan dat het primair de inspecteurs zijn die moeten stellen en vervolgens aannemelijk dienen te maken dat de juridische (af)splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.^[8] De inspecteurs kunnen dit doen aan de hand van de twee bewijsvermoedens die de wetgever hen heeft aangereikt. Weten zij aannemelijk te maken dat de juridische (af)splitsing niet heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen (het eerste bewijsvermoeden), dan is het daarna aan de belastingplichtigen om aannemelijk te maken dat ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate tot stand is gebracht met het oog op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een aanvankelijk fiscaal gefacilieerde (af)splitsing – doordat de inspecteur in kwestie zich niet op het standpunt heeft gesteld dat zakelijke motieven ontbreken dan wel omdat de inspecteur dit ontbreken niet aannemelijk heeft kunnen maken –, kan (dus) ook alsnog tot heffing van vennootschapsbelasting leiden indien aandelen in de afsplitsende dan wel in één of meer verkrijgende entiteiten binnen drie jaar na de juridische (af)splitsing worden vervreemd aan een derde/rechtspersoon (het tweede bewijsvermoeden).

14.

In aanvulling hierop rijst de vraag welke betekenis aan het tweede bewijsvermoeden moet worden gehecht indien de belastingplichtigen (aanvankelijk) aannemelijk hebben gemaakt dat aan de juridische (af)splitsing zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Kunnen de inspecteurs in dergelijke situaties alsnog met een beroep op het tweede bewijsvermoeden de initieel verleende fiscale faciëring terugdraaien? De redactie van *V-N* concludeert in haar aantekening bij het

onderhavige arrest in V-N 2019/43.9 kort maar krachtig: eens zakelijk blijft zakelijk. Daarmee stelt deze redactie zich, als ik het goed begrijp, op het volgende standpunt: indien de belastingplichtigen eenmaal zakelijke overwegingen inzake een juridische (af)splitsing aannemelijk hebben weten te maken, kan een vervreemding van aandelen in de afsplitsende vennootschap en/of verkrijgende rechtspersonen binnen drie jaar na deze rechtshandeling aan die zakelijkheid niet meer afdoen. Daarbij maakt het volgens de redactie van V-N geen verschil of het voornemen tot een dergelijke vervreemding al op het tijdstip van de juridische (af)splitsing bestond of pas daarna is ontstaan. T.a.p. wordt namelijk opgemerkt:

"Kortom, dat aandelen binnen drie jaar na een splitsing worden vervreemd en het voornemen daartoe mogelijk al ten tijde van de splitsing bestond, neemt niet weg dat aan de splitsing zakelijke overwegingen ten grondslag kunnen liggen. De belastingplichtige zal dat dan aannemelijk moeten maken. Maar zijn die motieven er eenmaal, dan maakt het in feite niet meer uit dat de aandelen in de verkrijgende of splitsende rechtspersoon binnen voormelde driejaarstermijn aan een niet-gelieerde partij worden vervreemd en evenmin of het voornemen daartoe mogelijk al ten tijde van de splitsing bestond. Dat tast de zakelijkheid van de splitsing niet (meer) aan: eens zakelijk blijft zakelijk. Slechts het bewijslastrisico verschuift. Het is overigens goed denkbaar dat het voornemen tot (voortijdige) vervreemding van de aandelen in de verkrijgende of splitsende rechtspersoon pas na de splitsing postvat. Gegeven de zakelijkheid van de aan de splitsingen ten grondslag liggende motieven, tast ook dit de zakelijkheid daarvan niet aan (maar verlegt slechts het bewijslastrisico)."

15.

Ik acht deze gevolgtrekking van de redactie van V-N niet juist of in elk geval veel te stellig casu quo te algemeen, want het geciteerde standpunt volgt naar mijn mening niet uit het onderhavige arrest. De Hoge Raad komt in r.o. 2.3.4, tweede alinea, laatste volzin, tot de slotsom dat het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat belanghebbende is geslaagd in het leveren van tegenbewijs. In deze rechtsoverweging lees ik niet dat de Hoge Raad de – nogal absolute – zienswijze onderschrijft dat een aanvankelijk zakelijk geïndiceerde juridische (af)splitsing later nooit en te nimmer op grond van het tweede bewijsvermoeden zodanig kan worden 'aangetast' dat vanwege een vervreemdingsgegeven in beginsel alsnog vennootschapsbelasting verschuldigd kan zijn.^[9] Allereerst kunnen de belastingplichtigen gegevens hebben achtergehouden, waaronder het al dan niet stellige voornemen tot vervreemding van relevante aandelen binnen drie jaar. Maar ook als dit niet het geval is, kan een snelle vervreemding van aandelen aan een derde/rechtspersoon waarbij 'gecash't' wordt, de eerder naar voren gebrachte zakelijke omstandigheden zeer wel in een ander (lees: slechter) fiscaal daglicht plaatsen. Bijvoorbeeld omdat met de desbetreffende verkoop veel meer de (persoonlijke) belangen van de (groot)aandeelhouders worden gediend dan de (zakelijke) belangen van de betrokken lichamen. Uiteindelijk gaat het om een weging van alle relevante feitelijke factoren; zo maakt ook de zaak *Foggia* (HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, *BNB* 2012/5, m.nt. G.T.K. Meussen) duidelijk, welke weging op grond van het nationale belastingrecht moet uitmonden in het eindoordeel of de juridische (af)splitsing al dan niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De omstandigheid dat een dergelijke weging in de praktijk vaak uitermate lastig valt te maken, doet er mijns inziens niet aan af dat andere of nieuwe rechtsfeiten, zoals een vervreemding van aandelen in de afsplitsende en/of verkrijgende vennootschappen aan een derde/rechtspersoon binnen een periode van drie jaar, het belang van eerder maatgevend geachte feiten kunnen ondergraven.

16.

Naar het mij voorkomt moet in dit verband onderscheid worden gemaakt tussen de volgende twee situaties:

- a. De belastingplichtigen hebben alle relevante omstandigheden die op het tijdstip van de juridische (af)splitsing spelen, waaronder een bloot dan wel concreet vervreemdingsvoornemen of een reeds overeengekomen vervreemding van relevante aandelen aan een derde/rechtspersoon, aan de inspecteur geopenbaard en deze heeft op basis van die omstandigheden geoordeeld dat de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Alsdan kan een latere vervreemding binnen de driejaarstermijn door de inspecteur niet – op basis van het tweede bewijsvermoeden – worden aangegrepen om de verleende fiscale facilitatie terug te draaien.
- b. De belastingplichtigen hebben op het tijdstip van de juridische (af)splitsing het blote dan wel concrete vervreemdingsvoornemen of een al overeengekomen vervreemding van relevante aandelen aan een derde/rechtspersoon niet aan de inspecteur geopenbaard, dan wel eerst na de juridische (af)splitsing komt een vervreemdingsvoornemen op dat binnen de driejaarstermijn wordt gevolgd door een daadwerkelijke vervreemding. In dergelijke gevallen is het mijns inziens zeer wel denkbaar dat een aanvankelijk verleende fiscale facilitatie op basis van het tweede bewijsvermoeden wordt teruggedraaid.^[10]

Enkele praktijkwenken aangaande het ontbreken van een overwegende gerichtheid op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing casu quo de weerlegging van het zogeheten tweede bewijsvermoeden

17.

Noch een algemeen/bloot vervreemdingsvoornemen, noch een concreet vervreemdingsvoornemen, bijvoorbeeld tot uitdrukking komend in lopende verkooponderhandelingen met een bepaalde (derde) partij, ten tijde van een bedrijfsfusie of een juridische (af)splitsing in verband met uit hoofde van die rechtshandelingen verkregen aandelen, noch een reeds voorafgaand aan de bedrijfsfusie dan wel de juridische (af)splitsing overeengekomen vervreemding van 'besmette' aandelen belet dus per definitie een fiscale facilitatie van deze rechtsfiguren. Hetzelfde geldt in relatie tot aandelen in de overdragende vennootschap (bedrijfsfusie) of de afsplitsende rechtspersoon (juridische afsplitsing). Wel is het telkens aan de betrokken belastingplichtigen om – ondanks de bedoelde vervreemdingsvoornemens casu quo de al vóór de desbetreffende rechtshandelingen overeengekomen vervreemding – aannemelijk te maken dat de bedrijfsfusie en de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. En daarmee komt uiteraard onmiddellijk de vraag op hoe de – bij deze rechtshandelingen betrokken – belastingplichtigen dit in concreto aannemelijk kunnen maken casu quo hoe zij concreet invulling kunnen geven aan het tweede bewijsvermoeden.

18.

Doordat de verklaring van belanghebbende, waaraan het Hof in r.o. 5.2 van de in cassatie bestreden uitspraak refereert, niet voor uw annotator beschikbaar is, blijft het helaas gissen wat daarin precies is opgenomen. D.C. Simonis vermeldt in zijn aantekening bij het onderhavige arrest in *NTFR* 2019/2313 dat in casu gekozen is voor een juridische afsplitsing omdat aan activa-passivatransacties nadelen waren verbonden. Per tankstation zou over contracten met exploitanten en eigenaars van de grond hebben moeten worden onderhandeld, iets wat tot aanzienlijke vertraging zou hebben geleid. Mijn eigen praktijkervaring wijst (eveneens) uit dat reële niet-fiscale nadelen die – in vergelijking met een civielrechtelijke overgang van vermogen onder algemene titel – samenhangen met een overdracht onder bijzondere titel, zakelijke redenen zijn die een fiscale facilitatie van juridische (af)splitsingen (en juridische fusies) mogelijk maken. Wat betreft deze niet-fiscale nadelen moet met name gedacht worden aan het gegeven dat een overdracht onder bijzondere titel (veelal) de toestemming van contractspartijen vereist, welke toestemming niet alleen kan uitmonden in een vertraging van het (af)splitsingsproces maar ook in heronderhandelingen met ongunstiger condities voor de (af)splitsende (en fuserende) lichamen als gevolg. Een verlies van één of meer afnemers laat zich eveneens denken, doordat de betrokken (contract)partijen niet wensen mee te werken aan een overdracht onder bijzondere titel, evenals mogelijke schadevergoedingen aan dergelijke (contract)partners. Voorts kan het de belastingplichtigen in de discussie met de fiscus helpen indien de afstoting van bepaalde bedrijfsonderdelen in Nederland geplaatst kan worden in een bredere (lees: internationale) context, waarbij bijvoorbeeld sprake is van een herijkte concernstrategie en de afstoting van vergelijkbare vermogensbestanddelen in meerdere landen plaatsvindt.

19.

Op dit moment is bij gebrek aan richtinggevende jurisprudentie overigens niet duidelijk of in de context van het misbruikkader van de bedrijfsfusie, de juridische (af)splitsing en de juridische fusie buitenlandse fiscale redenen als zakelijke overwegingen kunnen worden aangemerkt. Wel kan worden verwezen naar de onderdelen 9.16 t/m 9.23 en 9.26 t/m 9.29 van de conclusie van A-G Wattel d.d. 30 november 2010, nr. 10/00075, *V-N* 2011/3.19, in een rechtsgeding dat uiteindelijk niet tot een arrest van de Hoge Raad heeft geleid en welke zaak betrekking had op de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969. In genoemd onderdeel 9.29 komt de A-G tot de volgende slotsom:

“De totstandkomingsgeschiedenis van art. 10a Wet Vpb bevat slechts de ongespecificeerde opmerking (...) dat fiscale motieven geen zakelijke overwegingen zijn in de zin van art. 10(3) Wet Vpb. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlands-fiscale motieven en buitenlands-fiscale motieven. De tekst van art. 10a(3)(a) Wet Vpb werpt geen licht op de kwestie, maar uit de parlementaire geschiedenis van art. 10a Wet Vpb blijkt (...) dat zijn algemene strekking is uitholling van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag door renteaftrek te voorkomen. Gezien de niet-weersproken beweegreden voor de kapitaalstorting (buiten bereik blijven van Duitse onderkapitalisatieregels) kan mijns inziens geen andere conclusie getrokken worden dan dat die kapitaalstorting niet in overwegende mate gericht was op of tot effect had dat de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag uitgehold werd. Het valt voorts niet in te zien dat art. 10a de strekking zou hebben te bestrijden dat internationale concerns in het buitenland voldoen aan aldaar geldende fiscale kapitalisatie-eisen. Ik meen daarom dat aan de kapitaalstorting ‘in overwegende mate zakelijke overwegingen’ in de zin van art. 10a(3)(a) Wet Vpb ten grondslag liggen.”

Belastingplichtigen kunnen onder verwijzing naar deze conclusie betogen dat buitenlandse fiscale motieven ook binnen het juridische afsplitsings- en fusiekader als zakelijke redenen hebben te gelden. Afgewacht zal moeten worden hoe de (bestuurs)rechters, en uiteraard in het bijzonder de Hoge Raad en eventueel het Hof van Justitie, uiteindelijk over dit vraagstuk zullen oordelen.

Een beknopte overkoepelende beschouwing tot besluit

Hoe vreemd of contra-intuïtief het uitgangspunt ook moge zijn dat de juridische (af)splitsingskaders in de overdrachts- en vennootschapsbelasting identiek zijn, dat is wel hoe de wetgever het expliciet heeft gewild. Ik vind het – op de keper beschouwd – dan ook niet meer dan logisch dat de Hoge Raad die fiscale werkelijkheid in casu volledig heeft omarmd (zie tevens onderdeel 3) en de A-G niet heeft gevolgd in zijn – op zich wel enigszins begrijpelijke en ‘manmoedige’ – poging om aan dit uitgangspunt te tornen. Zolang de juridische (af)splitsingssystematiek in de overdrachtsbelasting niet wordt aangepast, zal deze rechtsfiguur in de sfeer van de overdrachts- en vennootschapsbelasting op basis van het onderhavige arrest door de inspecteurs (dus) op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Voorts heeft de Hoge Raad met het thans besproken arrest duidelijk gemaakt dat zijn benadering in het Bulkgasarrest en in *BNB 2009/28** niet casusspecifiek is geweest, maar dit gegeven betekent naar mijn mening allerm minst dat – uitgaande van de veronderstelling dat het tweede bewijsvermoeden in overeenstemming met het EU-recht kan worden geacht – aan dit vermoeden geen (fiscale) betekenis meer toekomt indien de belastingplichtigen in eerste instantie zakelijke motieven aannemelijk hebben gemaakt. Al met al heeft de Hoge Raad in mijn beleving dus een arrest gewezen waarmee (i) zijn eerdere jurisprudentie in de sfeer van de vennootschapsbelasting wordt bevestigd en (ii) tegelijkertijd de onduidelijkheid die in de rechtspraak over met name het Bulkgasarrest heerste, is weggenomen. Een eindresultaat dat bezien vanuit de optiek van (fiscale) rechtseenheid zonder meer fraai kan worden genoemd en waarmee de belastingplichtigen vooralsnog onder omstandigheden hun voordeel in de vorm van afstel van overdrachtsbelastingheffing kunnen doen. Vooralsnog, aangezien het Ministerie van Financiën met het thans besproken arrest mogelijkermis zo ongelukkig is dat het misbruikkader van de juridische (af)splitsing in de overdrachtsbelasting op korte termijn zal worden gewijzigd.

R.J. de Vries

Noot 2

1. Ontgaanstoets splitsingsvrijstelling

De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting (art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV in verbinding met art. 5c Uitr.besl. BRV) kent een zogenoemde *ontgaanstoets*: de vrijstelling is niet van toepassing als de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Volgens de tweede volzin van art. 5c lid 1 Uitr.besl. BRV dient de verkrijger aannemelijk te maken dat van dergelijk ontgaan geen sprake is, indien de inspecteur aannemelijk maakt dat de splitsing niet plaatsvindt op grond van “zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen”.

Volgens de derde volzin van art. 5c lid 1 Uitr.besl. BRV worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht indien de aandelen in de gesplitste rechtspersoon dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een derde.^[1] In dat geval, het geval dat in de onderhavige procedure aan de orde was, is de vrijstelling alleen van toepassing, wanneer de verkrijger aannemelijk maakt dat de splitsing *wel* heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen (omkering bewijslast). Slaagt de verkrijger hierin dan is de vrijstelling van toepassing, tenzij de inspecteur aantoont dat niettemin sprake is van ontgaan.

2. Zakelijke overwegingen

De Hoge Raad volgt in deze zaak de (rechts)opvatting van het Hof en maakt daarmee impliciet een aantal zaken duidelijk:

- a. De betekenis van het begrip ‘zakelijke overwegingen’ in de tweede en derde volzin van art. 5c lid 1 Uitr.besl. BRV is *eender* (anders de staatssecretaris in het cassatiemiddel).
- b. Het begrip ‘zakelijke overwegingen’, dat zowel voorkomt in art. 5c Uitr.besl. BRV als in art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 (splitsingsfaciliteit vennootschapsbelasting), dient voor toepassing van beide bepalingen in dezelfde zin te worden opgevat. De wetsgeschiedenis en de jurisprudentie gewezen in het kader van de vennootschapsbelasting is ook voor de overdrachtsbelasting van belang (r.o. 2.3.4 en 2.3.5).^[2] Volgens Simonis^[3] dient de splitsingsvrijstelling ook voor de overdrachtsbelasting EU-Fusierichtlijn-conform geïnterpreteerd te worden.
- c. Het begrip ‘zakelijke overwegingen’ heeft niet, zoals in de rechtspraak wel was beslist,^[4] betrekking op de specifieke keuze voor de juridische splitsing als *instrument* om, bijvoorbeeld, herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden vorm te geven; het gaat er om of de beslissing om over te gaan tot splitsing van de rechtspersoon, of tot afsplitsing van bepaalde activa en passiva naar een andere rechtspersoon, kan worden beschouwd als een op *commerciële* en *marktstrategische* of andere *bedrijfseconomische overwegingen* ingegeven (*niet fiscale*) *ondernemingsbeslissing*. Niet het middel zelf (de juridische vorm), maar het door het middel gediende doel dient te berusten op zakelijke overwegingen.^[5] Daarbij komt als doel niet alleen *interne reorganisatie* van een rechtspersoon in aanmerking, maar ook *afslanking*, zoals aan de orde in het onderhavige

geval (door het afstoten van benzinestations en de exploitatie daarvan), zelfs als op voorhand verkoop aan een derde was overeengekomen (zoals in casu). Niet van belang lijkt of de afslanking *noodzakelijk* is vanuit een oogpunt van *continuïteit* van de afsplitsende rechtspersoon (bijvoorbeeld om noodzakelijke liquiditeiten vrij te spelen). Voldoende is dat afslanking overwegend een *bedrijfseconomisch doel* dient. Als dat het geval is en er wordt dan gekozen voor de fiscaal meest gunstige route (juridische splitsing), dan maakt die keuze de splitsing niet minder zakelijk, ook niet als de rechtsgevolgen van juridische splitsing (bijvoorbeeld de overgang van de afgesplitste activa en passiva onder algemene titel) niet of nauwelijks voordeel opleveren (een omstandigheid die de Rechtbank in het onderhavige geval juist wel van belang had geoordeeld⁶¹).

3. Het Bulkgasarrest

In r.o. 2.3.4 en 2.3.5 verwijst de Hoge Raad naar het voor de vennootschapsbelasting gewezen Bulkgasarrest HR 2 juni 2006, nr. 41 942, *BNB* 2006/282* dat volgens de Hoge Raad ook betekenis heeft voor de overdrachtsbelasting. Uit dat arrest blijkt dat het enkele feit dat de aandelen in de afgesplitste vennootschap onmiddellijk na de afsplitsing werden geleverd aan een koper aan wie, zoals ook aan de orde in het onderhavige geval, de aandelen reeds waren verkocht voordat de splitsing een feit was, niet aan de toepasselijkheid van de splitsingsvrijstelling in de weg staat, niet voor de vennootschapsbelasting en, zo blijkt thans, ook niet voor de overdrachtsbelasting, maar wel op voorwaarde dat de zakelijke overwegingen zijn aangetoond.

Tussen de casus van het Bulkgasarrest en de onderhavige zaak bestaat overigens een opvallend verschil, een verschil dat de Hoge Raad niet relevant lijkt te achten. In de casus van het Bulkgasarrest stond immers feitelijk vast dat *de keuze voor afsplitsing* gevolgd door overdracht van de aandelen in de afgesplitste BV (in plaats van afzonderlijke overdracht van de afgesplitste goederen aan de derde-koper), was gemaakt op grond van *commerciële motieven* (r.o. 3.3.2). Voorts stond in het Bulkgasgeval feitelijk vast dat de gekozen weg om de vermogensbestanddelen af te stoten een goede en wellicht de enig mogelijke weg was (het ging om het afstoten van industriële cilindergasactiviteiten ten behoeve van circa 26.000 klanten/contractanten en een omzet van 55 tot 60 miljoen gulden, zulks om tegemoet te komen aan de voorwaarden die de Europese Commissie had gesteld in verband met een geplande overname). Uitgaande van deze feiten had het Hof volgens de Hoge Raad met juistheid geoordeeld dat belanghebbende erin was geslaagd aan te tonen dat aan de splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag hadden gelegen. Echter, in de onderhavige zaak was door het Hof nu juist *niet* feitelijk vastgesteld dat *de keuze* voor juridische splitsing in combinatie met overdracht van de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon (in plaats van overdracht van de benzinestations) in overwegende mate berustte op zakelijke overwegingen (andere dan fiscale). Het Hof oordeelde in casu immers dat *de afslanking als zodanig* op zakelijke overwegingen berustte en besliste op grond daarvan dat *de splitsing* in overwegende mate op zakelijke overwegingen berustte (anders dan de Rechtbank, die in deze zaak juist had geoordeeld dat zakelijke overwegingen voor de specifieke keuze voor juridische afsplitsing ontbraken).

4. Opmerkingen

a.

In het beroepschrift in cassatie concludeert de staatssecretaris "De door het Hof gegeven invulling leidt ertoe dat de derde zin van artikel 5c, lid 1, van het Ub geen meerwaarde heeft ten opzichte van de eerste twee. Als in de visie van het Hof vast staat dat er zakelijke overwegingen waren voor de stap van splitsing op zich, dan kan een latere verkoop daar blijkbaar niet meer aan afdoen.". De Hoge Raad neemt niet duidelijk afstand van deze conclusie.

b.

In zijn conclusie voor het arrest toont A-G Wattel – die er mijns inziens terecht op wijst dat volledige synchroniteit bij toepassing van de splitsingsfaciliteit voor de vennootschapsbelasting en die voor de overdrachtsbelasting niet goed mogelijk is (conclusie par. 4.9-4.10) – zich gevoelig voor het betoog van de staatssecretaris dat de vrijstelling van overdrachtsbelasting niet bedoeld is voor een geval als hier aan de orde (verkoop als hoofdmotief van de afsplitsing). Tegelijkertijd geeft de A-G ook aan dat er wel degelijk ook aanwijzingen zijn die juist het tegendeel ondersteunen (conclusie par. 8.9), maar die signalen acht de A-G niet doorslaggevend. De A-G suggereert daarom voor de overdrachtsbelasting een tussenoplossing die meer recht doet aan het anti-ontgaanskarakter van art. 5c Uitv.besl. BRV (zie conclusie par. 8.10). De Hoge Raad neemt deze suggestie niet over en houdt kort, maar krachtig, vast aan de door de wetgever beoogde synchroniteit van beide faciliteiten. Enige ruimte voor accentverschillen lijkt de Hoge Raad niet te zien. Door in dit verband te verwijzen naar en te citeren uit het Bulkgasarrest (r.o. 2.3.5) geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat de overdrachtsbelastingvrijstelling bij splitsing in de omstandigheden van dat arrest ook van toepassing kan zijn (anders de A-G, par. 8.10, laatste alinea).

c.

De uitkomst van de onderhavige procedure, dat het wat zakelijke overwegingen voor de splitsing betreft niet gaat om de juridische vormgeving, maar om de achterliggende bedrijfseconomische motieven (leidend tot herstructurering en rationalisering van activiteiten), mag mijns inziens verrassend heten. Vast staat nu dat het toepassingsbereik van de vrijstelling erg groot is. Als de zakelijke motieven zijn aangetoond, is de ruimte voor de inspecteur om dan toch nog 'ontgaan' van overdrachtsbelasting aan te tonen mijns inziens kleiner dan klein. Het lijkt er op, om met de A-G te spreken (conclusie par. 6.2), dat men de heffing van overdrachtsbelasting kan vergeten indien, in gevallen dat het *bedrijfseconomisch opportuun* is om een bedrijfsonderdeel met onroerende zaken af te stoten, dat onderdeel verkoopklaar is gemaakt via een juridische afsplitsing. Die opportuniteit zal dan wel aangetoond moeten worden.

d.

Afrondend is mijn conclusie dat heroverweging van de door de Hoge Raad als bedoeling van de wetgever benadrukte synchroniteit van de splitsingsfaciliteiten in de overdrachtsbelasting en de vennootschapsbelasting noodzakelijk is. Beide middelen zijn daarvoor immers te verschillend (zie de conclusie van de A-G par. 4.6 e.v.). De ruimte die art. 5c Uitv.besl. BRV bij afstoting van bedrijfsonderdelen biedt blijkt nu zo groot dat aanscherping mijns inziens niet kan uitblijven. In zijn beroepschrift in cassatie verwoordde de staatssecretaris het zelf aldus:

"In feite is het onderhavige geval een schoolvoorbeeld van de door de wetgever benoemde situatie, dat het echter niet zo moet zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet belast zouden zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing zouden blijven. Bij de verkoop van de tankstations vanuit het concern waartoe B BV behoort aan een derde – in de vorm van een splitsing gevolgd door een aandelenverkoop – past een heffing van overdrachtsbelasting."

Aldus bezien – (af)splitsing wordt alleen gefaciliteerd als het een vorm van *interne reorganisatie* is – zou misschien een aanhoudingseis, zoals die bijvoorbeeld ook wordt gesteld voor toepassing van de diverse inbrengvrijstellingen^[1] de diverse fusievrijstellingen^[2] en de vrijstelling bij interne reorganisatie, wat de overdrachtsbelasting betreft, een passende aanscherping kunnen zijn. Voor een wat minder vergaande aanpassing verwijs ik naar de onder b. vermelde suggestie van de A-G.

J.C. van Straaten

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[1.]

Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 709, nr. 5, blz. 5 en 11.

[2.]

Het gaat onder meer om percelen grond met tankstations, om rechten van erfpacht en opstal met betrekking tot tankstations, en om rechten en verplichtingen die met die tankstations samenhangen, waaronder het personeel en zakelijke contracten (Bijlage b bij het splitsingsvoorstel van 19 juni 2015).

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Rb Den Haag 2 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1191, *NTRF* 2018/1287 met commentaar D.C. Simonis, *NLF* 2018/1104 met annotatie van Y. Gassler.

[2.]

Hof Den Haag 5 oktober 2018, nr. BK-18/00425, ECLI:NL:GHDHA:2018:3798, *NTRF* 2019/605, met commentaar R. van Haperen, *NLF* 2019/0416 met noot M. van Gijlswijk, *FutD* 2019-0357 met noot redactie.

[3.]

Voetnoot in origineel: "HR 2 juni 2006, 41.942 (Bulkgas), ECLI:NL:HR:2006:AU8201."

[4.]

HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201, *BNB* 2006/282, met annotatie van J.A.G. van der Geld (*Bulkgasarrest*).

[5.]

Rb. Noord-Holland 31 januari 2018, nr. AWB 16/884, ECLI:NL:RBNHO:2018:1050, *V-N Vandaag* 2018/403.

[6.]

Kamerstukken II 1995/96, 24 428, nr. 3 (MvT), p. 10 en 12.

[7.]

Wet van 17 juni 1998 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting en andere belastingwetten in verband met de fiscale begeleiding van de

overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen op de voet van Boek 2 van het BW, *Stb.* 1998, 350 (wetsvoorstel 25 709).

[8.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 18.

[9.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV), p. 11.

[10.]

Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5.

[11.]

Besluit van de staatssecretaris van Financiën tot (onder meer) de wijziging van het Uitv. Besl. BvR van 15 december 2005, *Stb.* 2005, 688, p. 8.

[12.]

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen (...), *PbEU* 2009, L310, zoals laatstelijk gewijzigd op 12 mei 2013, *PbEU* 2013, L 141.

[13.]

HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2010:282, *BNB* 2010/257 met noot Van der Geld.

[14.]

Zie daarover J.H. Elink Schuurman, 'De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!', *WPNR* 2015/7060.

[15.]

Zie ook art. 3.55 en 3.57 Wet IB 2001 en art. 15ai Wet Vpb.

[16.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

[17.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 5-8 (NV).

[18.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 8, p. 4 (Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 31 maart 1998).

[19.]

Kamerstukken I 1997/98, 25 709, nr. 315b (MvA).

[20.]

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 54 (MvT).

[21.]

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 52-53 (MvT).

[22.]

Kamerstukken II 1999/2000, 26 728, nr. 6, p. 74 (NnvV).

[23.]

HR 2 juni 2006, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2006:AU8201, *BNB* 2006/282, met noot J.A.G. van der Geld.

[24.]

HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531, *BNB* 2009/28, met noot J.A.G. van der Geld.

[25.]

HR 29 juni 2012, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 met noot R.J. de Vries, *FED* 2012/107 met aantekening G.Th.K. Meussen, *NtFR* 2008/2179 met noot P.A. Visser.

[26.]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 21 juli 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:4482, *NtFR* 2017/2315 met commentaar D.C. Simonis, *V-N* 2017/50.2.2.

[27.]

Hof 's Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542, *NtFR* 2019/423 met commentaar D.C. Simonis, *NLF* 2019/0415 met annotatie Y. Gassler.

[28.]

Rechtbank Noord-Holland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1050, *NtFR* 2018/799 met noot D.C. Simonis, *NLF* 2018/0623 met noot R. van der Zwan, *V-N* 2018/20.2.5.

[29.]

[30.]

Zie bijvoorbeeld P.C. van der Vegt, 'Zakelijkheid bij fusie en splitsing', *WFR* 2002/6509, p. 1809-1818, en E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2003, p. 235.

[31.]

HvJ EU 19 december 2018, zaak C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:1024, *V-N* 2019/2.9.

Voetnoten "Noot"

[1.]

Dus persoonlijke ondernemers ex art. 3.56 Wet IB 2001, natuurlijke personen die op grond van art. 3.95 Wet IB 2001 resultaat uit een werkzaamheid genieten en aanmerkelijkbelanghouders die op de voet van art. 4.16 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001, al dan niet in verbinding met art. 4.41 lid 2 Wet IB 2001, aan inkomstenbelastingheffing zijn onderworpen. Al deze natuurlijke personen dienen ten tijde van de juridische (af)splitsing dus (één of meer) aandelen in de (af)splitsende rechtspersoon te bezitten om met één van de voornoemde wettelijke bepalingen in aanraking te kunnen komen, waarbij voor de eerste categorie aandeelhouders bovendien moet gelden dat de desbetreffende aandelen op basis van de vermogenselikeringsregels tot het ondernemingsvermogen (kunnen) worden gerekend.

[2.]

Voor de heffing van inkomstenbelasting geldt in het geval van een fiscale facilitering overigens hetzelfde.

[3.]

Daarbij laat ik de diverse maatregelen die de wetgever in de sfeer van de vennootschapsbelasting heeft getroffen met het oog op de positie van de (aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen) aandeelhouders van de (af)splitsende en fusierende vennootschappen in art. 3.56 Wet IB 2001 respectievelijk art. 3.57 Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 en in de art. 13h, 13j en 13k Wet VPB 1969, buiten beschouwing. Volledigheidshalve voeg ik hieraan toe dat alle genoemde regelingen geen tweede bewijsvermoeden kennen, waardoor dit vermoeden op aandeelhoudersniveau dus geen rol speelt. In onderdeel 5 zal ik overigens wel een enkel woord wijden aan de aandelenfusiefaciliteit.

[4.]

M.P. van Scheijndel/R.J. de Vries, 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001', *WFR* 1999/6366, onderdeel 3.2, p. 1675, hebben dit vreemde aspect al eerder benoemd.

[5.]

Voor een poging om hier (enige) duidelijkheid over te scheppen zij verwezen naar G.C. van der Burgt/R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR* 2012/6981, p. 1693-1706.

[6.]

Vergelijk over deze cassatietechniek in uitgebreidere zin A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren* (Fiscale Geschriften nr. 5), Den Haag: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2015 (derde druk), onderdeel 14.1, p. 189 e.v.

[7.]

Hetgeen in de navolgende vier onderdelen wordt opgemerkt over de bewijslastverdeling inzake de juridische (af)splitsing geldt mutatis mutandis voor de bedrijfsfusie.

[8.]

Zoals onder andere blijkt uit *Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17*, onderdeel 4.1.4, p. 71, *V-N* BP 21/6.5, p. 1915, en *Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202c*, p. 25, *V-N* BP 21/10.3, p. 3187.

[9.]

Ik laat hierbij de mogelijke strijdigheid van het tweede bewijsvermoeden met het EU-recht, in het bijzonder de Fusierichtlijn, buiten beschouwing.

[10.]

Nogmaals zij aangetekend dat ik geen aandacht besteed aan de mogelijke strijdigheid van het tweede bewijsvermoeden met het EU-recht, in het bijzonder de Fusierichtlijn.

[1.]

Een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden als bedoeld in art. 10a Wet VPB 1969.

[2.]

In dezelfde zin de nota van toelichting bij het besluit van 15 december 2005 (*Stb.* 2005, 688).

[3.]

D.C. Simonis, commentaar bij het onderhavige arrest in *NTFR* 2019/2313.

[4.]

Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542 (r.o. 4.11).

[5.]

In dezelfde zin Rb. Noord-Holland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1050, verwijzend naar HR 29 juni 2012, nr. 10/00807 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2012/261, m.nt. R.J. de Vries.

[6.]

Rb. Den Haag 2 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1191, r.o. 16.

[7.]

Zie art. 4 lid 3 en art. 5 lid 3 Uitv.besl. BRV.

[8.]

Zie art. 5a lid 5 en art. 5 bis lid 2 Uitv.besl. BRV.

Binnen diervoederconcern verstrekte lening mag ten laste van winst worden afgewaardeerd

Hof Arnhem-Leeuwarden 02-02-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:937, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

2 februari 2021

Magistraten

Verhagen, Boxem, Van Huijgevoort

Zaaknummer

19/00235

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS269511:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2021:937, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 02-02-2021

Wetgeving

art. 3.25 Wet IB 2001; art. 8 Wet VPB 1969

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X bv de achtergestelde lening van € 2,5 mln. mag afwaarderen naar nihil. X bv zou ook zonder het bestaan van een aandeelhoudersrelatie bereid zijn geweest om de lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken.

Samenvatting

A houdt de aandelen in X bv en in B bv. X bv houdt de aandelen in D bv en in E bv. X bv handelt, via D bv en E bv, in diervoeding. B bv en haar dochtervennootschappen (de C-groep) produceren diervoeding. Omdat de resultaten van B bv tegenvallen, dringt de bank aan op maatregelen. Een van deze maatregelen is dat X bv een achtergestelde lening van € 2,5 mln. verstrekt aan B bv die X bv medio 2012 verstrekt. Eind 2012 verstrekt X bv nog een lening van € 350.000. In haar VPB-aangifte 2013 waardeert X bv de leningen af naar nihil. De inspecteur accepteert de afwaardering niet, omdat in zijn ogen sprake is van onzakelijke leningen.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X bv de achtergestelde lening van € 2,5 mln. mag afwaarderen naar nihil. Het is weliswaar aannemelijk dat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest dezelfde leningen te verstrekken, maar, gezien de bijzondere omstandigheden, is afwaardering toch mogelijk. X bv zou ook zonder het bestaan van een aandeelhoudersrelatie (via A) bereid zijn geweest de lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken. Door de achtergestelde lening te verstrekken, heeft X bv voldaan aan de voorwaarden van de bank om over te gaan tot herfinanciering van B bv en daarmee niet alleen het voortbestaan van B bv veiliggesteld, maar ook dat van de C-groep. Het totale financiële belang van X bv bij het voortbestaan van B bv was daardoor aanzienlijk groter dan de door haar verstrekte lening van € 2,5 mln. Voor de andere lening van € 350.000 geldt dit niet, omdat het verstrekken van die lening geen voorwaarde was van de bank om over te gaan tot de noodzakelijke herfinanciering.

Uitspraak

Het geschil betreft de aanslag VPB 2013 en de belastingrentebesikking.

De uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld, is van Rechtbank Gelderland, MK, 29 januari 2019, 17/601. Deze namen wij op in V-N 2019/33.2.1.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

[A] (hierna: [A]) houdt sinds de oprichting op 24 juli 2008 alle aandelen in belanghebbende. [A] is sinds vele jaren betrokken bij ondernemingen op het gebied van de productie en verkoop van voeding voor huisdieren.

2.2.

Naast de aandelen in belanghebbende houdt [A] aandelen in [B] B.V. (hierna: debiteur). Debiteur vormt samen met haar dochtermaatschappijen de [C] Group. De [C] Group is actief op het gebied van de productie van huisdiervoeder.

2.3.

Belanghebbende koopt op 5 augustus 2009 de aandelen in [D] B.V. (hierna: [D]) van debiteur. [D] is vanaf de oprichting op 3 maart 1998 gespecialiseerd in het op de markt brengen van biologische diervoeding. In 2012 koopt [D] ruim 60% van de door haar op de markt gebrachte producten in bij [C] Group. Op 18 juni 2010 koopt belanghebbende alle aandelen in [E] B.V. (hierna: [E]) van debiteur. [E] houdt zich bezig met het vermarkten van diverse merken honden- en kattenvoeding in de Benelux. [E] maakt als dochtermaatschappij deel uit van de fiscale eenheid voor de Vpb van belanghebbende.

2.4.

Op 21 april 2011 koopt belanghebbende de merkrechten en receptuur van de merken '[F]' en '[G]' van twee dochtervennootschappen van debiteur voor een bedrag van € 1.500.000. Belanghebbende stelt deze rechten tegen vergoeding ter beschikking aan [E]. De producten van '[F]' en '[G]' koopt [E] volledig in bij [C] Group. De inkoopwaarde van deze producten bedraagt meer dan € 26.000.000.

2.5.

Het eigen vermogen van debiteur op 31 december 2011 is € 1.064.808 negatief en haar totale schuld bedraagt € 41.011.301. Hiervan is een bedrag van € 27.496.677 verschuldigd aan [H] Bank (hierna: de bank).

2.6.

In januari 2012 is voor [C] Group een Strategic Visioning 2012-2015 opgesteld met positieve prognoses. In april 2012 stelt [I] (een extern adviesbureau) een Strategisch Document 2012-2015 op voor [C] Group betreffende de bedrijfsvoering en mogelijke verbeteringen daarvan.

2.7.

Wegens tegenvallende resultaten van debiteur treedt de bank in overleg met [A]. Volgens het gespreksverslag van 5 april 2012 van de bank wordt hierbij gesproken over herstructurering van de bestaande financiering. In dit kader is ook gesproken over een aanvullende storting van € 2.500.000 door [A] in debiteur. Bij e-mail van 6 april 2012 informeert [A] de bank dat deze storting, na verkoop van [D], pas plaats kan vinden nadat hij van de bank toezegging/vastlegging heeft ontvangen met de daarbij behorende voorwaarden.

2.8.

Op 20 april 2012 verkoopt belanghebbende alle aandelen in [D] voor een bedrag van € 11.100.000 aan [J] B.V. (hierna: [J]), een dochtervennootschap van [K] N.V. (hierna: [K]). De koopsom wordt deels in geld voldaan en deels tegen uitreiking van aandelen in [J]. Belanghebbende houdt via [J] indirect een belang van 14% in [D]. [A] houdt daarnaast (in privé) een aandelenbelang van 1% in [D].

2.9.

In het kader van de verkoop van aandelen in [D] aan [K] sluiten belanghebbende en [K] een aantal aanvullende overeenkomsten ter bekrachtiging van de samenwerking tussen belanghebbende, [K], [D], [A] en [C] Group na de overname. Te weten een joint-venture overeenkomst, leveringsovereenkomsten en een huurovereenkomst betreffende de verhuur van een bedrijfspand door belanghebbende aan [D] voor een huurprijs van € 210.000 per jaar. Deze overeenkomsten zijn getekend op 20 april 2012.

Kwijtschelding lening van bv vader aan bv zoon geen schenking

Rb. Gelderland 06-11-2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5906, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Rechtbank Gelderland

Datum

6 november 2020

Magistraten

Vaatstra, Germs-de Goede, Westerbaan

Zaaknummer

AWB - 18 _ 5824 en 18 _ 5825

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS254965:1

Vakgebied(en)

Schenk- en erfbelasting / Schenkbelasting

Brondocumenten

ECLI:NL:RBGEL:2020:5906, Uitspraak, Rechtbank Gelderland, 06-11-2020

Wetgeving

art. 1 en 15 SW 1956

Essentie

Rechtbank Gelderland oordeelt dat de inspecteur niet aannemelijk maakt dat partijen bij het aangaan van de aanvullende lening een impliciete opschortende voorwaarde zijn overeengekomen. Er is dan geen sprake van een schenking bij de kwijtschelding van de lening.

Samenvatting

De bv van vader leent in 2007 € 166.670 aan de bv van zijn zoon. Op 2 januari 2008 worden de leningen uitgebreid. De bv van vader scheldt de schuld in 2014 kwijt. De inspecteur meent dat hierin een schenking aan de zoon is gelegen. Hij is van mening dat de aanvullende lening uit 2008 is verstrekt onder volstrekt onzakelijke voorwaarden en die lening is aangegaan onder een opschortende voorwaarde van kwijtschelding als het onzakelijke debiteurenrisico zich manifesteert. Volgens de inspecteur is dat het geval in 2014, wanneer de lening wordt kwijtgescholden.

Rechtbank Gelderland oordeelt dat de inspecteur niet aannemelijk maakt dat partijen bij het aangaan van de aanvullende lening een impliciete opschortende voorwaarde zijn overeengekomen. Niet van belang is dat het risico van terugbetaling door de geldverstrekker wordt gedragen. Dat is namelijk een gegeven dat voor alle leningen geldt. Lenen betekent terugbetalen en het risico van niet-terugbetaling ligt altijd aan de zijde van de geldgever. Daaruit volgt echter nog geen schenking onder opschortende voorwaarde. Art. 15 SW 1956 is niet van toepassing, omdat de lening een vaste looptijd heeft en dus niet direct opeisbaar is. De rechtbank vernietigt de aanslag.

Uitspraak

Het geschil betreft de aanslagen schenkbelasting over de jaren 2007 en 2014.

Feiten

1.

[vader] is de vader van eiser. [bedrijf 1] B.V. ([bedrijf 1]), waarvan [vader] 100% aandeelhouder is, heeft op 13 december 2007 een bedrag van € 166.670 uitgeleend aan [bedrijf 2] B.V. ([bedrijf 2]), waarvan eiser 100% aandeelhouder is. Daarnaast heeft [bedrijf 1] per diezelfde datum eenzelfde bedrag uitgeleend aan [bedrijf 3] B.V. en aan [bedrijf 4] B.V. De aandelen in deze vennootschappen zijn volledig in handen van respectievelijk de broer en de zus van eiser. [bedrijf 3] B.V., [bedrijf 4] B.V. en [bedrijf 2] hebben de geleende bedragen op hun beurt doorgeleend aan [bedrijf 5] B.V. ([bedrijf 5]), een 100% deelneming van eerstgenoemde drie vennootschappen.

2.

De leningen zijn schriftelijk vastgelegd, hebben een looptijd van twee jaar (einddatum is 31 december 2009), en er is 6% rente overeengekomen.

3.

Bij 'uitbreiding leenovereenkomst' van 2 januari 2008 zijn de bestaande leningen uitgebreid tot een bedrag van maximaal € 700.000.

4.

Bij 'aanvulling op leenovereenkomst' van 22 december 2009 zijn de looptijden van de leningen verlengd van 31 december 2009 tot 31 december 2014.

5.

Bij 'overeenkomst overdracht lening' van 22 december 2009 heeft [bedrijf 2] zijn vordering op [bedrijf 5] bij wijze van aflossing van zijn schuld aan [bedrijf 1] gecedeerd aan [bedrijf 3] B.V. en [bedrijf 4] B.V. hebben eveneens bij wijze van aflossing hun respectievelijke vorderingen op [bedrijf 5] aan [bedrijf 1] gecedeerd.

6.

Bij overeenkomst van 17 december 2014 heeft [bedrijf 1] de schuld van [bedrijf 5] ten bedrage van € 1.488.510 kwijtscholden.

7.

Verweerder (hieronder aangeduid als partij B) en onder meer eiser (hieronder aangeduid als partij A) hebben op 8 november 2017 een vaststellingsovereenkomst (VSO) gesloten omtrent de fiscale gevolgen van de door [bedrijf 1] (indirect) aan [bedrijf 5] verstrekte leningen en de kwijtschelding daarvan. De VSO houdt voor zover relevant het volgende in:

"3. Omschrijving van het geschil/de onzekerheid

(...)

Standpunt partij B

- (...)
- (...)
- De belastingdienst meent dat het verstrekken van deze onzakelijke lening een schenking is in de zin van art. 1, lid 7, SW 1956, waarvan het heffingsmoment primair in het jaar van verstrekken (2007) ligt, subsidiair in het jaar van kwijtschelding (2014).

Standpunt partij A

- Belanghebbende meent dat noch van een onzakelijke lening, noch van een uitdeling, laat staan van een schenking sprake is.
- (...)
- Bovendien heeft de Belastingdienst in enkele vergelijkbare gevallen geen schenking gesteld en is diverse malen in de literatuur betoogd dat in deze feiten geen schenking is te zien.

De kwestie waarover partijen van mening verschillen of in onzekerheid verkeren, luidt als volgt:

(...)

Kwestie 3

Kan de inspecteur het verstrekken van de lening in 2007, of het kwijtschelden van de lening in 2014 aanmerken als aan (middellijke) schenking van de heer [vader] aan zijn drie kinderen [waaronder eiser], en hen een aanslag schenkingsrecht opleggen?

Kwestie 4

Laten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel toe dat de inspecteur het bij kwestie 3 vermelde standpunt inneemt, dat als rechtsvraag aan de rechter kan worden voorgelegd?

(...)

5. Inhoud van de overeenkomst

Partijen zijn het volgende overeengekomen:

- a) De lening van [bedrijf 1] BV aan [bedrijf 5] BV, die € 1.488.510 bedraagt en die door [bedrijf 1] BV is afgewaardeerd tot € 1, kwalificeert als een onzakelijke lening.

(...)

- f) Aan de heer [eiser] Partij [A], [adres] te [postcode] [woonplaats] zullen twee aanslagen schenkbelasting (recht van schenking) worden opgelegd, zonder verzuim- of vergrijpboete:

2007

Aangaande het aanvaarde onzakelijke debiteurenrisico ten tijde van het verstrekken van de lening, door partijen in onderling overleg bepaald op het verschil tussen een rente die in rekening gebracht zou worden tussen zakelijk handelende derden, en de feitelijk overeengekomen rente, zijnde een renteverskil van 10 procentpunten zodat de gift uit 2007 de contante waarde van het renteverskil voor 2 jaar over € 166.670, derhalve 10% van 166.670 x a-tafel 2/10% = 28.917 bedraagt en waarover na aftrek van de reguliere jaarvrijstelling € 1.298 is verschuldigd aan recht van schenking.

2014

een schenking van een onzakelijk uitgeleend bedrag ter grootte van € 351.330, onder de opschortende voorwaarde van het zich manifesteren van het debiteurenrisico, hetgeen is gebeurd in 2014, waarover de schenkbelasting na aftrek van de reguliere jaarvrijstelling € 57.498 bedraagt.

- g) De heer [eiser] (partij A) zal bezwaar maken tegen de in onderdeel f genoemde aanslagen schenkbelasting. Dit bezwaar zal worden afgewezen door partij B. Vervolgens zal partij A beroep aantekenen bij de rechtbank. In de daaropvolgende beroepsprocedure zullen partijen zich beperken tot de rechtsvraag of er in het onderhavige geval sprake is van een schenking in de zin van de SW 1956. Partijen zullen geen standpunten in procedure brengen die afleiden van het antwoord op de 'zuivere rechtsvraag'

(...)"

8.

Verweerder heeft met datum 10 januari 2018 de aanslag schenkbelasting 2007 aan eiser opgelegd. Met gelijke datum heeft verweerder de aanslag schenkbelasting 2014 aan eiser opgelegd. De aanslagen zijn opgelegd naar het naaste verwantentarief (tariefgroep I, ouder-kind). Van de aanslag 2007 is met datum 20 februari 2018 een duplicaat aan eiser verzonden.

(...)

Geschil

10.

Het geschil beperkt zich (primair) tot de vraag of in het verstrekken van de lening aan [bedrijf 2] in 2007 een schenking aan eiser besloten ligt, en (subsidiar) tot de vraag of de kwijtschelding van de lening van [bedrijf 5] in 2014 een schenking aan eiser inhoudt. Partijen verschillen niet van mening over de omvang van de eventuele schenking ter bepaling van de maatstaf van heffing voor de schenkbelasting.

Overwegingen van de rechtbank

Lening 2007, tijdigheid bezwaar tegen de aanslag 2007

(...)

14.

(...) Aan de beantwoording van de vraag of in de verstrekking van de lening in 2007 een schenking aan eiser besloten ligt, komt de rechtbank dan ook niet toe. Slechts de kwijtschelding van de lening in 2014 komt voor inhoudelijke behandeling in aanmerking.

Lening 2008, kwijtschelding 2014

15.

Ten aanzien van de in 2008 bij 'uitbreiding leenovereenkomst' verstrekte aanvullende lening overweegt de rechtbank als volgt. Civielrechtelijk is sprake van een lening tussen (gelieerde) vennootschappen, waarbij [bedrijf 1] crediteur is en, na

cessie, [bedrijf 5] debiteur is. Bij de invoering van artikel 15 van de SW is aan de orde geweest dat in voorkomende gevallen een lening tussen aandeelhouders (in dit geval vader en zoon) geconstrueerd kan worden:

"Indien de vennootschap van een ouder een onzakelijke geldlening aan de vennootschap van een kind verstrekt, is er sprake van een winstuitdeling aan de ouder. In deze situatie is er echter tevens sprake van een (indirecte) geldlening van de ouder aan zijn kind zodat, ingeval van een laagrentende, direct opeisbare lening, er op grond van artikel 15 sprake is van een fictieve schenking aan het kind."

16.

Artikel 15 van de SW ziet blijkens het eerste lid alleen op direct opeisbare leningen. De in 2008 verstrekte aanvullende lening heeft een vaste looptijd en is dus niet direct opeisbaar (behoudens in bepaalde in de leenovereenkomst omschreven gevallen), zodat dit artikel in dit geval toepassing mist. Niettemin is de rechtbank met verweerder van oordeel dat de in 2008 aangegane lening tussen [bedrijf 1] en [bedrijf 2] voor de SW aangemerkt dient te worden als een transactie tussen vader en zoon, waarvan getoetst kan worden of dit een schenking in de zin van artikel 1, zevende en negende lid, van de SW inhoudt.

17.

Verweerder stelt zich voorts op het standpunt dat de aanvullende lening onder volstrekt onzakelijke voorwaarden is verstrekt. In 2008 is sprake van een schenking (onder opschortende voorwaarde), niet van de hoofdsom, maar ter grootte van de hoofdsom, zo begrijpt de rechtbank de stelling van verweerder. Verweerder geeft op bladzijde zes van het verweerschrift de volgende toelichting:

"Ten tijde van het verstrekken van de geldlening [in 2008] wordt reeds aan de schenkingscriteria voldaan, want een derde zou dit debiteurenrisico niet aanvaarden waardoor de schuld/vordering direct op een lager bedrag dan het nominale kan worden gewaardeerd en waardoor vader via zijn houdster [[bedrijf 1] B.V.] verarmt en de kinderen, via hun houdster, verrijken."

De opschortende voorwaarde is daarin gelegen dat het onzakelijke debiteurenrisico zich voordoet en die voorwaarde is volgens verweerder impliciet tussen partijen overeengekomen. In 2014, bij kwijtschelding van de lening, is de voorwaarde in vervulling gegaan en dit is op grond van artikel 1, negende lid, van de SW het heffingsmoment voor de schenkbelasting, aldus verweerder.

18.

De bewijslast dat bij het aangaan van de aanvullende lening een impliciete opschortende voorwaarde is overeengekomen zoals verweerder die voor ogen heeft, rust naar het oordeel van de rechtbank op verweerder. Dit betekent dat verweerder het bestaan van die voorwaarde aannemelijk moet maken. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit niets dat crediteur en debiteur (in feite) een dergelijke voorwaarde zijn overeengekomen. Dat impliciet zou zijn afgesproken dat de geldlening in principe wordt terugbetaald, maar dat het risico dat dit niet gebeurt volledig wordt gedragen door de geldverstrekker, zoals verweerder beweert, is een gegeven dat voor alle leningen heeft te gelden. Lenen betekent terugbetalen en het risico van niet-terugbetaling ligt altijd aan de zijde van de geldgever. Daaruit volgt echter nog geen schenking onder opschortende voorwaarde. Nu verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een impliciete opschortende voorwaarde zoals hij die voor ogen heeft kan de kwijtschelding van de lening hier ook niet op teruggevoerd worden.

(Volgt gegronde verklaring en vernietiging van de uitspraken op bezwaar.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



Hoewel tegen deze uitspraak hoger beroep is ingesteld, hebben wij deze, gelet op het belang voor de praktijk, alvast gepubliceerd en voorzien van een aantekening.

De uitspraak begint zuur voor beide partijen. Partijen hebben in de vaststellingsovereenkomst vastgelegd dat zowel een aanslag schenkingsrecht 2007 (voor het verstrekken van de lening) als een aanslag schenkbelasting 2014 (voor de kwijtschelding) zou worden opgelegd. De zoon dient het bezwaarschrift tegen de aanslag schenkingsrecht 2007 echter te laat in. De Belastingdienst wijst het bezwaar ambtshalve af. Het beroep tegen die afwijzing verklaart de rechtbank niet-ontvankelijk, omdat geen sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding. Daarom is alleen de aanslag

Onzakelijke rente versus onzakelijke lening

Van een lening met onzakelijke rente is sprake als de overeengekomen rente te laag is ten opzichte van het debiteurenrisico dat de geldverstrekker loopt. Het verschil tussen een zakelijke rente en de overeengekomen rente is een vermogensverschuiving. Als aan de afspraken vrijgevigheid van de geldverstrekker ten grondslag ligt, is sprake van een gift (art. 1 lid 7 SW 1956). De fiscale waarde van de schenking is afhankelijk van de overige voorwaarden van de lening. Is de lening direct opeisbaar, dan komt mogelijk art. 15 SW 1956 in beeld. Is sprake van een kortlopende lening (minder dan één jaar), dan bedraagt de schenking het verschil tussen de nominale en contante waarde van de hoofdsom. Is sprake van een langlopende lening (meer dan één jaar) of van een lening met een levensafhankelijke looptijd, dan wordt de waarde van de schenking berekend door het verschil tussen de normrente van 6% en de afgesproken rente, met behulp van de tabellen van art. 5 e.v. Uitv.besl. SW 1956, over de gehele looptijd te waarderen. De uitkomst wordt als één schenking in de heffing betrokken (zie HR 8 juli 1996, 31363, *BNB* 1996/290 en HR 11 februari 1987, 24162, *BNB* 1987/112).

Van een onzakelijke lening is sprake, wanneer een geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden en voorwaarden dat een onafhankelijke derde deze geldlening onder die condities niet of alleen tegen een winstdelende rente zou hebben verstrekt. Of bij het verstrekken van een onzakelijke lening sprake is van een gift, wordt verschillend gedacht. Zie onder meer R.P.C. Cornelisse, 'Verstreking van een onzakelijk geldlening door een natuurlijk persoon die geen aandeelhouder is in de schuldenaar', *WFR* 2015/535, W.R. Kooiman, 'Onzakelijke lening en schenkbelasting', *NTFR-B* 2015/09 en N.C.G. Gubbels, 'Lening aandeelhouder aan bv en de gevolgen voor de schenkbelasting', *FTV* 2016/51. Als sprake is van een schenking is de vervolg vraag of de schenking direct op het tijdstip van het verstrekken van de lening plaatsvindt dan wel of sprake is van een gift onder opschortende voorwaarde dat het onzakelijke debiteurenrisico zich voordoet. Deze uitspraak is, voor zover ons bekend, de eerste, waarin deze rechtsvraag is voorgelegd aan de rechter.

Analyse

De vennootschap van vader verstrekt op twee tijdstippen leningen aan de vennootschappen van zijn kinderen. De eerste leningen uit 2007 droegen een hoofdsom van € 166.670 en een looptijd van twee jaar en een rente van 6%. In 2008, in wezen enkele weken na de eerste verstrekking, werden de leningsovereenkomsten uitgebreid tot een maximaal te lenen bedrag van € 700.000. De looptijd en het rentepercentage zijn toen niet aangepast.

Uit de vaststellingsovereenkomst blijkt dat de aanslag schenkingsrecht 2007 is gebaseerd op de contante waarde van het verschil tussen een zakelijke rente (16%) en de daadwerkelijk afgesproken rente (6%) gedurende de looptijd van de lening (twee jaren). Bij deze afspraak vallen twee dingen op. Ten eerste lijkt toch een zakelijke rente te kunnen worden afgesproken. In dat geval zou de lening niet langer als een onzakelijke lening kwalificeren en is de jurisprudentie inzake de onzakelijke rente van belang (zie hiervóór). Dat brengt ons bij het tweede opmerkelijke punt. De waardering van de schenking in de onderhavige casus wijkt af van de jurisprudentie. Bij een langlopende lening is de fiscale waarde van de schenking het verschil tussen de normrente van 6% en de afgesproken rente (in casu eveneens 6%) op grond van art. 6 Uitv.reg. SW 1956, in casu dus € 0. Omdat de rechtbank het bezwaar ambtshalve niet-ontvankelijk verklaart, komt zij aan een inhoudelijke behandeling van dit standpunt niet toe. Op basis waarvan de Belastingdienst meent te kunnen afwijken van de heersende leer, wordt helaas dus niet duidelijk.

De aanvullende geldverstrekking in 2008 merkt de Belastingdienst aan als een schenking onder de opschortende voorwaarde dat het onzakelijke debiteurenrisico zich voordoet. Ten tijde van het verstrekken van de geldlening wordt reeds aan de schenkingscriteria voldaan, want een derde zou dit debiteurenrisico niet aanvaarden, waardoor de schuldvordering direct op een lager bedrag dan het nominale bedrag kan worden gewaardeerd en vader, via zijn houdster, verarmt en de kinderen, via hun houdster, verrijken. Vanwege het feit dat de opschortende voorwaarde zich pas in 2014 voordoet (de schulden worden kwijtgescholden), wordt in dat jaar een aanslag opgelegd. Het bedrag van de kwijtschelding is de waarde van de schenking.

Volgens de rechtbank volgt uit niets dat schuldeiser en schuldenaar (in feite) een dergelijke opschortende voorwaarde zijn overeengekomen. Dat impliciet zou zijn afgesproken dat de geldlening in principe wordt terugbetaald, maar dat het risico dat dit niet gebeurt volledig wordt gedragen door de geldverstrekker, is een gegeven dat voor alle leningen geldt. Lenen betekent terugbetalen en het risico van niet-terugbetaling ligt altijd bij de geldgever. Daaruit volgt echter nog geen schenking onder opschortende voorwaarde volgens de rechtbank. De aanslag schenkbelasting 2014 wordt daarom vernietigd.

Bodemlozeputlening

Onzes inziens had de Belastingdienst nog een andere route kunnen kiezen, namelijk dat sprake was van een bodemlozeputlening. Van een bodemlozeputlening is sprake als aanstonds – dus bij de verstrekking – duidelijk is dat het

geld niet (ten volle) zal worden terugontvangen. In dat geval is in zoverre civielrechtelijk wel, maar fiscaalrechtelijk geen sprake van een geldlening. Vader verarmt en de kinderen verrijken met het bedrag dat niet zal worden terugbetaald. Indien vader deze vermogensverschuiving uit vrijgevigheid beoogt, is (dus) sprake van een schenking. De verstrekking van de bodemlozeputlening in onderhavige casus zou fiscaal leiden tot een uitdeling aan vader, gevolgd door een schenking aan de kinderen, gevolgd door een informele kapitaalstorting door de kinderen in hun eigen vennootschap. De schenking volgt dan automatisch uit de vaststelling dat een bodemlozeputlening is verstrekt. Daarover hoeft niet apart te worden geprocedeerd. Sinds de (her)ontdekking van de onzakelijke geldleningenjurisprudentie wordt nog zelden over bodemlozeputleningen geprocedeerd. De reden daarvoor is dat de onzakelijke geldlening voor de Belastingdienst in de praktijk vaak al effectief genoeg is, namelijk het voorkomen dat de geldverstrekker het verlies op de vordering ten laste van zijn (fiscale) winst kan afwaarderen. Voor een bodemlozeputlening is de bewijslast voor een inspecteur zwaarder. De moeilijkheid betreffende de bewijslast was hier naar onze mening niet doorslaggevend, gegeven de stelling dat de lening in feite een schenking onder opschortende voorwaarde is. Ook in die situatie moet de inspecteur meer uit de kast halen. Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze rechtbankuitspraak.

Hypotheekrente na echtscheiding nog gedeeltelijk aftrekbaar als kosten behoud aanmerkelijk belang

Hof Arnhem-Leeuwarden 25-02-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1519, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

25 februari 2020

Magistraten

Van Huijgevoort, Van Dongen, Monsma

Zaaknummer

19/00331

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS201060:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2020:1519, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 25-02-2020

Wetgeving

art. 4.15 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat de hypothecaire schulden van oorsprong verband houden met de aankoop van de echtelijke woning, maar dat bij de verdeling in het kader van de echtscheiding een herbeoordelingsmoment is ontstaan. De vraag is of op dát moment sprake is van kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang.

Samenvatting

X en zijn echtgenote A gaan in 2011 uit elkaar. In het echtscheidingsconvenant leggen ze vast dat X gedurende 12 jaar € 60.000 per jaar alimentatie aan A is verschuldigd. A krijgt de echtelijke woning toebedeeld met een deel van de hypotheekschuld aan de bank en X de aandelen in bv's, waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Verder neemt X het overgrote deel van de schulden voor zijn rekening, waaronder de rest van de hypotheekschuld bij de bank en een hypotheekschuld aan een bv, in totaal € 895.000. Door de wijze van verdeling is A overbedeeld voor € 400.000. Als X in zijn aangifte IB 2013 aftrek van de hypotheekrente van € 34.127 claimt als kosten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang, weigert de inspecteur die aftrek. X gaat in beroep en daarna in hoger beroep.

Rechtbank Gelderland oordeelt dat de hypothecaire schulden van oorsprong verband houden met de aankoop van de echtelijke woning, maar bij de verdeling een herbeoordelingsmoment is ontstaan. De vraag is of op dat moment sprake is van kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang. De keuze van X om extra schulden op zich te nemen, houdt geen verband met de wens tot behoud van het aanmerkelijk belang maar met de wens van A om in de voormalige echtelijke woning te kunnen blijven wonen, aldus de rechtbank. Bij een verdeling bij helfte zou X € 400.000 minder aan schulden op zich hebben hoeven nemen. De rechtbank rekent dit verschil evenredig toe aan de wel en niet verhypothekerde leningen. De rekensom die daarop volgt, leidt ertoe dat van de totale rente € 14.575 aftrekbaar is als kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang. Voorts is er geen reden een hogere aftrek aan jaarlijkse alimentatie toe te staan dan het in het convenant vermelde bedrag. De vermeerdering met een bedrag van € 16.000 aan fictieve rente wordt niet in aftrek toegelaten. Het hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart het hoger beroep van X ongegrond.

Uitspraak

Het geschil betreft de aanslag IB/PVV over het jaar 2013.

De uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld, is van Rechtbank Gelderland, MK, 6 juli 2018, AWB 17/3635, V-N 2018/53.7.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

Belanghebbende is in gemeenschap van goederen gehuwd geweest met [A] (hierna: [A]). Belanghebbende heeft op 7 juli 2010 de echtelijke woning verlaten.

2.2.

Belanghebbende en [A] hebben op 10 mei 2011 een echtscheidingsconvenant ondertekend. Hierin is onder meer vastgelegd dat belanghebbende gedurende een periode van 12 jaar jaarlijks een bedrag van € 60.000 aan alimentatie aan [A] is verschuldigd, te voldoen in maandelijkse termijnen van € 5.000. Verder is in het convenant de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap opgenomen. Aan [A] zijn activa toegedeeld met een totale waarde van € 1.827.150. Hiertoe behoort onder meer de voormalige echtelijke woning, die is gewaardeerd op € 1.700.000. Daartegenover heeft [A] van de hypotheekschuld bij de Rabobank € 500.000 voor haar rekening genomen. Aan belanghebbende zijn activa toegedeeld met een totale waarde van € 2.039.342. Hiertoe behoren onder meer aandelen in [B] BV en [C] BV met een waarde van respectievelijk € 1.153.043 en € 19.589. Daartegenover heeft belanghebbende schulden tot een totaalbedrag van € 1.554.731 voor zijn rekening genomen. Hiervan maken drie schulden aan de Rabobank deel uit van in totaal € 845.000 en een schuld aan [B] BV van € 50.000. Tot zekerheid van de voldoening van die schulden is eveneens sprake van een recht van hypotheek op de voormalige echtelijke woning.

2.3.

Door de wijze van verdeling is [A] overbedeeld. Het bedrag dat zij aan belanghebbende verschuldigd was wegens overbedeling is door partijen vastgesteld op € 400.000. In het echtscheidingsconvenant is bepaald dat [A] dit bedrag schuldig blijft aan belanghebbende tot het moment dat zij de woning verkoopt, tenzij [A] het bedrag herinvesteert in een nieuw aan te kopen woning. [A] dient er in elk geval voor te zorgen dat het bedrag van € 400.000 aan belanghebbende wordt terugbetaald zodra belanghebbende de 65-jarige leeftijd bereikt. [A] is op grond van het convenant ter zake van deze overbedelingsschuld geen rente verschuldigd aan belanghebbende.

2.4.

Belanghebbende heeft in [B] BV en [C] BV een aanmerkelijk belang.

2.5.

Belanghebbende heeft in zijn aangifte IB/PVV 2013 een bedrag van € 76.000 als onderhoudsverplichting opgenomen. Hij heeft bovenop een bedrag van € 60.000 ook € 16.000 in aanmerking genomen, bestaande uit een rente van 4% over de overbedelingsvordering van € 400.000. Verder heeft hij de rente over de hypothecaire schulden van in totaal € 895.000, zijnde een bedrag van € 34.127, als kosten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang in aftrek gebracht. De Inspecteur heeft bij het vaststellen van de aanslag beide aftrekposten gecorrigeerd.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

3.1.

In geschil is of de aanslag en de beschikking belastingrente tot de juiste bedragen zijn opgelegd. Het geschil spitst zich toe op de vragen:

3.1.1.

in hoeverre de betaalde rente op de aan belanghebbende in het kader van echtscheiding toebedeelde hypothecaire schuld (hierna: de hypothecaire schuld) kan worden aangemerkt als aftrekbare kosten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.15, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001, en

3.1.2.

of een fictieve rente over de overbedelingsvordering kan worden aangemerkt als een uitgave voor een

Overwegingen van de rechtbank (ontleend aan de hofuitspraak)

4.1.

De Rechtbank heeft als volgt geoordeeld:

"(...)

Kosten van reguliere voordelen uit aanmerkelijk belang

2.

Eiser heeft bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap die tussen hem en zijn ex-partner, [A] (hierna: [A]), heeft bestaan aandelen in [B] BV en [C] BV toegedeeld gekregen. Hij heeft ook hypothecaire geldleningen tot bedragen van € 845.000 bij de Rabobank en € 50.000 bij [B] BV overgenomen. Over deze leningen betaalt eiser rente. In geschil is of en zo ja tot welk bedrag sprake is van kosten van reguliere voordelen in de zin van artikel 4.15, eerste lid, onder a, van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001).

3.

De rechtbank heeft in de tussenuitspraak van 6 juli 2018 overwogen dat de hypothecaire schulden van oorsprong verband hielden met de aankoop van de echtelijke woning. Bij de verdeling ontstaat een herbeoordelingsmoment. Op dat moment moet beoordeeld worden of sprake is van kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang. Verweerder heeft zich in zijn nadere reactie op het standpunt gesteld dat dit slechts voor de helft van de aandelen geldt, omdat eiser al tot de helft van de aandelen gerechtigd was uit hoofde van zijn aandeel in de huwelijksgoederengemeenschap. Hij heeft daarbij ook gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:BH7197.

4.

De rechtbank volgt verweerder niet in die stelling. Het arrest van de Hoge Raad betreft een situatie waarin het huwelijk van een man en een vrouw eindigde door het overlijden van de vrouw. De man was uit hoofde van het huwelijksvermogensrecht gerechtigd tot de helft van het totale vermogen. De vrouw had daarnaast bij testament over haar nalatenschap beschikt en had een ouderlijke boedelverdeling tot stand gebracht, waarbij de man haar vermogen verkreeg en de kinderen een niet-opeisbare vordering. Verdeling had niet plaatsgevonden. De man verhuisde naar het Verenigd Koninkrijk en hertrouwde. Door het hertrouwen werd de vordering van de kinderen opeisbaar. De man ging hiervoor een lening aan, deels versterkt met hypotheek op een in Nederland gelegen onroerende zaak. Voor het overige waren er geen vermogensbestanddelen van de man in de Nederlandse inkomstenbelasting betrokken. De Hoge Raad oordeelde dat de hypotheekrente aftrekbaar was in de verhouding tussen de waarde van de onroerende zaak en de totale waarde van de nalatenschap. Die verhouding wordt niet anders afhankelijk van de vraag of alleen de (50%) erfrechtelijke verkrijging hierin betrokken wordt of ook de verkrijging op grond van het huwelijksvermogensrecht. Hieruit is dus geen aanwijzing af te leiden dat alleen voor de aanwas een herbeoordeling plaatsvindt.

5.

Ook voor het overige heeft verweerder ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar erfrechtelijke verkrijgingen. Op grond van artikel 3:80, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek is bij een verkrijging op grond van erfrecht sprake van een verkrijging onder algemene titel. Dan ligt het voor de hand dat het historische verband tussen een schuld en een zaak gehandhaafd blijft. Een verkrijging op grond van een verdeling is een verkrijging onder bijzondere titel. Alle aandelen, en niet de helft van de aandelen, zijn in het kader van die verdeling aan eiser geleverd. Hierin ziet de rechtbank aanleiding te oordelen dat voor het geheel, en niet slechts voor de helft, een herbeoordelingsmoment plaatsvindt.

6.

De rechtbank is van oordeel dat niet zonder meer het volledige bedrag aan schulden in aanmerking kan worden genomen bij de bepaling of sprake is van kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang. Daarbij is van belang dat eiser is onderbedeeld. Ook is van belang dat eiser naast de aandelen andere activa toegedeeld heeft gekregen. Daar staat tegenover dat eiser zou zijn overbedeeld als aan hem alleen de aandelen waren toegedeeld zonder enige schuld, zoals is overwogen in de tussenuitspraak.

7.

Aan eiser zijn activa toegedeeld met een totale waarde van € 2.039.342. Naast de aandelen in [B] BV en [C] BV zijn aan hem activa toegedeeld met een waarde van € 66.710. Naast de hypothecaire schulden heeft eiser nog voor een bedrag van

€ 659.731 aan schulden overgenomen. De aandelen hebben een waarde van € 1.172.632. Afgezet tegen de totale activa van € 2.039.342 maakt de waarde van de aandelen 57,5% van de totale verkrijging uit. Gelet op de uitgangspunten van het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1988 kunnen de schulden dan ook voor 57,5% aan de aandelen worden toegerekend.

8.

Eiser is bij de verdeling echter onderbedeeld. De keuze om extra schulden op zich te nemen houdt geen verband met de wens tot behoud van het aanmerkelijk belang. Aannemelijk is dat deze keuze heeft te maken met de wens van [A] in de voormalige echtelijke woning te blijven en de onmogelijkheid voor haar de rentelast daarvan volledig te financieren. Eiser heeft meer schulden op zich genomen dan voor de verdeling en het behoud van het aanmerkelijk belang nodig was. Voorkomen moet worden dat de onderbedeling van invloed is op de hoogte van de aftrekbare kosten ter zake van het aanmerkelijk belang. Bij een verdeling bij helfte zou eiser € 400.000 minder aan schulden op zich hebben hoeven nemen, oftewel € 1.154.731 in plaats van € 1.554.731. De rechtbank rekent dit verschil evenredig toe aan de wel en niet verhypotheceerde leningen. Van het bedrag van € 95.000 mag het 1.154.731/1.554.731 gedeelte (oftewel 74,27%) in aanmerking worden genomen. Dit komt neer op € 664.735.

9.

Omdat de rechtbank het bedrag van € 400.000 buiten beschouwing laat, ziet zij geen aanleiding afzonderlijk de lening van € 50.000 van [B] BV buiten beschouwing te laten, zoals verweerder heeft gedaan in zijn berekeningen. Ook is zij van oordeel dat het feit dat het vermogen van de bv's mede bestaat uit deze lening en een rekening-courantverhouding met eiser niet van invloed is. Het vermogen van de bv's wijzigt immers niet als een bedrag wordt uitgeleend of in rekening-courant wordt geboekt. In plaats van een bedrag in contanten is sprake van een vordering voor hetzelfde bedrag.

10.

Van het bedrag van € 664.735 kan 57,5% aan de aandelen worden toegerekend, oftewel € 382.223. De rente over dat deel van de schuld is aftrekbaar als kosten ter behoud van het aanmerkelijk belang. De totale rente bedroeg € 34.127. Daarvan is 382.223/895.000 deel, oftewel € 14.575 aftrekbaar.

Onderhoudsverplichting

11.

Op grond van artikel 3.1, tweede lid, onder j, en artikel 6.1. van de Wet IB 2001 komen als persoonsgebonden aftrek in aanmerking de in het kalenderjaar op de belastingplichtige drukkende persoonsgebonden aftrekposten. Uitgaven voor onderhoudsverplichtingen worden als persoonsgebonden aftrek aangemerkt.

12.

Gelet op artikel 6.3, eerste lid, van de Wet IB 2001 zijn onderhoudsverplichtingen, voor zover hier van belang, onder meer periodieke uitkeringen en verstrekkingen op grond van een rechtstreeks uit het familierecht voortvloeiende verplichting en in rechte vorderbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen die berusten op een dringende morele verplichting tot voorziening in het levensonderhoud.

13.

Eiser stelt zich op het standpunt dat rekening dient te worden gehouden met 4% rente op de onderbedelingsvordering van € 400.000. Volgens eiser is het niet bedingen van rente overeengekomen om te bewerkstelligen dat [A] zonder financiële problemen in de woning kon blijven wonen. Deze afspraak vloeit voort uit de wederzijdse zorgplicht dan wel een dringende morele verplichting tot voorziening in het levensonderhoud van [A]. Het moet niet uitmaken of [A] eerst € 16.000 aan eiser betaalt en hij dit vervolgens weer aan haar terugbetaalt of dat eiser afziet van rente.

14.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat voor het bedrag van € 16.000 geen aftrek mogelijk is, omdat sprake is van een fictieve rente en de kosten niet op eiser drukken omdat er geen betalingen zijn gedaan.

15.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder de aftrek terecht heeft gecorrigeerd. Om voor aftrek in aanmerking te komen moet er sprake zijn van op eiser drukkende kosten. Daarvan is sprake als de lasten in financiële zin ten laste van eiser komen: de uitgaven moeten werkelijk door hem zijn gedaan en ook door hem worden gedragen. Eiser heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van kosten die op hem drukken. Voor zover eiser stelt dat het geen verschil moet maken of [A] € 16.000 aan rente betaalt die hij meteen weer terugbetaalt of dat het tegen elkaar wordt weggestreept, overweegt de

rechtbank dat uit niets volgt dat een afspraak is gemaakt om bedragen tegen elkaar weg te strepen. Er is niet afgesproken dat eiser € 76.000 partneralimentatie betaalt en dat [A] rente verschuldigd is en dat dit verrekend wordt. Of in dat geval € 76.000 voor aftrek in aanmerking was gekomen doet dus niet ter zake. In het echtscheidingsconvenant is overeengekomen dat [A] geen rente verschuldigd is. Dat hieraan een gedachte ten grondslag ligt die samenhangt met de onderhoudsverplichting die eiser jegens [A] heeft, is niet aannemelijk geworden. Voor zover ter zitting is gesteld dat hierover mondelinge afspraken zijn gemaakt, is niet aannemelijk geworden dat die afwijken van hetgeen op papier staat. Het enkele feit dat [A] in haar belastingaangifte ook het bedrag van € 16.000 als inkomen heeft opgenomen acht de rechtbank daarvoor onvoldoende. Uit niets volgt immers dat [A] de mogelijkheid had te vorderen dat eiser meer dan € 60.000 aan haar zou betalen.

16.

Gelet op het voorgaande heeft verweerder deze aftrekpost terecht gecorrigeerd. ”

Overwegingen van het hof

4.2.

Naar het oordeel van het Hof heeft de Rechtbank op goede gronden juiste beslissingen genomen. Het Hof maakt deze beslissingen en de daartoe door de Rechtbank gebezigde overwegingen tot de zijne. Het tegen deze oordelen gerichte hoger beroep is ongegrond.

4.3.

Het hoger beroep wordt geacht mede betrekking te hebben op het verzamelinkomen en de belastingrente. Belanghebbende heeft hiertegen geen zelfstandige grieven aangevoerd. Het hoger beroep is ook in zoverre ongegrond. (Volgt bevestiging van de rechtbankuitspraak.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



Renteaftrek in box 2

Aan de verdeling respectievelijk toerekening van het rentebedrag van € 34.127 heeft de rechtbank een uitvoerige uiteenzetting gewijd. Partijen zijn eensluidend van mening dat slechts de rente over de schuld die aan het aanmerkelijk belang kan worden gealloceerd, voor aftrek in box 2 in aanmerking komt. Over de berekeningswijze verschillen zij echter fundamenteel van mening. De rechtbank heeft in haar uitspraak in onderdelen 3 tot en met 6 daarover een oordeel gegeven. Met de rechtbank zijn wij van mening dat sprake is van een moment om opnieuw te beoordelen of het oorspronkelijke historisch causaal verband tussen de lening en de eigen woning na de verdeling van de activa en passiva welke onderdeel vormen van de huwelijksgoederengemeenschap, ongewijzigd in stand is gebleven. Daarbij kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de belanghebbende fors is onderbedeeld. Op die grond moet een herbeoordeling plaatsvinden, nu sprake is van een opvolging onder bijzondere titel. De belanghebbende krijgt het volledige aanmerkelijk belang. Daarmee is nog niet gegeven dat het volledige bedrag aan overgenomen schulden de corresponderende rentelast aan (de reguliere voordelen uit) het aanmerkelijk belang kan worden gealloceerd. Slechts een breukdeel kan aan het aanmerkelijk belang worden toegerekend. In hoger beroep heeft de inspecteur zich geconformeerd aan het oordeel van de rechtbank. Het hof sluit zich daarbij aan. Bij (her)lezing menen wij dat de rechtbank een inzichtelijke en juiste juridische analyse en dito cijfermatige uitwerking van de toerekening van de schulden aan de diverse activa heeft gemaakt. Daaraan hebben wij niets toe te voegen. Wij herhalen ons eerder uitgedragen standpunt dat een goede fiscale begeleiding in het kader van de echtscheiding respectievelijk de verdeling van het gemeenschappelijke vermogen een fiscaal nadeel kan voorkomen.

Alimentatieaftrek

De belanghebbende heeft een jaarlijks te betalen bedrag aan alimentatie in het convenant laten vastleggen. Van een additioneel bedrag aan jaarlijks te betalen rente boven het nominaal bedrag van de alimentatie is geen melding gemaakt. In afwijking van de tekst van het convenant vermeerdert de belanghebbende zijn jaarlijks te betalen alimentatie met een bedrag van € 16.000. Wij beschikken niet over de integrale tekst van het convenant, zodat wij moeten afgaan op hetgeen de rechtbank aan het convenant heeft ontleend. Bij het onderdeel alimentatie noch bij de overbedeling is, zo heeft de rechtbank vastgesteld, melding gemaakt van een in aanmerking te nemen rentebedrag. De relatie die de belanghebbende heeft gelegd met de overbedeling, kan onzes inziens niet als een dragende motivering worden gezien. Daar ligt principieel een relatie met de verdeling van de activa en de schulden en staat los van een onderhoudsverplichting als zodanig. De duidelijke tekst dient te prevaleren. Dat scherpt in, ook in dit geval, dat de belanghebbende bij het opstellen van het convenant zijn thans in rechte ingenomen standpunt beter had moeten doordenken en verwoorden. Het feit dat de echtgenote ditzelfde bedrag wel fiscaal als inkomen – box 1 of box 3, de uitspraak is daarover niet duidelijk, het zou box 1 moeten zijn – heeft verantwoord, is opmerkelijk maar kan het oordeel van de rechtbank terecht niet anders maken. Wellicht is dit voor de echtgenote nog reden om een ambtshalve vermindering van haar inkomen te vragen. Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Doorcertificering; Economische eigendom onderliggende aandelen

HR 29-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:972, m.nt. J.P. Boer

Instantie

Hoge Raad

Datum

29 mei 2020

Magistraten

Mrs. Koopman, Punt, Van Loon, Van Kalmthout, Faase

Zaaknummer

18/02268

Conclusie

A-G Niessen

Noot

J.P. Boer

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS234514:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2020:972, Uitspraak, Hoge Raad, 29-05-2020

ECLI:NL:PHR:2019:860, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 02-09-2019

Beroepsschrift, Hoge Raad, 02-09-2019

Wetgeving

Art. 4.6 en 2.14a Wet IB 2001

Essentie

Doorcertificering; Economische eigendom onderliggende aandelen

Samenvatting

Belanghebbende was tot 1 december 2006 werkzaam bij een private-equityfonds. Een 100% dochtervennootschap van dat fonds heeft op 21 augustus 2006 voor € 24,5 miljoen alle aandelen verworven in D NV. De aandelen in de dochtervennootschap waren voor een deel gecertificeerd door tussenkomst van een stichting administratiekantoor. Belanghebbende heeft op 14 november 2006 zijn arbeidsovereenkomst met het fonds beëindigd en is in dienst getreden van D NV. Hij is gaan deelnemen in zowel het gewone als het cumulatief preferente aandelenkapitaal van de dochtervennootschap. Belanghebbende heeft op 28 december 2006 Stichting Administratiekantoor II (StAK II) opgericht. Hij is de enige bestuurder van die stichting. Belanghebbende heeft drie kinderen die in de onderhavige periode minderjarig waren. Aan StAK II zijn initieel 450 certificaten van gewone aandelen in de dochtervennootschap geleverd, dat is een belang van 4,5%. StAK II heeft certificaten van aandelen in de dochtervennootschap doorgecertificeerd aan belanghebbende en elk van de kinderen. In 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden als gevolg waarvan de houders van aandelen in de dochtervennootschap daarvoor in de plaats certificaten van aandelen in H BV kregen. Bij het ontslag van belanghebbende bij D NV, in 2009, is overeengekomen dat StAK II de certificaten van aandelen mag houden. De aandelen in D NV zijn in 2010 voor € 520 miljoen verkocht. Op 18 augustus 2010 en op 1 september 2010 is dividend uitgekeerd. Belanghebbende heeft in zijn aangifte IB/PVV voor 2010 geen belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang vermeld. Hij heeft aangevoerd dat het economische belang bij de certificaten van aandelen in de dochtervennootschap en nadien in de BV volledig berust(te) bij hem en de kinderen, waarbij het belang zodanig is verdeeld dat belanghebbende nimmer een economisch belang heeft gehad bij vijf procent of meer in de dochtervennootschap of nadien de BV. HR: Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat een certificaat van een aandeel op zijn beurt voorwerp van certificering is.

Partijen in het rechtsverkeer zijn vrij om hun belangen bij een goed bij overeenkomst in te richten op de wijze die zij wensen. Ten aanzien van certificering van aandelen geldt niet een uitzondering op dit uitgangspunt. Het oordeel van het Hof dat bij certificering en doorcertificering slechts van belang is of het volledige economische belang bij de onderliggende aandelen in dezelfde verhouding als voorheen bij de aandelen, de houders van de certificaten of certificaten van certificaten aangaat, berust op een juiste rechtsopvatting.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van
de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN
tegen

[X] te [Z] (hierna: belanghebbende)

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 april 2018, nr. 17/00398, op het hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Gelderland (nr. AWB 15/6854) betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2010 opgelegde aanslag in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en de daarbij gegeven beschikking inzake heffingsrente. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld.

Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.

De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend.

De Advocaat-Generaal R.E.C.M. Niessen heeft op 2 september 2019 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie.^[1]

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten in cassatie

2.1.1

Belanghebbende was tot 1 december 2006 werkzaam bij een private equity fonds (hierna: het fonds). Hij maakte deel uit van een team dat onderzoek deed naar de wenselijkheid van de verwerving van een groep vennootschappen waarvan [D] N.V. (hierna: de NV) de houdstervenootschap is.

2.1.2

Een dochtervennootschap, waarvan het fonds alle aandelen houdt (hierna: de dochtervennootschap), heeft op 21 augustus 2006 alle aandelen in de NV verworven voor een bedrag van, afgerond, € 24,5 miljoen. De aandelen in de dochtervennootschap waren voor een deel gecertificeerd door tussenkomst van een administratiekantoor (hierna: StAK I). Het eigen vermogen van de dochtervennootschap was destijds verdeeld in 10.000 gewone aandelen en 112.210 cumulatief preferente aandelen.

2.1.3

Belanghebbende heeft op 14 november 2006 zijn arbeidsovereenkomst met het fonds beëindigd en een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten met de NV, op grond waarvan hij met ingang van 1 januari 2007 bij de NV in dienst is getreden binnen het managementteam van de NV. Het sluiten van de arbeidsovereenkomst bracht mee dat belanghebbende net als andere leden van het managementteam zou gaan deelnemen in zowel het gewone als het cumulatief preferente aandelenkapitaal van de dochtervennootschap.

2.1.4

Belanghebbende heeft op 28 december 2006 Stichting Administratiekantoor [F] (hierna: StAK II) opgericht, welke stichting – onder meer – tot doel heeft het ten titel van certificering verkrijgen en administreren van aandelen of certificaten van aandelen in het kapitaal van de dochtervennootschap. Belanghebbende is de enige bestuurder van StAK II. Hij is bij de oprichting benoemd als bestuurder en nadien bestuurder gebleven. De verlenging van het bestuurslidmaatschap heeft niet op de statutair voorgeschreven wijze plaatsgevonden.

2.1.5

Belanghebbende heeft drie kinderen die in de voor deze procedure van belang zijnde periode minderjarig waren (hierna: de

kinderen).

2.1.6

Aan StAK II zijn initieel 450 certificaten van gewone aandelen in de dochtervennootschap (hierna: cva D) geleverd, dus een belang van 4,5 procent. Bij niet nader gedagtekende overeenkomst van december 2006 heeft StAK II certificaten van cva D (hierna: cv cva D) uitgegeven (welk handelen hierna ook wel wordt genoemd: doorcertificeren) aan belanghebbende en zijn drie kinderen in de verhouding 405 : 15 : 15 : 15. De verkrijging van de cva D door middel van het tussenplaatsen van StAK II is bedoeld om te voorkomen dat bekend werd dat ook de kinderen een belang bij de aandelen in de dochtervennootschap zouden verkrijgen.

2.1.7

Het gewone aandelenkapitaal van de dochtervennootschap is in maart 2007 uitgebreid tot 10.178 aandelen. StAK II heeft na de uitdiensttreding van een werknemer van de NV van deze persoon 31 cva D overgenomen, en deze doorgecertificeerd naar belanghebbende. Belanghebbende was daardoor per 6 juli 2007 gerechtigd tot 436 cv cva D, ofwel 436/10.178 (afgerond 4,3 procent).

2.1.8

Op 6 december 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden. Als gevolg van die herstructurering kregen de houders van certificaten van aandelen in de dochtervennootschap daarvoor in de plaats certificaten van aandelen in [H] B.V. (hierna: de BV respectievelijk cva BV). Bij die gelegenheid kwam geen wijziging in het achterliggende vermogen. De statuten en de administratievoorwaarden van StAK I werden op dezelfde datum daarop aangepast. StAK II verkreeg op die wijze (afgerond) 851 cva BV van de in totaal 18.001 aandelen in de BV.

2.1.9

De statuten noch de administratievoorwaarden van StAK II zijn ter gelegenheid van de hiervoor omschreven herstructurering gewijzigd.

2.1.10

In februari 2008 heeft StAK II van een uit dienst tredende werknemer van de NV 121 cva BV overgenomen. StAK II heeft bij die gelegenheid geen (certificaten van) certificaten van aandelen uitgegeven. StAK II was vanaf dat moment houder van $(851 + 121 =) 972$ cva BV.

2.1.11

Op 26 juni 2008 zijn 1.033 (certificaten van) aandelen in de BV ingekocht. De ingekochte aandelen zijn geamortiseerd zodat het aandelenkapitaal van de BV daarna 16.968 aandelen van nominaal € 10 bedroeg.

2.1.12

Vooruitlopend op de hiervoor in 2.1.11 genoemde handelingen heeft belanghebbende op 24 juni 2008 met de kinderen een "OVEREENKOMST VASTSTELLING VERDELING CERTIFICATEN EN OVERDRACHT CERTIFICATEN" gesloten. Deze overeenkomst voorziet in een overdracht van, in totaal, 45 certificaten van cva BV (hierna: cv cva BV) van belanghebbende aan de kinderen.

2.1.13

Op 13 februari 2009 zijn notariële akten gepasseerd waarbij StAK II, belanghebbende en de kinderen betrokken zijn. In de akten is onder meer vastgelegd dat StAK II cv cva BV uitgeeft aan belanghebbende en ieder van de kinderen met een eindresultaat overeenkomstig de hiervoor in 2.1.12 bedoelde overeenkomst.

2.1.14

Belanghebbende is op 3 juli 2009 ontslagen bij de NV. Bij zijn ontslag is overeengekomen dat StAK II de cva BV mag houden.

2.1.15

De aandelen in de NV zijn in augustus 2010 voor € 520.000.000 verkocht aan een Amerikaans private equity fonds. Op 18 augustus 2010 is per (certificaat van een) aandeel in de BV € 11.940,62 dividend uitgekeerd. StAK II heeft – na inhouding van dividendbelasting door StAK I – € 19.730.680 ontvangen. Op 1 september 2010 is per (certificaat van een) aandeel in de BV € 1.119,75 dividend uitgekeerd. StAK II heeft – na inhouding van dividendbelasting door StAK I – € 1850.274 ontvangen.

2.1.16

Belanghebbende heeft in zijn aangifte voor het onderhavige jaar (2010) geen belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2) vermeld. De Inspecteur heeft zich op het standpunt gesteld dat belanghebbende in het onderhavige jaar een aanmerkelijk belang had in de BV. Hij heeft bij het vaststellen van de aanslag de aangifte gecorrigeerd en een belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen van € 24.399.774.

2.2.1

Belanghebbende heeft voor het Hof – onder meer – aangevoerd dat het economische belang bij de cva D en nadien de cva BV volledig berust(te) bij hem en de kinderen, waarbij het belang zodanig is verdeeld dat belanghebbende nimmer een economisch belang heeft gehad bij vijf procent of meer in de dochtervennootschap of nadien de BV.

2.2.2

Het Hof heeft belanghebbende in zijn standpunt gevolgd. Als uitgangspunt heeft volgens het Hof te gelden dat StAK II gerechtigd is tot cva D en dat StAK II die cva D rechtsgeldig heeft doorgecertificeerd aan belanghebbende en zijn kinderen. Bij certificering of doorcertificering is slechts van belang dat het volledige economische belang bij de onderliggende aandelen, in dezelfde verhouding als voorheen bij de aandelen, de houders van certificaten of de houders van certificaten van certificaten aangaat. Dat, zoals de Inspecteur heeft aangevoerd, in StAK II geen stemrecht kan achterblijven, doet daaraan niet af, aldus het Hof. Het Hof heeft in dit verband voorts overwogen dat een eventuele verwatering van het aanmerkelijk belang niet haar oorzaak vindt in het doorcertificeren van certificaten van aandelen, maar in de bewuste keuze van de wetgever voor een formeel criterium dat het mogelijk maakt het ontstaan van een aanmerkelijk belang te voorkomen door (certificaten van) aandelen over te dragen aan een ander dan de fiscale partner, bijvoorbeeld aan een kind, van de belastingplichtige.

2.2.3

Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat na de ruil van aandelen in de dochtervennootschap tegen aandelen in de BV, de statuten en de administratievoorwaarden van StAK II niet aan de nieuw ontstane situatie zijn aangepast. Daaraan kan volgens het Hof echter niet het zeer verstrekkende gevolg worden verbonden dat belanghebbende en de kinderen het economische belang bij de cva BV hebben verloren. Het was namelijk volstrekt duidelijk dat het economische belang van de door hen gehouden cva BV was gelegen in de waarde van de onderliggende aandelen, en dat daarom het economische belang bij de cva D moet worden geacht te zijn vervangen door het economische belang bij de cva BV, temeer ook nu de daarbij betrokken partijen zich daarnaar hebben gedragen. Uit dit alles heeft het Hof geconcludeerd dat de hiervoor in 2.1.8 bedoelde herstructurering niet heeft geleid tot een fiscaal relevante verschuiving van de economische belangen. De door StAK II uitgegeven cv cva D moeten daarom worden vereenzelvigd met het economische belang bij de cva BV, aldus het Hof. Hetzelfde geldt volgens het Hof met betrekking tot de hiervoor in 2.1.10 vermelde 121 cva BV.

2.2.4

Hierop volgend heeft het Hof geoordeeld dat, wat er verder zij van de doorcertificering en de gebreken daarin, met de hiervoor in 2.1.12 bedoelde overeenkomst is beoogd dat belanghebbende civielrechtelijk het economische belang bij 45 cva BV overdraagt aan de kinderen en dat de Inspecteur geen feiten of omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt die ertoe nopen dat in fiscale zin hiervan moet worden afgeweken. Dat belanghebbende op deze wijze kon voorkomen dat bij hem, na de op handen zijnde amortisatie van een gedeelte van de aandelen in de BV, een aanmerkelijk belang ontstond, kan niet als een dergelijke omstandigheid gelden, aldus het Hof. Ook het verlijden van de notariële akten van 13 februari 2009 brengt volgens het Hof niet mee dat bij belanghebbende een aanmerkelijk belang is ontstaan.

2.2.5

De Inspecteur had voor het Hof nog aangevoerd dat StAK II niet een zelfstandige betekenis had voor de relatie tussen belanghebbende en de overige certificaathouders van de dochtervennootschap en later de BV, en voor de relatie tussen belanghebbende en de kinderen zodat het vermogen van StAK II in volle omvang, dus ook de delen die de kinderen aangaan, aan belanghebbende moet worden toegerekend. Het Hof heeft deze stelling verworpen. Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur geen feiten of omstandigheden aannemelijk gemaakt op grond waarvan aan de zelfstandige betekenis van StAK II moet worden voorbijgegaan.

2.2.6

Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat, gezien de zelfstandigheid van StAK II en het bij belanghebbende en zijn kinderen behorende economische belang bij het vermogen van StAK II, zijnde de cva BV, dat vermogen niet kan worden aangemerkt als een afgezonderd particulier vermogen, zulks op grond van de uitzonderingen in letter a en letter b van artikel 2.14a, lid 2, Wet IB 2001.

3. Beoordeling van het middel

3.1

Het middel richt zich met verschillende klachten tegen de hiervoor in 2.2.2 tot en met 2.2.6 weergegeven oordelen van het Hof.

3.2

Bij de beoordeling van het middel stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Op grond van artikel 4.6 Wet IB 2001 heeft een belastingplichtige een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste vijf procent van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling blijkt dat de wetgever het regime dat gold onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 heeft willen voortzetten. Daarin is uitdrukkelijk gekozen voor een formeel criterium voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang.

Als onmiddellijk (in de terminologie van de Wet IB 2001 waarmee geen inhoudelijke wijziging is beoogd: direct) aandeelhouder wordt aangemerkt degene die het economische belang houdt bij de aandelen in een vennootschap. De houder van certificaten van aandelen die het volledige economische belang bij de achterliggende aandelen vertegenwoordigen, wordt aangemerkt als (direct) aandeelhouder.^[2]

3.3

Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat een certificaat van een aandeel op zijn beurt voorwerp van certificering is. Partijen in het rechtsverkeer zijn vrij om hun belangen bij een goed bij overeenkomst in te richten op de wijze die zij wensen. Ten aanzien van certificering van aandelen geldt niet een uitzondering op dit uitgangspunt.

3.4

In het licht van het hetgeen hiervoor in 3.1.2 en 3.1.3 is overwogen, berust het hiervoor in 2.2.2 weergegeven oordeel van het Hof dat bij certificering en doorcertificering slechts van belang is of het volledige economische belang bij de onderliggende aandelen in dezelfde verhouding als voorheen bij de aandelen, de houders van de certificaten of certificaten van certificaten aangaat, op een juiste rechtsopvatting.

Het middel komt verder op tegen het hiervoor in 2.2.5 weergegeven oordeel van het Hof en doet daarbij een beroep op de zogenoemde verknochtheid van de cva D met de dienstbetrekking van belanghebbende. Het Hof heeft die verknochtheid aanwezig geacht, in de zin dat het recht van belanghebbende om aandelen in de dochtervennootschap en cva D te verwerven, voortvloeide uit zijn indiensttreding bij de NV. Kennelijk wil het middel betogen dat de kinderen door die verknochtheid geen houder van cva D konden worden en belanghebbende daarom voor de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake het aanmerkelijk belang houder was van de aandelen in de dochtervennootschap en in de BV. Dit betoog faalt. De hiervoor bedoelde verknochtheid neemt niet weg dat de kinderen als gevolg van de doorcertificering in het bezit zijn gekomen van cv cva D. Daarmee zijn zij houder geworden van die certificaten en dus van het economische belang bij de aandelen. De door het middel gestelde omstandigheid dat dit ertoe zou kunnen leiden dat het voor belanghebbende bezwaarlijk zou kunnen worden om te voldoen aan een aanbodplicht of inleverplicht in geval van ontslag en dit een wanprestatie van hem jegens de NV zou kunnen opleveren, maakt dat niet anders.

3.5

Ook de hiervoor in 2.2.3 en 2.2.4 weergegeven oordelen van het Hof geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Anders dan het tweede middelonderdeel en het derde middelonderdeel in het bijzonder betogen, heeft het Hof tot uitgangspunt kunnen nemen dat na de ruil van de aandelen in de dochtervennootschap tegen aandelen in de BV, bij het ontbreken van overeenkomsten en voorwaarden die waren aangepast aan de nieuw ontstane situatie, de gerechtigdheid van ieder van de betrokkenen tot hetgeen door StAK II voor hem of haar ten titel van beheer werd en wordt gehouden, moet worden beoordeeld met inachtneming van hetgeen door die betrokkenen wél was overeengekomen. Die oordelen kunnen, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige door de Hoge Raad in de cassatieprocedure niet op juistheid worden onderzocht. Zij zijn niet onbegrijpelijk en ook niet onvoldoende gemotiveerd. Zowel het tweede middelonderdeel als het derde middelonderdeel faalt in zoverre ook.

3.6

Het vijfde middelonderdeel richt zich tegen het hiervoor in 2.2.5 weergegeven oordeel van het Hof. Het oordeel van het Hof dat StAK II een zelfstandige betekenis heeft in de relatie tussen belanghebbende en de overige certificaathouders (de kinderen) geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk. Het middel faalt dus ook op dit punt.

3.7

Omdat het economische belang bij de onderliggende aandelen in de dochtervennootschap en nadien in de BV aan belanghebbende en zijn kinderen toebehoorde in de verhouding van de verdeling van de certificaten, kan, op grond van de

uitzondering die is opgenomen in artikel 2.14a, lid 2, letter b, Wet IB 2001, met betrekking tot StAK II niet sprake zijn van een afgezonderd particulier vermogen. Voor zover het middel zich richt tegen het hiervoor in 2.2.6 weergegeven oordeel van het Hof, faalt het eveneens.

3.8

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

4. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie ongegrond, en
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op € 1.968,75 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Voorgaande uitspraak

HOF Arnhem-Leeuwarden, Tweede Meerv. belastingk., 17 april 2018 (Nr. 17/0398)

Uitspraak

op het hoger beroep enz.;

tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 23 februari 2017, nummer AWB 15/6854, in het geding enz.;

1. (...)

4. Beoordeling van het geschil

4.1

Op grond van artikel 4.6 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: de Wet IB) heeft – voor zover thans van belang – een belastingplichtige een aanmerkelijk belang indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste vijf percent van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling blijkt dat de wetgever het regime dat gold onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 heeft willen voortzetten. Daarin is uitdrukkelijk gekozen voor een formeel criterium voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang waarbij, voor de bepaling of de grens van vijf percent is overschreden, rekening wordt gehouden met het aandelenbezit in dezelfde vennootschap van de partner van de belastingplichtige maar niet met het aandelenbezit van de overige verwanten in de rechte of in de zijlijn. Uit deze bewuste keuze van de wetgever volgt dat nadrukkelijk rekening is gehouden met de mogelijkheid het ontstaan van een aanmerkelijk belang te voorkomen door aandelen over te dragen aan een ander dan de fiscale partner, waaronder een kind van de belastingplichtige. Slechts zogenoemde ‘21-aandeelhoudersvennootschappen’ als verschijnsel bij samenwerkende ondernemers zoals accountants, advocaten en medisch specialisten, zijn besproken als constructie die zou moeten worden bestreden.

4.2

Geen rechtsregel verhinderde belanghebbende zijn deelname in de cva [C] in 2006 zo te regelen dat hij 90 percent daarvan verkreeg en zijn kinderen gezamenlijk 10 percent. Belanghebbende heeft onweersproken gesteld, en het Hof acht ook aannemelijk, dat hij de verkrijging van de cva [C] met het tussenplaatsen van F] heeft opgezet met de bedoeling te voorkomen dat bekend werd dat ook zijn kinderen een belang in cva [C] gingen houden.

4.3

Naar uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad volgt, wordt als middellijk (in de terminologie van de Wet IB 2001 waarmee geen inhoudelijke wijziging is beoogd: indirect) aandeelhouder aangemerkt degene die het economische belang houdt bij de aandelen in een vennootschap. Uit die rechtspraak vloeit voort dat de houder van certificaten van aandelen die het volledige

economische belang bij de achterliggende aandelen vertegenwoordigen, mits hij voldoet aan de daaraan gestelde formele criteria, wordt aangemerkt als aanmerkelijkbelanghouder.

4.4

Uit de statuten en de administratievoorwaarden van [E] vloeit voort dat in [E] het stemrecht met betrekking tot de aandelen [C] is achtergebleven en dat het volledige economische belang bij die aandelen wat dividenduitkeringen, waardestijgingen en verkoopopbrengsten betreft, de certificaathouders aangaat. Uit de wijzigingen van de statuten en de administratievoorwaarden van [E] blijkt dat dat belang, zonder dat een wijziging is beoogd in de onderlinge verhoudingen tussen de certificaathouders, in december 2007 is gewijzigd in een economisch belang bij de aandelen [H].

4.5

Naar het oordeel van het Hof moet worden aangenomen dat de in 4.3 bedoelde rechtspraak evenzeer van toepassing is in een geval als het onderhavige waarin de cva zijn ondergebracht in een nieuw opgericht administratiekantoor en waarin, naar niet in geschil is, het volledige economische belang bij de doorgecertificeerde aandelen komt te rusten bij de houders van certificaten van cva. Dat, zoals de Inspecteur stelt, in [F] geen stemrecht kan achterblijven omdat [F] bij het verkrijgen van de cva [C], uiteraard, geen stemrecht kreeg, doet daaraan niet af. Bij certificering en doorcertificering is naar het oordeel van het Hof slechts van belang dat het volledige economische belang bij de onderliggende aandelen in dezelfde verhouding als voorheen bij de aandelen, de houders van certificaten of van certificaten van certificaten aangaat. Dat daardoor de mogelijkheid van het op oneigenlijke wijze laten verwateren van het aanmerkelijk belang zou worden vergroot, vermag het Hof niet in te zien. Immers, ook zonder tussenkomst van [F] en het door [F] doorcertificeren van cva [C] zou belanghebbende een deel van de cva [C] aan zijn minderjarige kinderen hebben kunnen doen toekomen. Een eventuele mogelijkheid tot verwateren vindt zijn oorzaak in de in overweging 4.1 genoemde keuze van de wetgever, niet in het doorcertificeren van cva [C]. Overigens kan in het onderhavige geval verwateren zich in 2006 niet voordoen omdat belanghebbende in dat jaar, ook indien alle door [F] gehouden cva [C] aan hem zouden moeten worden toegerekend, geen aanmerkelijk belang had.

4.6

Het vorenstaande betekent dat naar het oordeel van het Hof als uitgangspunt voor de beoordeling van de situaties na 1 januari 2007 heeft te gelden een stichting administratiekantoor [F] die gerechtigd is tot 450 cva [C] en die rechtsgeldig cv cva heeft uitgegeven aan belanghebbende en zijn kinderen in de verhouding 405 : 15 : 15 : 15. Als eigenaar van de cva [C] kwamen [F] de daaraan verbonden voorkeursrechten toe, zij het dat zij, overeenkomstig haar administratievoorwaarden, vóór de uitoefening daarvan de houders van cv cva diende te raadplegen. Belanghebbende heeft, door de Inspecteur niet weersproken, gesteld dat [F] steeds heeft gehandeld in overeenstemming met door de houders van cv cva uitgesproken voorkeuren.

4.7

Het staat vast dat [F] op 6 juli 2007 31 cva [C] heeft verkregen. Voorts staat vast dat [F] op dezelfde datum bij notariële akte cv cva in verband met deze verworven cva heeft uitgegeven aan belanghebbende. Belanghebbende heeft gesteld dat hij pas jaren daarna op de hoogte kwam van de uitgifte van cv cva en dat het de bedoeling was ook het belang bij die cva gedeeltelijk aan zijn kinderen over te dragen doch dit kan hem niet baten aangezien uit de desbetreffende notariële akte blijkt dat hij bij het passeren van de akte rechtsgeldig werd vertegenwoordigd. Dat een en ander formeel niet is uitgevoerd overeenkomstig de bedoeling van belanghebbende en zijn kinderen moet voor zijn rekening blijven. Derhalve moet voor dit geding ervan worden uitgegaan dat belanghebbende na 6 juli 2007 houder was van $(405 + 31 =) 436$ cv cva [C].

4.8

Met betrekking tot de aandelenfusie in verband met de herstructurering in december 2007 overweegt het Hof als volgt.

4.9

De herstructurering heeft plaatsgevonden met toepassing van het certificaathoudersbesluit waarbij [C], vertegenwoordigd door belanghebbende, en belanghebbende in privé betrokken waren. Over hetgeen bij die herstructurering de bedoeling was bestonden kennelijk geen misverstanden. De cva [C] zijn geruild tegen cva [H] en de statuten en de administratievoorwaarden van [E] zijn daaraan aangepast. Aanpassingen bij [F] zijn, ten onrechte, achterwege gebleven. Wel hebben [F] en belanghebbende in privé, hun cv cumprefs verkocht zoals in het certificaathoudersbesluit vastgesteld. Het bij de herstructurering vastgestelde dividend is uitgekeerd aan [F] en daarna door [F] doorgestoten naar belanghebbende die delen van het dividend, in overeenstemming met zijn veronderstelling over de verdeling van de cv cva, heeft doorbetaald aan zijn kinderen.

4.10

De Rechtbank heeft geoordeeld:

"(...)

31.

Als gevolg van het certificaathoudersbesluit van 6 december 2007 is tussen [C] en [B] een vennootschap geplaatst, [H]. De aandelen [C] zijn in bezit gekomen van [H] en de aandelen [H] zijn in bezit gekomen van B] A, [B] B en [E]. De certificaten van de aandelen [C] die [E] bezat zijn geruild voor certificaten van aandelen [H]. Uit de statutenwijziging van [E] volgt dit laatste evenzeer. [F] hield vanaf dat moment certificaten van aandelen [H]. De statuten van [F] zijn echter niet gewijzigd. Eiser heeft ook zijn certificaten van certificaten [C] niet ingeleverd. Hij is derhalve houder van certificaten van certificaten [C] gebleven. De onderliggende certificaten zijn echter ingeleverd door [F] en vervangen door certificaten [H].

32.

Eiser heeft aangevoerd dat is beoogd het vermogen van [F] te certificeren en dat daarmee zijn certificaten in feite certificaten van het vermogen van [F] zijn. Nog daargelaten dat het vermogen van een stichting op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) niet in aandelen kan worden verdeeld, en de juridische duiding van de door eiser voorgestane certificaten daarom niet zonder meer duidelijk is (kennelijk betoogt eiser dat hij de economische eigendom van het vermogen van [F] bezat), is zijn stelling in strijd met de stukken. Op 6 juli 2007 heeft [F] certificaten van aandelen [C] gecertificeerd, en niet haar eigen vermogen. Daarom kan eiser niet gevolgd worden in zijn betoog. Na de verhangings heeft [F] - in eerste instantie - geen certificaten van certificaten [H] uitgegeven. Daarmee is het vermogensrecht dat in [F] is gekomen niet in economische zin op eiser en/of zijn kinderen overgegaan.

33.

Reeds om deze reden kan geconcludeerd worden dat eiser op grond van de door hem gehouden certificaten van certificaten in 2010 geen aanmerkelijk belang in [H] hield. (...)"

4.11

Het Hof volgt de Rechtbank niet in haar in 4.10 geciteerde oordelen. Na de ruil van aandelen [C] tegen aandelen [H] is [E] aandelen [H] gaan houden en is [F] op haar beurt cva [H] gaan houden. Hoezeer ook moet worden vastgesteld dat in de statuten en administratievoorwaarden van [F] geen wijzigingen zijn doorgevoerd (belanghebbende heeft erkend dat dit slordig is geweest) hoeft daaruit niet te worden geconcludeerd dat het economische belang dat belanghebbende en zijn kinderen hielden, is gewijzigd. Vast staat dat [F] slechts gerechtigd was tot cva [C] die nadien zijn geruild tegen cva [H]. Andere vermogensbestanddelen had [F] (nagenoeg) niet. Tussen belanghebbende, zijn kinderen en [F] was volstrekt duidelijk dat het economische belang van de door hen gehouden cv cva was gelegen in de waarde van de achterliggende cva. Belanghebbende was als privé persoon en als voorzitter van [F] partij bij de certificaathoudersovereenkomst die heeft geleid tot de herstructurering in december 2007. Naar het oordeel van het Hof kan aan deze gang van zaken (het niet wijzigen van de statuten en de administratievoorwaarden van [F] en het niet formeel vervangen van cv cva [C] door cv cva [H]), niet het zeer verstrekkende gevolg worden verbonden dat belanghebbende en zijn kinderen plotseling het economische belang bij de cva [H] verloren. Belanghebbende wist wat de gevolgen van de herstructurering voor [F], hemzelf en zijn kinderen waren. Uit niets blijkt dat belanghebbende op enig moment andere bedoelingen heeft gehad dan de verhoudingen tussen partijen gelijk te houden en het economische belang bij de cva [C] te vervangen door het economische belang bij de cva [H]. Evenmin is gebleken dat hij bewust, om andere bedoelingen te verhullen, het aanpassen van de statuten en de administratievoorwaarden van [F] achterwege heeft gelaten. Naar het oordeel van het Hof zijn de onvolkomenheden die mogelijk zijn te constateren eenvoudig te herstellen en leiden die onvolkomenheden in de uitvoering van de bedoeling van partijen niet tot een andere (civielrechtelijke) economische gerechtigdheid tot de cva [H] dan partijen voor ogen stond. Het Hof hecht ook geloof aan de verklaring van belanghebbende, kort gezegd, dat het slechts de bedoeling was de gerechtigdheid tot het cva-belang in [F] voor en na de herstructurering hetzelfde te houden. In dit verband acht het Hof die door belanghebbende gestelde bedoeling van partijen wél van belang, temeer ook nu partijen zich in het vervolg daarnaar hebben gedragen. Dat belanghebbende per abuis bij de doorbetaling van een deel van het dividend aan zijn kinderen van een onjuiste verhouding uitging, noch dat de doorbetaling door [F] van het ontvangen dividend niet onverwijld heeft plaatsgevonden acht het Hof in dezen van doorslaggevend belang. In dit verband hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat hij te goeder trouw uitging van de juistheid van de gehanteerde verhoudingen, dat niet bewust met betalingen is geschoven en dat uiteindelijk, nadat duidelijkheid over de onderhavige materie is verkregen, een afrekening met zijn kinderen zal plaatsvinden op basis van de juiste verhoudingen. Dit alles leidt het Hof tot de conclusie dat de herstructurering niet heeft geleid tot een fiscaal relevante verschuiving van de economische belangen en dat voor dit geding door [F] uitgegeven cv cva [C], ook na de herstructurering waarbij [H] werd tussengeschoven, moeten worden vereenzelvigd met het economische belang bij de cva [H].

4.12

[F] heeft op 28 februari 2008 121 cva [H] overgenomen van de vertrekkende operational manager van [D]. Zoals hiervoor

reeds opgemerkt hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat [F] ook hierbij handelde met gebruikmaking van haar voorkeursrecht als eigenaar van cva [H]. Bij gebrek aan een daadwerkelijke doorcertificering door [F] van deze 121 cva [H] acht het Hof aannemelijk, in het licht van hetgeen geoordeeld is in 4.11, dat het economische belang bij deze 121 cva [H] belanghebbende aanging voor 771/851 gedeelte. [F] bezat immers 972 cva [H], daar zijn partijen het over eens, maar daarvan waren er 121 niet doorgecertificeerd. Van de wel doorgecertificeerde cva [C] bezat belanghebbende 405 cva (uit december 2006) plus 31 cva (uit juli 2007) ofwel 436 cva [C] die zijn omgeruild tegen (verhouding 1: 1,7686) 771 cva [H]. Afgerond was belanghebbende derhalve gerechtigd tot het economische belang bij 881 cva [H] (771 plus 771/851 maal 121), ofwel, bij een nominaal aandelenkapitaal van 18.001 stuks, 4,89 percent.

4.13

Op 24 juni 2008 heeft belanghebbende 45 cva [H] verkocht aan zijn kinderen. Hoewel moet worden geconstateerd dat bij gebreke van de juiste statuten en administratievoorwaarden van [F] in werkelijkheid (nog) geen sprake was van cva [H], is het Hof van oordeel, ook hier in het licht van hetgeen is geoordeeld in 4.11, dat partijen bij die overeenkomst kunnen worden gevolgd in hun eensluidende standpunt dat zij meenden in het bezit te zijn van cva [H] en dat belanghebbende op deze wijze het economische belang bij 45 cva [H] kon overdragen aan zijn kinderen. Tussen partijen was volstrekt helder wat zij wensten over te dragen, zodat geconstateerd moet worden dat, wat er verder zij van de doorcertificering en de gebreken daarin, met de overeenkomst civielrechtelijk het economische belang bij 45 cva [H] werd overgedragen. Feiten of omstandigheden die nopen tot de conclusie dat in fiscale zin moet worden afgeweken van de tussen belanghebbende en zijn kinderen geldende civiele werkelijkheid zijn door de Inspecteur niet aannemelijk gemaakt. Dat belanghebbende op deze wijze kon voorkomen dat bij hem, na de op handen zijnde amortisatie van een gedeelte van de aandelen [H], een aanmerkelijk belang ontstond kan niet als zodanig gelden. Deze mogelijkheid heeft de wetgever immers bewust onder ogen gezien en aanvaard. Voorts kan in het midden blijven wat de gevolgen zijn van het achterwege blijven van de in de overeenkomst van 24 juni 2008 aangekondigde notariële akte "om de overdracht vast te leggen". De overeenkomst zelf legt immers voldoende vast (een notariële akte is niet vereist) en het economische belang bij de cva [H], waarbij fiscaalrechtelijk moet worden aangesloten, ging over bij het sluiten van de obligatoire overeenkomst en niet bij de levering, nog daargelaten dat de levering van (cv) cva bij notariële akte niet noodzakelijk is. Na de overeenkomst van 24 juni 2008 was belanghebbende nog gerechtigd tot 771 minus 45 = 726 cva [C] die zijn te vereenzelvigen met 726 plus (726/851 maal 121 =) 103, ofwel 829 cva [H]. Dit is een belang van 4,61 percent (829/180,01) welk belang, na de amortisatie stijgt tot 4,88 percent (829/169,68).

4.14

Ook het verlijden van de notariële akten van 13 februari 2009 brengt niet met zich dat bij belanghebbende een aanmerkelijk belang is ontstaan. Belanghebbende en zijn echtgenote hebben daarin, als vertegenwoordigers van hun kinderen en belanghebbende tevens als bestuurder van [F], vastgelegd in welke verhouding de cv cva daarna zijn verdeeld. Die verdeling leidde tot een kleiner belang van belanghebbende dan eerder het geval was. Ook voor zover, per abuis uitgaande van onjuiste verhoudingen, hierbij van een onjuiste betaling en verrekening is uitgegaan hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat hij te goeder trouw uitging van de juistheid van de gehanteerde verhoudingen, dat niet bewust met betalingen is geschoven en dat uiteindelijk, nadat duidelijkheid over de onderhavige materie is verkregen, een afrekening met zijn kinderen zal plaatsvinden op basis van de juiste verhoudingen. Ook voor de cv cva zoals die na het verlijden van de notariële akten waren verdeeld tussen belanghebbende en zijn kinderen geldt naar het oordeel van het Hof dat het economische belang van belanghebbende bij de cva [C] kan worden vereenzelvigd met een economisch belang bij de cva [H].

4.15

Met betrekking tot de vraag of [F] als een transparante stichting moet worden aangemerkt heeft de Rechtbank overwogen:

36.

Naar het oordeel van de rechtbank is [F] aan te merken als een gewone stichting. Verweerder heeft onder meer aangevoerd dat deze stichting transparant is. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2694, is daarvoor vereist dat eiser over de vermogensbestanddelen van [F] kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dit dient op basis van de feiten te worden beoordeeld. Welke feiten daarvoor relevant (kunnen) zijn, kan behalve uit dit arrest ook uit het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4102, worden afgeleid.

37.

In dit geval acht de rechtbank doorslaggevend dat eiser enig bestuurder van [F] was en dat de zeggenschap over [F] uitsluitend bij hem berustte. Hij is degene die op door hem uitgekozen momenten betalingen tussen [F] enerzijds en hemzelf en de kinderen anderzijds uitvoerde, deels in afwijking van de juridische verhouding tussen hem en de kinderen vanwege de door hem veronderstelde verhouding in gerechtigheid. Daarbij is de dividenduitkering ter zake van de verhangings van [C] in eerste instantie door [F] geheel aan eiser uitbetaald, die vervolgens een deel passend bij de gerechtigheid van de kinderen

aan elk van de kinderen heeft uitbetaald.

38.

Gelet op deze feiten moet geconcludeerd worden dat eiser kon beschikken over het vermogen van [F] als ware het zijn eigen vermogen. Dat een deel van het vermogen aan de kinderen is betaald, maakt dit niet anders. Het gehele vermogen van [F] dient als vermogen van eiser te worden beschouwd. Nu niet in geschil is dat het belang van [F] ten tijde van de dividenduitkeringen in 2010 meer dan 5% bedroeg, is sprake van een voordeel uit aanmerkelijk belang.

4.16

Ook in de in 4.15 geciteerde oordelen volgt het Hof de Rechtbank niet. [F] had een zelfstandige betekenis voor de relatie tussen belanghebbende en de overige certificathouders van [C] en later [H], en voor de relatie tussen belanghebbende en de kinderen. Buiten twijfel is immers dat de kinderen zelfstandige vermogensrechten hebben jegens [F] welke belangen niet slechts door belanghebbende maar ook door zijn echtgenote kunnen worden behartigd. Buiten twijfel is voorts dat één van de kinderen, nadat hij meerderjarig werd, zijn belangen bij de [F] of wat daaruit financieel voor hem is voortgekomen, heeft behouden. Belanghebbende was enig bestuurder van [F] maar de statuten verhinderden dit niet. Dat belanghebbende niet op de formeel juiste wijze is herbenoemd acht het Hof in dit verband minder belangrijk. Belanghebbende heeft de functie van bestuurder uitgeoefend op de momenten dat dat nodig was. [F] had, naast de cva [H] (nagenoeg; zij had wel een bankrekening en moest haar eigen beheerkosten kunnen betalen) geen vermogen. Weliswaar konden in [F] geen stemrechten achterblijven zoals de Rechtbank met juistheid heeft overwogen, maar uit haar cva [H] vloeide wel een (eigen) voorkeursrecht voort. Belanghebbende heeft, als bestuurder van [F] dat voorkeursrecht namens [F] ook daadwerkelijk uitgeoefend op grond waarvan nieuwe cva in het vermogen van [F] terechtkwamen en niet in het vermogen van belanghebbende. Dat belanghebbende de bij [F] binnenkomende dividenden aan zichzelf doorbetaalde ziet het Hof niet als een beschikken over het vermogen van [F] als ware dat van hemzelf, maar als een handelen waartoe belanghebbende op grond van zijn bestuurschap verplicht was. Belanghebbende kon en mocht in wezen als bestuurder van [F] ook niet anders. Ook de omstandigheid dat de delen van de dividenden die de kinderen toekwamen niet rechtstreeks aan hen maar via belanghebbende zijn betaald acht het Hof eveneens van onvoldoende belang om te oordelen dat [F] als transparant moet worden aangemerkt. Het Hof betreft daarbij dat belanghebbende als bestuurder van [F] niet alleen gerechtigd, maar zelfs verplicht was de voor de kinderen bestemde dividenden over te maken naar (de rekening van) een van de wettelijke vertegenwoordigers van die kinderen. Gesteld noch aannemelijk geworden is dat belanghebbende de aldus ontvangen dividenden waartoe de kinderen waren gerechtigd, voor hemzelf gehouden heeft. Van enig ander vermogen dan de cva en de – verplicht doorbetaalde – liquide middelen uit de ontvangen dividenden was geen sprake. Er was overigens dus niets waarover belanghebbende vrijelijk kon beschikken. Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur geen feiten of omstandigheden gesteld en aannemelijk gemaakt op grond waarvan aan de zelfstandige betekenis van [F] moet worden voorbijgegaan en het vermogen van [F] in volle omvang, dus ook de delen die de kinderen aangaan, aan belanghebbende moet worden toegerekend.

4.17

Uit het vorenstaande volgt dat naar het oordeel van het Hof moet worden uitgegaan van de zelfstandigheid van [F]. Het economische belang bij het vermogen van [F], de cva [H], behoort belanghebbende en zijn kinderen toe in de verhouding van de verdeling van de cv cva. Op grond daarvan kan, zowel door de uitzondering in onderdeel a als de uitzondering in onderdeel b. van het tweede lid van artikel 2.14a Wet IB 2001, geen sprake zijn van een afgezonderd particulier vermogen.

4.18

Naar het oordeel van het Hof vloeit het recht van belanghebbende om certificaten van aandelen en cumprefs [C] te verwerven voort uit de overeenkomst die belanghebbende in 2006 sloot bij de indiensttreding bij [D]. In zoverre is sprake van, zoals door de Inspecteur genoemd, verknochtheid met belanghebbende. Het staat echter vast, en tussen partijen is niet in geschil, dat het recht op cva [C] is uitgeoefend door levering van die cva in december 2006 aan [F]. Daarmee hebben die cva het vermogen van belanghebbende verlaten en is de band met de dienstbetrekking van belanghebbende en de zogenoemde verknochtheid doorbroken. Het stond belanghebbende vrij de cv cva te vervreemden aan of door [F] te doen uitgeven aan zijn kinderen. Aan de eerdere verknochtheid van belanghebbende met de cva [C] kan in het onderhavige jaar niet een als voordeel uit aanmerkelijk belang of anderszins te belasten voordeel worden ontleend of toegerekend.

Slotsom

4.19

Gelet op het vorenstaande is het hoger beroep van belanghebbende gegrond. De uitspraak van de Rechtbank en die van de Inspecteur moeten worden vernietigd. De opgelegde aanslag moet worden verminderd tot een aanslag, opgelegd naar de door belanghebbende gedane aangifte. Gesteld noch gebleken is dat belanghebbende het belastbare inkomen uit werk en woning of het belastbare inkomen uit sparen en beleggen in die aangifte tot een te laag bedrag heeft opgenomen.

5. Griffierecht en proceskosten

Nu het Hof het hoger beroep gegrond verklaart dient dat de Inspecteur aan belanghebbende het betaalde griffierecht te vergoeden. Naar het oordeel van het Hof zijn er geen bijzondere omstandigheden aanwezig die aanleiding geven af te wijken van het in artikel 2, eerste lid, van het Besluit opgenomen tarief. Het Hof zal, bij de toepassing van dat Besluit, uitgaan van factor twee voor het gewicht van de zaak (zeer zwaar).

Het Hof stelt de kosten die belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar, het beroep en het hoger beroep heeft moeten maken overeenkomstig het Besluit proceskosten bestuursrecht vast op € 498 voor de kosten in de bezwaarfase (2 punten (bezwaarschrift en hoorzitting) wegingsfactor 2 € 249), € 2.505 voor de kosten in eerste aanleg (2,5 punten (beroepschrift, conclusie van repliek en bijwonen van de zitting) wegingsfactor 2 € 501) en € 2.004 voor de kosten in hoger beroep (2 punten (hogerberoepschrift en bijwonen van de zitting) wegingsfactor 2 € 501), ofwel in totaal op € 5.007.

6. Beslissing

Het Hof:

- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank,
- verklaart het bij de Rechtbank ingestelde beroep gegrond,
- vernietigt de uitspraken van de Inspecteur,
- vermindert de aanslag tot een aanslag, conform de aangifte berekend naar een belastbaar inkomen uit werk en woning van € 3.535.844 en een belastbaar inkomen uit sparen en beleggen van € 1.168.139,
- vermindert de heffingsrente dienovereenkomstig,
- veroordeelt de Inspecteur in de proceskosten van belanghebbende tot een bedrag van € 5.007,
- gelast dat de Inspecteur aan belanghebbende het betaalde griffierecht vergoedt, te weten € 45 in verband met het beroep bij de Rechtbank en € 124 in verband met het hoger beroep bij het Hof.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepschrift in cassatie van de staatssecretaris:

Als middel van cassatie draag ik voor:

Schending van het Nederlands recht, met name van artikel 2.14a, eerste lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001), 4.6, onderdeel a, van de Wet IB 2001 en/of artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht, doordat het Hof heeft geoordeeld dat ondanks dat belanghebbende als oprichter/enig bestuurder van een afgezonderd particulier vermogen feitelijk zelf een belang had in [C] B.V./ [H] B.V. van meer dan 5%, toch heeft geoordeeld dat belanghebbende geen aanmerkelijk belang had omdat het steeds zijn bedoeling is geweest dat een deel van dat belang aan zijn minderjarige kinderen toegerekend had moeten worden, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen.

Feitelijk kader

1.

Belanghebbende, voorheen werkzaam bij het private equity fonds [B] B.V. (hierna: [B]), is op 1 januari 2007 in dienst getreden bij het door [B] via haar dochtermaatschappij [C] B.V. verworven [D] zoals is overeengekomen op 14 november 2006.

2.

[B] wenste het management van [D] te binden aan de onderneming en in dat kader heeft belanghebbende via de door hem op 28 december 2006 opgerichte stichting administratiekantoor [F] (hierna: StAK [F]) certificaten van gewone aandelen [B] B.V. verworven.

3.

Belanghebbende is oprichter en enig bestuurder van StAK [F].

4.

Belanghebbende verwerft 1.210 certificaten van aandelen (hierna: cva) van cumulatief preferente aandelen en StAK [F] 450 cva van gewone aandelen [C]. Het belang van StAK [F] in [C] bedroeg bij aanvang $450/10.000 = 4,5\%$.

5.

De 450 cva van gewone aandelen [C] B.V. zijn eind december 2006 op initiatief van belanghebbende door [F] doorgecertificeerd naar belanghebbende en zijn drie minderjarige kinderen in de verhouding 405:15:15:15.

6.

Op 6 juli 2007 heeft StAK [F] 31 cva van gewone aandelen [C] bijgekocht van een uit dienst getreden werknemer van [D]. Deze 31 cva zijn allemaal doorgecertificeerd aan belanghebbende. Hij heeft op dat moment dus een (middellijk) belang van 436 cva. Het totale aantal gewone aandelen [C] B.V. bedraagt op dat moment 10.178. Belanghebbendes aandeel bedraagt dan $436/10.178 = 4,2837\%$.

7.

Op 6 december 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden, waarbij de aandelen [C] B.V. zijn geruild tegen aandelen [H] B.V. In dit kader ontving StAK [F] 851 van de 18.001 cva [H]. Het belang van StAK [F] in [H] bedraagt dan 4,7275%. De cva [H] worden niet doorgecertificeerd naar belanghebbende en zijn drie kinderen. Belanghebbende en zijn kinderen houden dus door StAK [F] uitgegeven certificaten van cva [C], terwijl StAK [F] die cva [C] niet langer bezit.

8.

Op 12 februari 2008 treedt weer een werknemer van [D] uit dienst en wordt door StAK [F] een deel van de cva [H] van die werknemer overgenomen, te weten 121 stuks. StAK [F] bezit nu $851 + 121 = 972$ cva [H] een belang van 5,4%. Op dat moment zijn de cva [H] niet gedeeltelijk doorgecertificeerd naar de kinderen van belanghebbende.

9.

Op 26 juni 2008 zijn 1.033 cva [H] ingekocht en geamortiseerd. Vooruitlopend op deze inkoop en amortisatie, zoals beschreven in punt 8, heeft belanghebbende een overeenkomst gesloten met zijn drie kinderen, waarbij is overeengekomen dat belanghebbende aan ieder van hen 15 cva [H] verkoopt.

10.

Op 22 juli 2008 zijn de aandelen [H] gesplitst in de verhouding 1:2, zodat StAK [F] vanaf dat moment 1.944 cva [H] hield.

11.

Op 13 februari 2009 zijn drie notariële akten gepasseerd. In de eerste akte is in afwijking van de eerdere akte van 6 juli 2007 (zie punt 6) vastgelegd dat de 31 nieuwe cva [C] doorgecertificeerd zijn aan belanghebbende (28 stuks) en zijn drie kinderen (ieder 1). Niet in geschil is dat deze akte nietig is.

12.

De tweede akte betreft het doorcertificeren van de op 28 februari 2008 verkregen 121 cva [H] 61 aan belanghebbende en 20 aan elk van zijn drie kinderen.

13.

In de derde akte wordt vastgelegd dat StAK [F] 972 certificaten van cva [H] uitgeeft, 831 aan belanghebbende en 47 aan elk van zijn drie kinderen.

14.

In augustus 2010 is [D] verkocht aan een Amerikaans private equity fonds voor een bedrag van € 520.000.000. StAK [F] heeft in augustus en september 2010 resp. € 19.730.680 en € 1.850.274 netto dividend (na aftrek van 15% dividendbelasting) ontvangen op de cva [H].

15.

In geschil is of belanghebbende vanaf 12 februari 2008 (fictief) aanmerkelijk belanghouder is.

Toelichting

Kwalificatie feitelijk kader

Uit bovenstaand feitelijk kader volgt dat vanaf 12 februari 2008 door StAK [F] een belang van meer dan 5% in de vorm van cva [H] wordt gehouden. Van dit belang is op geen enkele manier door StAK [F] iets doorgecertificeerd naar belanghebbende en/of de drie kinderen van belanghebbende. Met andere woorden de kinderen hebben op dat moment (middellijk) geen enkel belang in [H]. Dat belanghebbende een andere bedoeling had, als dat op dat moment al het geval was, maakt dat niet anders.

Voorts staat vast dat belanghebbende de oprichter en enig bestuurder is van StAK [F]. Nu belanghebbende op dat moment ook geen certificaten van cva [H] heeft, zijn de cva [H] eigendom/bezit van StAK [F]. Daarmee is ten aanzien van StAK [F] hetzij sprake van een transparante stichting, hetzij sprake van een afgezonderd particulier vermogen (hierna: APV) en worden de bezittingen van StAK [F] op grond van de transparantie c.q. op grond van artikel 2.14a, eerste lid, van de Wet IB

2001 toegerekend aan belanghebbende, tevens de insteller/oprichter van de APV.

Daarmee voldoet belanghebbende vanaf 12 februari 2008 aan de voorwaarden van artikel 4.6, eerste lid, van de Wet IB 2001 en is hij aanmerkelijkbelanghouder.

Toelichting op de kwalificatie

Uit de wetsgeschiedenis, waar ook het Hof (r.o. 4.1) naar verwijst, volgt:

'Daarin is uitdrukkelijk gekozen voor een *formeel* criterium voor het ontstaan van een aanmerkelijk belang waarbij, voor de bepaling of de grens van vijf percent is overschreden, rekening wordt gehouden met het *aandelenbezit* in dezelfde vennootschap van de partner van de belastingplichtige maar niet met het *aandelenbezit* van de overige verwanten in de rechte of in de zijlijn.'

Dat formele criterium voor het aanmerkelijk belang betekent echter niet alleen dat aandelenbezit van bijvoorbeeld kinderen niet meetelt voor de 5%-grens, zoals het Hof in r.o. 4.1 terecht opmerkt, maar ook dat er formeel juridisch (civielrechtelijk) sprake moet zijn van aandelenbezit of daarmee te vereenzelvigen certificatenbezit om een deel van de aandelen of cva toe te rekenen aan een ander.

In r.o. 4.3 haalt het Hof de jurisprudentie van de HR aan (cursivering toegevoegd):

'Uit die rechtspraak vloeit voort dat de *houder van certificaten van aandelen* die het volledige economische belang bij de achterliggende aandelen vertegenwoordigen, *mits hij voldoet aan de daaraan gestelde formele criteria*, wordt aangemerkt als aanmerkelijkbelanghouder.'

Zoals hierna zal blijken zijn de kinderen na de herstructurering van december 2007 geen houder (meer) van certificaten van cva. Zij voldoen ook niet aan de formele criteria voor vereenzelviging van aandelen met cva.

Dat belanghebbende overigens de bedoeling had om uit het aanmerkelijk belang te blijven door een deel van zijn belang aan zijn minderjarige kinderen toe te rekenen, is nimmer in discussie geweest. De vraag is echter of dit in dit geval kan en zo ja, of belanghebbende daar in casu in is geslaagd, nu een en ander formeel juridisch (civielrechtelijk) niet c.q. niet goed is geregeld. Ik werk dit hieronder nader uit.

1. Leidt een doorcertificering in z'n algemeenheid en in dit geval tot verwatering c.q. voorkoming van een aanmerkelijk belang?

Het Hof beantwoordt deze vraag in r.o. 4.5 bevestigend door op te merken:

'Dat daardoor de mogelijkheid van het op oneigenlijke wijze laten verwateren van het aanmerkelijk belang zou worden vergroot, vermag het Hof niet in te zien. Immers, ook zonder tussenkomst van StAK [F] en het door StAK [F] doorcertificeren van cva [C] zou belanghebbende een deel van de cva [C] aan zijn minderjarige kinderen hebben kunnen doen toekomen.'

En daarvóór heeft het Hof in r.o. 4.2 overwogen:

'4.2

Geen rechtsregel verhinderde belanghebbende zijn deelname in de cva [C] in 2006 zo te regelen dat hij 90 percent daarvan verkreeg en zijn kinderen gezamenlijk 10 percent.'

Dat verhinderde inderdaad geen rechtsregel, maar dat verhinderde [B] wel. Zoals in meerdere stukken door de inspecteur is gesteld, was het onmogelijk dat belanghebbendes kinderen cva [C] zouden verwerven. Als dat anders was geweest, dan had belanghebbende dat wel gedaan en was deze procedure niet gevoerd. [B] wilde echter logischerwijze alleen maar met de managers van als houders van cva van doen hebben en niet (aan)verwanten van die managers.

Vanzelfsprekend heeft [B] er vervolgens geen invloed op wat de managers met de (toekomstige) opbrengsten van de cva doen, die mogen ze, eventueel reeds bij voorbaat, aan iedereen doen toekomen. Dat maakt de kinderen echter geen houder van de cva, dus de doorcertificering is wel degelijk een oneigenlijke verwatering.

Dit spreekt nog te meer nu r.o. 4.5 van het Hof in strijd is met hetgeen het Hof in r.o. 4.18 oordeelt:

'Naar het oordeel van het Hof vloeit het recht van belanghebbende om certificaten van aandelen en cumprefs [C] te verwerven voort uit de overeenkomst die belanghebbende in 2006 sloot bij de indiensttreding bij [D]. In zoverre is sprake van, zoals door de Inspecteur genoemd, verknochtheid met belanghebbende.'

Maar dan vervolgt het Hof met:

'Het staat echter vast, en tussen partijen is niet in geschil, dat het recht op cva [C] is uitgeoefend door levering van die cva in december 2006 aan StAK [F]. Daarmee hebben die cva het vermogen van belanghebbende verlaten en is de band met de dienstbetrekking van belanghebbende en de zogenoemde verknochtheid doorbroken. Het stond belanghebbende vrij de cv cva te vervreemden aan of door StAK- [F] te doen uitgeven aan zijn kinderen. Aan de eerdere verknochtheid van belanghebbende met de cva [C] kan in het onderhavige jaar niet een als voordeel uit aanmerkelijk belang of anderszins te belasten voordeel worden ontleend of toegerekend.'

Die verknochtheid is echter helemaal niet verbroken met de doorcertificering door belanghebbende. Juist om dit te voorkomen moest StAK [F] ook partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst door het addendum van 28 december 2006 mede te ondertekenen. En daarmee bleef de verknochtheid met de dienstbetrekking bestaan. Dit volgt ook uit de gang van zaken bij belanghebbendes vertrek in juli 2009. Ingevolge de aandeelhoudersovereenkomst was hij een zogenoemde 'bad leaver' (vertrek binnen 3 jaar) en moest StAK [F] in beginsel alle cva inleveren tegen de verkrijgingsprijs. Er was maar één partij die kon afzien van het invoeren van deze bepaling in de overeenkomst en dat was [B] en dat heeft [B] gedaan (omdat belanghebbende niet naar een concurrent vertrok) door te besluiten dat belanghebbende (lees StAK [F]) de cva mocht behouden. Als de band met de dienstbetrekking al zou zijn verbroken en daarmee de verknochtheid, dan is dat bij belanghebbendes vertrek in juli 2009 geweest en niet eerder. Met het erkennen van de verknochtheid – die dus, anders dan het Hof oordeelt, niet is verbroken voordat belanghebbende in februari 2008 een belang verkrijgt dat groter is dan 5% – haalt het Hof het eigen oordeel, dat een doorcertificering in z'n algemeenheid kan ter voorkoming van een aanmerkelijk belang, weer onderuit, want in casu kan dit nu juist niet door de verknochtheid. In zoverre is dus reeds sprake van een onbegrijpelijk oordeel.

Als de door belanghebbende gehanteerde constructie, zoals het Hof in r.o. 4.1 t/m 4.5 aangeeft, echter wel mogelijk zou zijn, dan geldt nog steeds de eis: mits formeel juridisch goed uitgevoerd. En dat is in casu niet het geval. En hierin zit de kern van de zaak.

2. Civielrechtelijke onvolkomenheden/fouten

Feiten

Cruciaal in deze zaak zijn de volgende twee feiten, opgenomen in. r.o. 2.11, 2.12 en 2.14 van de uitspraak (cursivering toegevoegd):

'2.11

Op 6 december 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden op basis van een certificaathoudersbesluit waarbij, kort gezegd, aandelen [C] zijn geruild tegen aandelen [H] B.V. (hierna: [H]). Na de ruil hield [B] de niet meer gecertificeerde aandelen [C] die op haar beurt moedermaatschappij van [H] was, en hielden de certificaathouders door middel van StAK [C] certificaten van aandelen [H] (hierna: cva [H]). De statuten en de administratievoorwaarden van StAK [C] werden daarop dezelfde datum op aangepast. Het aandelenkapitaal van [H] bedroeg 18.001 gewone aandelen zodat de ruilverhouding 1:1,7686 was. StAK [F] verkreeg op die wijze (afgerond) 851 cva [H].

2.12

De statuten noch de administratievoorwaarden van StAK [F] zijn ter gelegenheid van de herstructurering en de aandelenruil gewijzigd.

2.14

Eén van de werknemers van [D] die – onder meer – 121 cva [H] bezat, is per 12 februari 2008 uit dienst getreden. De cva [H] van die werknemster zijn (uiteindelijk) overgenomen door drie zittende houders van cva StAK. [H] heeft 121 cva [F] overgenomen. *Hiervoor heeft StAK [H] toen geen certificaten van aandelen uitgegeven.* StAK [F] was op dat moment derhalve houder van $(851 + 121 =) 972$ cva[H].

3. Gevolgen van deze feiten

Geen sprake meer van doorcertificering

Als het oordeel van het Hof juist is – het gaat bij aandelen en certificaten om de bedoeling van personen – dan had bij de verhangen van [C] B.V. onder [H] B.V. de certificering bij StAK [E] ook niet aangepast hoeven te worden. Dat is echter wel gebeurd.

Als die niet was aangepast, dan hadden [B] en de managers aandelen [H] B.V. gehouden in plaats van cva [H] Dan had [B] op basis van de mening van het Hof tegen de managers kunnen zeggen 'de bedoeling van partijen was altijd dat ik, [B], alle stemrechten op die aandelen zou krijgen, die had ik via de certificering op de aandelen [C], en die heb ik dus nu op alle aandelen[H], we zijn het alleen even vergeten te regelen'.

Als een van de managers in die situatie zijn stemrecht op de aandelen [H] had willen uitoefenen, dan was voormelde opmerking van [B] civielrechtelijk een kansloze stelling. En wat betreft aandelen en certificaten volgt het fiscale het civiele. Dat zou alleen in die situatie niet hebben uitgemaakt, want het had bij een foutieve certificering c.q. niet certificering van de aandelen [H] voor het aanmerkelijk belang niet uitgemaakt of nu aandelen [H] of cva [H] worden gehouden, de cva aandelen [H] en [C] waren te vereenzelvigen met de aandelen [H] en [C].

Maar als belanghebbende het bij zijn StAK vergeet te regelen, houdt dit in dat de gerechtigheid tot de cva via de certificaten van cva wegvalt en dat heeft wél gevolgen voor het aanmerkelijk belang.

Aan voormelde 2 feiten heeft de Rechtbank dan ook terecht fiscale consequenties verbonden, zoals die door het Hof in r.o. 4.10 worden geciteerd:

Wat betreft het 1^e feit:

'De statuten van StAK [F] zijn echter niet gewijzigd. Eiser heeft ook zijn certificaten van certificaten [C] niet ingeleverd. Hij is derhalve houder van certificaten van certificaten [C] gebleven. De onderliggende certificaten zijn echter ingeleverd door StAK [F] en vervangen door certificaten [H]'.
En verder, wat betreft het 2^e feit

'Na de verhangings heeft StAK [F] – in eerste instantie – geen certificaten van certificaten [H] uitgegeven. Daarmee is het vermogensrecht dat in StAK [F] is gekomen niet in economische zin op eiser en/of zijn kinderen overgegaan.'

Ook bij de verkrijging in februari 2008 van de 121 cva [H] gebeurt dit niet, zelfs in geheel 2008 worden er geen certificaten van [H] cva uitgegeven door StAK [F].

Het Hof overweegt echter in r.o. 4.11:

'Naar het oordeel van het Hof kan aan deze gang van zaken (het niet wijzigen van de statuten en de administratievoorwaarden van StAK [F] en het niet formeel vervangen van cv cva [C] door cv cva [H]), niet het zeer verstrekken gevolg worden verbonden dat belanghebbende en zijn kinderen plotseling het economische belang bij de cva [H] verloren'.

Nu echter geen sprake is van bezit van certificaten van cva [H] bij de kinderen en er op geen enkele manier voldaan wordt aan de voorwaarden voor vereenzelviging, kan het niet zo zijn dat op basis van enkel een bedoeling uitgegaan wordt van een civielrechtelijk geheel andere situatie. Iemand (in casu belanghebbende) kan niet een ander persoon (in casu zijn kinderen) aandeelhouder of certificaat houder maken omdat hij dat zo graag wil c.q. omdat dit zijn bedoeling is. Daarvoor moeten er aandelen of certificaten *zijn* en die andere persoon moet die dan ook *hebben/verkrijgen*. De economische gerechtigdheid loopt via aandelen of cva. In casu zijn er geen certificaten van cva [H] en heeft ook niemand die verkregen in 2008 (het jaar waarin de 5% wordt overschreden). Met de Rechtbank acht ik dat 'verstrekken' gevolg dan ook onvermijdelijk. Het economische belang bij de aandelen [H] stopt daardoor, net als bij de andere managers, bij de cva [H], er is verder geen economisch belang ontstaan via certificaten van cva [H] zoals dat er via de certificaten van cva [C] (mogelijk) wel was.

Dit volgt duidelijk uit de certificeringsvoorwaarden van StAK [F] Die bepalen, bij het ontbreken van een nadere overeenkomst, wat er moet gebeuren. Dat gaat voor op de bedoelingen van partijen (lees: belanghebbende). In onderdeel 6.3 van de certificeringsvoorwaarden staat dat StAK [F] bij vervreemding (en dat gebeurt bij de inbreng van de aandelen [C] BV in [H] BV) de opbrengst moet uitkeren aan de houders van certificaten van cva's. Daarmee ontstaat een schuld aan de houders van die certificaten van cva's. StAK [F] heeft niet de verkregen cva [H] uitgekeerd aan belanghebbende en zijn kinderen, daarmee zijn de cva [H] eigendom/bezit van StAK [F] gebleven. Het was zelfs niet toegestaan om de cva [H] aan de kinderen te leveren. StAK [F] houdt derhalve een niet doorgecertificeerd belang in [H] en wordt daarmee een transparante stichting/APV. De doorcertificering is per december 2007 ten einde, de kinderen van het economische verkeer op dat moment van de vervreemde aandelen [C]. Zij hebben echter geen recht/belang (verkregen) bij de cva [H].

Opmerkelijk in dit kader is wat het Hof in r.o. 4.7 overweegt over de akte van 7 juli 2007, die volgens belanghebbende fout zou zijn. Daar overweegt het Hof:

'Dat een en ander formeel niet is uitgevoerd overeenkomstig de bedoeling van belanghebbende en zijn kinderen moet voor zijn rekening blijven.'

Dus hier hanteert het Hof (terecht) wel een formeel criterium, maar op het punt van de doorcertificering (in het geheel niet uitgevoerd, in strijd met belanghebbendes bedoeling) doet het Hof dit niet.

De gevolgen van het einde van de doorcertificering worden te meer duidelijk indien (belanghebbende na de verkrijging door StAK [F] van de 121 cva [H] in de loop van 2008 alle cva had vervreemd of hij in de loop van 2008 was overleden. De kinderen hadden dan geen enkele gerechtigdheid tot de cva [H] (die zij, als een doorcertificering al mogelijk zou zijn, tot december 2007 via de certificaten van cva wel hadden op het economisch belang van de aandelen [C]). Het economisch eigendom van de cva [H] berust bij StAK [F], dat een APV geworden is. En langs die weg (artikel 2.14a Wet IB 2001), of die van de transparantie, worden dan alle bezittingen van StAK [F] aan belanghebbende toegerekend.

Het Hof concludeert echter (eind r.o. 4.11)

'Dit alles leidt het Hof tot de conclusie dat de herstructurering niet heeft geleid tot een fiscaal relevante verschuiving van de economische belangen en dat voor dit geding door StAK [F] uitgegeven cv cva [C], ook na de herstructurering waarbij [H] werd tussengeschoven, moeten worden vereenzelvigd met het economische belang bij de cva [H].'

Dat oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook onbegrijpelijk.

Vereenzelviging van certificaten van cva [C] met cva [H] is niet mogelijk. De aandelen in tussenhoudster [C] B.V. zijn

nimmer te vereenzelvigen met de aandelen in de holdingvennootschap [H]

Duiding overeenkomst 24 juni 2008

Deze overeenkomst, waarin niet bestaande, niet uitgegeven certificaten van cva [H] worden verkocht/gekocht is niet meer en niet minder dan het verkopen/kopen van een stukje van de latere opbrengst van de cva aan [H] de kinderen, maar dit maakt de kinderen niet tot houder of certificaathouder van de cva [H]. In het licht van de hiervoor in onderdeel 2 vermelde en vastgestelde twee feiten is het oordeel in r.o. 4.13 dan ook onbegrijpelijk.

APV

Een ander gevolg van voormelde feiten (certificaten van cva [H] bestaan niet en er zijn geen certificaten van cva [H] uitgereikt) is dat het vermogen (cva [H] plus liquide middelen) in StAK [F] aan alle voorwaarden voor een APV voldoet. Daar kan de bedoeling van belanghebbende geen verandering in brengen. Op grond van artikel 2.14a dienen alle bezittingen van deze APV toegerekend te worden aan de oprichter van deze APV, te weten belanghebbende. Zie in dit kader ook hetgeen de inspecteur heeft aangedragen in:

- Verweerschrift in eerste feitelijke instantie, pag. 21,22;
- Conclusie van dupliek in eerste feitelijke instantie, pag. 8,9;
- Verweerschrift in hoger beroep, pag. 9, 15.

Het in r.o. 4.17 vermelde oordeel, dat geen sprake is van een APV is dan ook onjuist.

4. Oordeel 4.12 is in strijd met feiten

Feitelijk staat vast dat belanghebbende:

- de koopsom voor de in februari 2008 door StAK [F] verworven cva [C] volledig zelf heeft betaald;
- zich deze koopsom volledig heeft laten vergoeden vanuit StAK [F];
- pas in juni 2008 maatregelen (de overeenkomst van 24 juni 2008) heeft genomen om te trachten niet in een aanmerkelijk belangpositie te geraken als gevolg van de eind juni 2008 geplande inkoop van cva [H] van de andere managers.

Uit deze feiten kan maar één conclusie worden getrokken. Belanghebbende heeft zich gedragen als economisch eigenaar van alle 121 in februari 2008 verworven cva [H] (net als van de in juli 2007 verworven cva [C]). Met andere woorden in februari 2008 had belanghebbende nog helemaal niet de bedoeling om (een deel van) de nieuwe verkregen cva [H] bij zijn kinderen te plaatsen. Die bedoeling kreeg hij pas later.

Uit deze feiten volgt dat belanghebbende er in februari 2008 van uit ging dat hij alle 121 cva [H] (economisch) zelf kon nemen omdat hij er nog van uitging dat hij vanwege de oorspronkelijke 90/10 verdeling van de ultimo 2006 door StAK [F] verworven cva [C] met de bijgekochte 121 cva nog niet in het aanmerkelijk belang zou komen. Om diezelfde reden had belanghebbende bij de eerdere verwerving van de cva [C] in juli 2007 alleen aan zichzelf certificaten van cva [C] laten uitreiken en niet aan zijn kinderen (zie punt 6 feitelijk kader).

Die gedachte – nog geen belang boven de 5% door de toedeling van 10% van de cv cva [C] in december 2006 aan de kinderen – klopt ook bij de verwerving van de cva [H] in februari 2008. Vanuit dat zelfde uitgangspunt zou belanghebbende door de geplande inkoop in juni 2008 echter wel in het aanmerkelijk belang terecht komen. Dat verklaart dan ook dat eerst op dat moment, en niet reeds in februari 2008, getracht is om alsnog een stukje economisch belang met betrekking tot de in februari 2008 door StAK [F] verworven cva [H] bij de kinderen te leggen.

Onjuist en onbegrijpelijk en feitelijke grondslag missend is dan ook r.o. 4.12:

'Zoals hiervoor reeds opgemerkt hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat StAK [F] ook hierbij handelde met gebruikmaking van haar voorkeursrecht als eigenaar van cva [H]. Bij gebrek aan een daadwerkelijke doorcertificering door StAK [F] van deze 121 cva [H] acht het Hof aannemelijk, in het licht van hetgeen geoordeeld is in 4.11, dat het economische belang bij deze 121 cva [H] belanghebbende aanging voor 771/851 gedeelte.'

Het gebrek aan doorcertificering wordt juist onomstotelijk verklaard door voormelde feiten, waaruit blijkt dat belanghebbende op dat moment (februari 2008) de doorcertificering (nog) niet nodig achtte.

Kortom, het Hof hecht ten onrechte waarde aan een verklaring die in strijd is met de feiten en had moeten motiveren waarom het ondanks die feiten de verklaring c.q. de bedoeling van belanghebbende laat prevaleren. Het oordeel is naast onjuist dus ook volstrekt onbegrijpelijk.

Als StAK [F] eind februari 2008 121 cva [H] overneemt en geen certificaten van cva's uitreikt aan wie dan ook, dan is de enige mogelijke conclusie dat StAK [F] juridisch en economisch eigenaar wordt van die cva, en daarmee (als dat al niet eerder gebeurd is (zie boven)) een APV wordt. En als al uit de bedoeling van partijen zou blijken dat er certificaten van cva [H] uitgegeven hadden moeten worden bij verkrijging van de 121 [H], dan volgt uit de genoemde feiten en de eerdere gebeurtenissen (zie r.o. 4.6) dat het niet zonder meer logisch is dat dan ook certificaten uitgereikt zouden worden aan de

kinderen, integendeel. Het Hof overweegt in r.o. 4.13 ook zelf:

'Dat belanghebbende op deze wijze kon voorkomen dat bij hem, na de op handen zijnde amortisatie van een gedeelte van de aandelen [H] een aanmerkelijk belang ontstond kan niet als zodanig gelden.'

Oftewel, hier geeft het Hof ook zelf aan dat belanghebbende pas eind juni 2008 de noodzaak tot handelen zag om een aanmerkelijk belang te voorkomen.

5. Transparantie StAK [F]

Het oordeel dat StAK [F] niet transparant is, acht ik ook op zichzelf onbegrijpelijk. Dat StAK [F] transparant is, is niet eens in geschil. Niet transparant zou betekenen dat het vermogen in StAK [F] 'in de dode hand' zit. Dat is niet het geval. Het Hof is van mening dat StAK [F] ondanks haar statutaire gebreken, ondanks de niet meer van toepassing zijnde administratievoorwaarden en ondanks de niet altijd even juiste (maar volgens het Hof goed bedoelde) handelingen van belanghebbende, toch wel degelijk moet worden gezien als een echte StAK. Maar een dergelijke StAK is juist per definitie transparant, aangezien die alleen maar stemrecht, of in casu ook zelfs dat niet (stemrecht zit op hoger niveau, bij StAK [E]), uitoefent en alle revenuen moet doorstoten. StAK [FF] is door alle gebreken juist geen StAK, maar blijft wel transparant, mede gelet op de formele beschikkingsmacht en gelet op de materieel ook door belanghebbende uitgeoefende beschikkingsmacht. Zie in dit kader ook hetgeen de inspecteur heeft aangedragen in:

- Verweerschrift in eerste feitelijke instantie, pag. 22, 23;
- Conclusie van dupliek in eerste feitelijke instantie, pag. 10;
- Verweerschrift in hoger beroep, pag. 9, 15.

Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat de uitspraak van het Hof niet in stand zal kunnen blijven.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Niessen:

1. Inleiding

1.1

Aan [X] te [Z] (hierna: belanghebbende) is voor het jaar 2010 een aanslag IB/PVV^[1] opgelegd, berekend naar een belastbaar inkomen uit werk en woning van € 3.535.844, een belastbaar inkomen uit ab^[2] van € 24.399.774 en een belastbaar inkomen uit sparen en beleggen van € 1.168.139. Tevens is bij beschikking € 170.119 aan heffingsrente in rekening gebracht.

1.2

De Inspecteur^[3] heeft, na tegen de aanslag en de beschikking gemaakt bezwaar, de aanslag en de beschikking heffingsrente gehandhaafd.

1.3

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak op bezwaar beroep ingesteld. De Rechtbank^[4] heeft het beroep ongegrond verklaard.^[5]

1.4

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld. Het Hof^[6] heeft het hoger beroep gegrond verklaard.^[7]

1.5

De Staatssecretaris^[8] heeft tijdig en ook overigens op regelmatige wijze beroep in cassatie ingesteld. Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend. De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend. Belanghebbende heeft geen conclusie van dupliek ingediend.

1.6

Het geschil in cassatie betreft de vraag of belanghebbende in 2010 een ab had in [H] B.V.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

2.1

Belanghebbende was tot 1 december 2006 werkzaam bij het private equity fonds [B] B.V. (hierna: [B]). [C] B.V. (hierna: [C]), een 100 percent dochtervennootschap van [B], heeft op 21 augustus 2006 alle aandelen verworven in [D] N.V. (hierna: [D]) voor een bedrag van – afgerond – € 24,5 miljoen. [D] is houdster van aandelen in vennootschappen die werkzaam zijn – kort gezegd – op het gebied van kinderopvang. [C] heeft de aankoop gefinancierd, afgerond, met een banklening van € 13,2 miljoen en € 11,3 miljoen eigen vermogen. [C] bezat, naast haar deelneming in [D], geen noemenswaardige andere vermogensbestanddelen.

2.2

Ten tijde van de aankoop van [D] was het eigen vermogen van [C] verdeeld in 10.000 gewone aandelen van nominaal € 10 en 112.210 8 percent cumulatief preferente aandelen van nominaal € 1 waarop een agio is gestort van € 99. De aandelen in [C] waren voor een deel gecertificeerd door de Stichting Administratiekantoor [E] (hierna: StAK [E]).

2.3

[B] wenste het management van [D] te binden aan de onderneming. Op grond van een op 21 augustus 2006 gesloten aandeelhoudersovereenkomst was een aantal leden van het managementteam van [D] verplicht deel te nemen in het aandelenkapitaal (zowel gewone aandelen als cumulatief preferente aandelen) van [C]. De certificaten van aandelen [C] (hierna: cva [C]) werden sedert de aankoop op 21 augustus 2006 in hoofdzaak gehouden door, kort gezegd, twee participatiefondsen van [B] en, in geringe mate, door managers van [D].

2.4

Belanghebbende heeft op 14 november 2006 zijn arbeidsovereenkomst met [B] beëindigd en een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten met [D] op grond waarvan hij met ingang van 1 januari 2007 bij [D] in dienst is getreden als CFO. Het sluiten van de arbeidsovereenkomst bracht met zich dat belanghebbende, evenals de in 2.3 bedoelde managers, zou gaan deelnemen in zowel het gewone als het cumulatief preferente aandelenkapitaal van [C].

2.5

Belanghebbende heeft op 28 december 2006 de Stichting Administratiekantoor [F] (hierna: StAK [F]) opgericht welke stichting – onder meer – tot doel heeft het ten titel van certificering verkrijgen en administreren van aandelen of certificaten van aandelen in het kapitaal van [C]. Belanghebbende is de enige bestuurder van StAK [F]. Hij is bij de oprichting benoemd en nadien bestuurder gebleven. De verlenging van het bestuurslidmaatschap heeft niet op de statutair voorgeschreven wijze plaatsgevonden.

2.6

Belanghebbende en zijn echtgenote hebben drie kinderen, geboren in respectievelijk 1998, 2001 en 2002. De kinderen waren in de voor deze procedure van belang zijnde periode derhalve nog minderjarig.

2.7

Op 28 december 2006 is de in 2.3 bedoelde aandeelhoudersovereenkomst aangevuld in die voege dat belanghebbende in het vermogen van [C] zal gaan deelnemen met 450 gewone aandelen en 1.210 cumulatief preferente aandelen. Op grond van de aanvulling zijn, naar de bedoeling van partijen hetgeen niet in geschil is, 450 cva [C] geleverd aan StAK [F] en 1.210 certificaten van cumulatief preferente aandelen [C] (hierna: cv cumprefs [C]) aan belanghebbende. De levering heeft plaatsgevonden tegen betaling van de nominale waarde van de aandelen, bij de cv cumprefs vermeerderd met het agio. Het belang van StAK [F] in de gewone aandelen [C] bedroeg derhalve 450/10.000, ofwel 4,5 percent.

2.8

Bij niet nader gedagtekende overeenkomst van december 2006 heeft StAK [F] certificaten van cva [C] (hierna: cv cva [C]) uitgegeven (welk handelen hierna ook wel wordt genoemd: doorcertificeren) aan belanghebbende en zijn drie kinderen in de verhouding 405 : 15 : 15 : 15. De door de kinderen verschuldigde koopsommen van elk € 150 werden voldaan door verrekening met een vordering van belanghebbende op StAK [F]. Belanghebbende heeft de daaruit voortvloeiende vorderingen op zijn kinderen kwijtgescholden.

2.9

In verband met een overname door [D] van een onderneming in 2006 is – onder meer – het gewone aandelenkapitaal van [C] in maart 2007 uitgebreid met 178 zodat het gewone aandelenkapitaal daarna 10.178 aandelen van nominaal € 10 bedroeg.

2.10

Eén van de werknemers van [D] die – onder meer – 98 cva [C] bezat, is per 6 juli 2007 uit dienst getreden. De cva [C] van die werknemer zijn overgenomen door vijf zittende houders van cva [C]. StAK [F] heeft, naast 38 cv cumprefs [C], 31 cva [C] overgenomen waartegenover zij bij akte van 6 juli 2007, opgemaakt door notaris [G] te [Q], 31 cv cva [C] heeft uitgegeven aan belanghebbende die toen dus, op grond van de civielrechtelijk uitgegeven cv cva [C], gerechtigd was tot $(405 + 31 =) 436$ cva [C] ofwel 436/10.178 gedeelte (is 4,2837 percent).

2.11

Op 6 december 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden op basis van een certificaathoudersbesluit waarbij, kort gezegd, aandelen [C] zijn geruild tegen aandelen [H] B.V (hierna: [H]).¹⁰¹ Na de ruil hield [B] de niet meer gecertificeerde aandelen [C] die op haar beurt moedermaatschappij van [H] was, en hielden de certificaathouders door middel van StAK [E] certificaten van aandelen [H] (hierna: cva [H]). De statuten en de administratievoorwaarden van StAK [E] werden daar op dezelfde datum op aangepast. Het aandelenkapitaal van [H] bedroeg 18.001 gewone aandelen zodat de ruilverhouding 1:1,7686 was. StAK [F] verkreeg op die wijze (afgerond) 851 cva [H].

2.12

De statuten noch de administratievoorwaarden van StAK [F] zijn ter gelegenheid van de herstructurering en de aandelenruil gewijzigd.

2.13

Bij de herstructurering heeft tevens een herfinanciering plaatsgevonden waarbij – onder meer – de cumulatief preferente aandelen zijn ingekocht en dividend is uitgekeerd op de gewone aandelen [H]. Het door StAK [F] ontvangen (netto) dividend is grotendeels doorbetaald aan belanghebbende die op zijn beurt een deel daarvan heeft doorbetaald aan zijn kinderen.

2.14

Eén van de werknemers van [D] die – onder meer – 221 cva [H] bezat, is per 12 februari 2008 uit dienst getreden. De cva [H] van die werknemster zijn (uiteindelijk) overgenomen door drie zittende houders van cva [H]. StAK [F] heeft 121 cva [H] overgenomen. Hiervoor heeft StAK [F] toen geen certificaten van aandelen uitgegeven. StAK [F] was op dat moment derhalve houder van $(851 + 121 =) 972$ cva [H].

2.15

Op 26 juni 2008 zijn 1.033 (certificaten van) aandelen [H] ingekocht. De ingekochte aandelen zijn geamortiseerd zodat het aandelenkapitaal van [H] daarna 16.968 gewone aandelen van nominaal € 10 bedraagt.

2.16

In de wetenschap van de op handen zijnde, in 2.15 genoemde, transactie heeft belanghebbende op 24 juni 2008 met zijn drie kinderen een "OVEREENKOMST VASTSTELLING VERDELING CERTIFICATEN EN OVERDRACHT CERTIFICATEN" gesloten die, door de partijen in aanmerking nemende dat belanghebbende houder is van 876 cv cva en zijn kinderen elk 32, – onder meer – het volgende inhoudt (waarbij belanghebbende de ondergetekende sub 1 is en zijn drie kinderen de ondergetekenden sub 2, 3 en 4 zijn):

"(...)

1. Ondergetekende sub 1 verkoopt en ondergetekende sub 2 koopt 15 certificaten van certificaten van aandelen [H] BV.
2. Ondergetekende sub 1 verkoopt en ondergetekende sub 3 koopt 15 certificaten van certificaten van aandelen [H] BV.
3. Ondergetekende sub 1 verkoopt en ondergetekende sub 4 koopt 15 certificaten van certificaten van aandelen [H] BV.

(...)

5. De koopprijs is via verrekening tussen ondergetekenden per heden voldaan door de kopers aan de verkoper.
6. De verkoper zal een notaris opdracht geven om de overdracht vast te leggen in een notariële akte.
7. Aan de overdracht zijn geen opschortende – of ontbindende voorwaarden verbonden.

(...)"

De overeenkomst is 'voor gezien' mede ondertekend door [...], de belastingadviseur van belanghebbende.

2.17

Op 22 juli 2008 zijn de aandelen [H] gesplitst in de verhouding 1 : 2 zodat StAK [F] vanaf dat moment 1.944 cva [H] hield. De splitsing heeft geen gevolgen gehad voor de aandelenverhouding tussen de aandeelhouders en/of de certificaathouders.

2.18

Op 13 februari 2009 zijn voor [C], notaris te [R], drie notariële akten gepasseerd waarbij StAK [F], belanghebbende en zijn kinderen betrokken zijn.

2.19

De eerste notariële akte heeft als titel 'Uitgifte certificaten van aandelen [C] B.V.'. In deze akte is – kort gezegd – vastgelegd dat StAK [F] tegenover de cva [C] die zij op 6 juli 2007 heeft verkregen, cv cva [C] wenst uit te geven en wel 28 aan belanghebbende en één aan elk kind. Tussen partijen is niet in geschil dat deze akte, gelet op de notariële akte van uitgifte van cv cva die reeds op 6 juli 2007 is verleden (zie 2.10), nietig is.

2.20

De tweede en de derde akte hebben als titel 'Uitgifte certificaten van aandelen [H] B.V.'. In de tweede akte is – kort gezegd – vastgelegd dat StAK [F], tegenover de 121 cva [H] die zij op 28 februari 2008 heeft verkregen (zie 2.14), cv cva [H] wenst uit te geven en wel 61 aan belanghebbende en 20 aan elk van de kinderen. In de derde akte is – kort gezegd – vastgelegd dat StAK [F] 972 cv cva [H] uitgeeft, waarvan 831 aan belanghebbende en 47 aan elk van de kinderen. Deze laatstgenoemde uitgifte houdt verband met de in 2.17 genoemde splitsing.

2.21

Belanghebbende is op 3 juli 2009 ontslagen bij [D]. Bij zijn ontslag is overeengekomen dat StAK [F] de cva [H] mag behouden.

2.22

[D] is in augustus 2010 voor € 520.000.000 verkocht aan een Amerikaans private equity fonds. Op 18 augustus 2010 is per (certificaat van een) aandeel [H] € 11.940,62 dividend uitgekeerd. StAK [F] heeft – na inhouding van dividendbelasting door StAK [E] – € 19.730.680 ontvangen. Op 1 september 2010 is per (certificaat van een) aandeel [H] € 1.119,75 dividend uitgekeerd. StAK [F] heeft – na inhouding van dividendbelasting door StAK [E] – € 1.850.274 ontvangen.

2.23

Belanghebbende heeft een stuk overgelegd "Onderlinge verrekeningen [X] bij toepassing 1.668/92" waarin een overzicht wordt gegeven van de dividenduitkeringen en de toerekening daarvan aan belanghebbende en zijn kinderen, en de daaruit volgende verrekeningen.

2.24

Blijkens een toelichting op de balans per 31 december 2010 van StAK [F] hebben de certificaathouders (het Hof begrijpt: belanghebbende en de kinderen) op 30 december 2010 de certificaten (het Hof begrijpt: certificaten van certificaten) verkocht aan [D] B.V.

2.25

Belanghebbende heeft voor het onderhavige jaar aangifte gedaan van een belastbaar inkomen uit werk en woning (box 1) van € 3.535.844 en een belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (box 3) van € 1.168.139. De Inspecteur heeft, bij het vaststellen van de aanslag, de aangifte gecorrigeerd en een belastbaar inkomen uit ab (box 2) in aanmerking genomen van € 24.399.774. Bij de berekening van laatstgenoemd bedrag heeft de Inspecteur een zogenoemde step-up in aanmerking genomen van € 989.593.

Rechtbank Gelderland

2.2

De Rechtbank heeft de vraag of belanghebbende in 2010 een ab had in, uiteindelijk, [H] bevestigend beantwoord. Zij heeft daartoe overwogen dat StAK [F] een transparante stichting is, omdat belanghebbende kon beschikken over het vermogen van die stichting als ware het zijn eigen vermogen.

"(...)

31.

Als gevolg van het certificaathoudersbesluit van 6 december 2007 is tussen [C] en [B] een vennootschap geplaatst, [H]. De aandelen [C] zijn in bezit gekomen van [H] en de aandelen [H] zijn in bezit gekomen van [B] A, [B] B en STAK [E]. De certificaten van de aandelen [C] die STAK [E] bezat zijn geruild voor certificaten van aandelen [H]. Uit de statutenwijziging van STAK [E] volgt dit laatste evenzeer. STAK [F]¹¹¹ hield vanaf dat moment certificaten van aandelen [H]. De statuten van STAK [F] zijn echter niet gewijzigd. Eiser heeft ook zijn certificaten van certificaten [C] niet ingeleverd. Hij is derhalve houder van certificaten van certificaten [C] gebleven. De onderliggende certificaten zijn echter ingeleverd door STAK [F] en vervangen door certificaten [H].

32.

Eiser heeft aangevoerd dat is beoogd het vermogen van STAK [F] te certificeren en dat daarmee zijn certificaten in feite certificaten van het vermogen van STAK [F] zijn. Nog daargelaten dat het vermogen van een stichting op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) niet in aandelen kan worden verdeeld, en de juridische duiding van de door eiser voorgestane certificaten daarom niet zonder meer duidelijk is (kenmerklijk betoogt eiser dat hij de economische eigendom van het vermogen van STAK [F] bezat), is zijn stelling in strijd met de stukken. Op 6 juli 2007 heeft STAK [F] certificaten van aandelen [C] gecertificeerd, en niet haar eigen vermogen. Daarom kan eiser niet gevolgd worden in zijn betoog. Na de verhänging heeft STAK [F] - in eerste instantie - geen certificaten van certificaten [H] uitgegeven. Daarmee is het vermogensrecht dat in STAK [F] is gekomen niet in economische zin op eiser en/of zijn kinderen overgegaan.

33.

Reeds om deze reden kan geconcludeerd worden dat eiser op grond van de door hem gehouden certificaten van certificaten in 2010 geen aanmerkelijk belang in [H] hield. Daarmee wordt toegekomen aan de vraag of eiser juridisch niettemin een aanmerkelijk belang in [H] hield. Verweerder heeft ter onderbouwing van die stelling aangevoerd dat STAK [F] geen administratiekantoor in de eigenlijke zin is, en dat sprake is van ofwel een afgezonderd particulier vermogen ofwel een transparante stichting.

34.

Naar het oordeel van de rechtbank kan STAK [F] niet worden beschouwd als een administratiekantoor. Daarbij is van belang dat certificering gewoonlijk méér inhoudt dan het enkele herverdelen van vermogensrechten. Gebruikelijk is dat, evenals in STAK [E] het geval was, het stemrecht of een ander materieel recht in het administratiekantoor achterblijft en het vermogensrecht aan de certificaathouder toekomt. In STAK [F] is echter niets achtergebleven. Zij had geen stemrecht, nu dit bij de eerste certificering is achtergebleven in STAK [E]. Zij was evenmin economisch gerechtigd tot het vermogen, nu die gerechtigdheid bij eiser en zijn kinderen rustte. Een dergelijke herverdeling is geen echte certificering en daarmee kan STAK [F] niet worden beschouwd als een administratiekantoor.

35.

Gelet op het voorgaande voldoen de certificaten van aandelen die STAK [F] hield overigens, anders dan eiser meent, ook niet aan de vereisten die worden gesteld aan vereenzelviging. In het Verzamelbesluit Aanmerkelijk belang zoals dit luidde in 2010 (besluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M) is in onderdeel 6.4 opgenomen onder welke voorwaarden vereenzelviging mogelijk is. Verweerder heeft erop gewezen dat niet telkens voor ieder ingeleverd aandeel een certificaat is uitgereikt en dat de door STAK [F] ontvangen dividenden niet onmiddellijk ter beschikking van de certificaathouders zijn gesteld. Zwaarwegender acht de rechtbank dat STAK [F] als houder van certificaten van aandelen [H] niet de economisch rechthebbende was. De certificaten van aandelen kunnen onder deze omstandigheden niet worden vereenzelvigd met de aandelen. Aan de vraag of certificaten van certificaten vereenzelvigd kunnen worden met (certificaten van) aandelen wordt daarom niet toegekomen.

36.

Naar het oordeel van de rechtbank is StAK [F] aan te merken als een gewone stichting. Verweerder heeft onder meer aangevoerd dat deze stichting transparant is. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 19 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2694, is daarvoor vereist dat eiser over de vermogensbestanddelen van StAK [F] kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Dit dient op basis van de feiten te worden beoordeeld. Welke feiten daarvoor relevant (kunnen) zijn, kan behalve uit dit arrest ook uit het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4102, worden afgeleid.

37.

In dit geval acht de rechtbank doorslaggevend dat eiser enig bestuurder van StAK [F] was en dat de zeggenschap over StAK [F] uitsluitend bij hem berustte. Hij is degene die op door hem uitgekozen momenten betalingen tussen StAK [F] enerzijds en hemzelf en de kinderen anderzijds uitvoerde, deels in afwijking van de juridische verhouding tussen hem en de kinderen vanwege de door hem veronderstelde verhouding in gerechtigdheid. Daarbij is de dividenduitkering ter zake van de verhänging van [C] in eerste instantie door StAK [F] geheel aan eiser uitbetaald, die vervolgens een deel passend bij de gerechtigdheid van de kinderen aan elk van de kinderen heeft uitbetaald.

38.

Gelet op deze feiten moet geconcludeerd worden dat eiser kon beschikken over het vermogen van StAK [F] als ware het zijn eigen vermogen. Dat een deel van het vermogen aan de kinderen is betaald, maakt dit niet anders. Het gehele vermogen van StAK [F] dient als vermogen van eiser te worden beschouwd. Nu niet in geschil is dat het belang van StAK [F] ten tijde van de dividenduitkeringen in 2010 meer dan 5% bedroeg, is sprake van een voordeel uit ab.

(...)"

Gerechtshof Amhem-Leeuwarden

2.3

In tegenstelling tot de Rechtbank oordeelt het Hof dat belanghebbende geen ab heeft in [H] met de volgende overwegingen. Het Hof citeert de r.o. 31-35 van de Rechtbank en vervolgt dan als volgt.

4.11

Het Hof volgt de Rechtbank niet in haar in 4.10 geciteerde oordelen. Na de ruil van aandelen [C] tegen aandelen [H] is StAK [E] aandelen [H] gaan houden en is StAK [F] op haar beurt cva [H] gaan houden. Hoezeer ook moet worden vastgesteld dat in de statuten en administratievoorwaarden van StAK [F] geen wijzigingen zijn doorgevoerd (belanghebbende heeft erkend dat dit slordig is geweest) hoeft daaruit niet te worden geconcludeerd dat het economische belang dat belanghebbende en zijn kinderen hielden, is gewijzigd. Vast staat dat StAK [F] slechts gerechtigd was tot cva [C] die nadien zijn geruild tegen cva [H]. Andere vermogensbestanddelen had StAK [F] (nagenoeg) niet. Tussen belanghebbende, zijn kinderen en StAK [F] was volstrekt duidelijk dat het economische belang van de door hen gehouden cv cva was gelegen in de waarde van de achterliggende cva. Belanghebbende was als privé persoon en als voorzitter van StAK [F] partij bij de certificaathoudersovereenkomst die heeft geleid tot de herstructurering in december 2007. Naar het oordeel van het Hof kan aan deze gang van zaken (het niet wijzigen van de statuten en de administratievoorwaarden van StAK [F] en het niet formeel vervangen van cv cva, [C] door cv cva. [H]), niet het zeer verstrekkende gevolg worden verbonden dat belanghebbende en zijn kinderen plotseling het economische belang bij de cva [H] verloren. Belanghebbende wist wat de gevolgen van de herstructurering voor StAK [F], hemzelf en zijn kinderen waren. Uit niets blijkt dat belanghebbende op enig moment andere bedoelingen heeft gehad dan de verhoudingen tussen partijen gelijk te houden en het economische belang bij de cva [C] te vervangen door het economische belang bij de cva [H]. Evenmin is gebleken dat hij bewust, om andere bedoelingen te verhullen, het aanpassen van de statuten en de administratievoorwaarden van StAK [F] achterwege heeft gelaten. Naar het oordeel van het Hof zijn de onvolkomenheden die mogelijk zijn te constateren eenvoudig te herstellen en leiden die onvolkomenheden in de uitvoering van de bedoeling van partijen niet tot een andere (civielrechtelijke) economische gerechtigdheid tot de cva [H] dan partijen voor ogen stond. Het Hof hecht ook geloof aan de verklaring van belanghebbende, kort gezegd, dat het slechts de bedoeling was de gerechtigdheid tot het cva-belang in StAK [F] voor en na de herstructurering hetzelfde te houden. In dit verband acht het Hof die door belanghebbende gestelde bedoeling van partijen wél van belang, temeer ook nu partijen zich in het vervolg daarnaar hebben gedragen. Dat belanghebbende per abuis bij de doorbetaling van een deel van het dividend aan zijn kinderen van een onjuiste verhouding uitging, noch dat de doorbetaling door StAK [F] van het ontvangen dividend niet onverwijld heeft plaatsgevonden acht het Hof in dezen van doorslaggevend belang. In dit verband hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat hij te goeder trouw uitging van de juistheid van de gehanteerde verhoudingen, dat niet bewust met betalingen is geschoven en dat uiteindelijk, nadat duidelijkheid over de onderhavige materie is verkregen, een afrekening met zijn kinderen zal plaatsvinden op basis van de juiste verhoudingen. Dit alles leidt het Hof tot de conclusie dat de herstructurering niet heeft geleid tot een fiscaal relevante verschuiving van de economische belangen en dat voor dit geding door StAK [F] uitgegeven cv cva [C], ook na de herstructurering waarbij [H] werd tussengeschoven, moeten worden vereenzelvigd met het economische belang bij de cva [H].

4.12

StAK [F] heeft op 28 februari 2008 121 cva [H] overgenomen van de vertrekkende operational manager van [D]. Zoals hiervoor reeds opgemerkt hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat StAK [F] ook hierbij handelde met gebruikmaking van haar voorkeursrecht als eigenaar van cva [H]. Bij gebrek aan een daadwerkelijke doorcertificering door StAK [F] van deze 121 cva [H] acht het Hof aannemelijk, in het licht van hetgeen geoordeeld is in 4.11, dat het economische belang bij deze 121 cva [H] belanghebbende aanging voor 771/851 gedeelte. StAK [F] bezat immers 972 cva [H], daar zijn partijen het over eens, maar daarvan waren er 121 niet doorgecertificeerd. Van de wel doorgecertificeerde cva [C] bezat belanghebbende 405 cv cva (uit december 2006) plus 31 cv cva (uit juli 2007) ofwel 436 cv cva [C] die zijn omgeruild tegen (verhouding 1: 1,7686) 771 cva [H]. Afgerond was belanghebbende derhalve gerechtigd tot het economische belang bij 881 cv cva [H] (771 plus 771/851 maal 121), ofwel, bij een nominaal aandelenkapitaal van 18.001 stuks, 4,89 percent.

4.13

Op 24 juni 2008 heeft belanghebbende 45 cv cva [H] verkocht aan zijn kinderen. Hoewel moet worden geconstateerd dat bij gebreke van de juiste statuten en administratievoorwaarden van StAK [F] in werkelijkheid (nog) geen sprake was van cv cva [H], is het Hof van oordeel, ook hier in het licht van hetgeen is geoordeeld in 4.11, dat partijen bij die overeenkomst kunnen worden gevolgd in hun eensluidende standpunt dat zij meenden in het bezit te zijn van cv cva [H] en dat belanghebbende

op deze wijze het economische belang bij 45 cva [H] kon overdragen aan zijn kinderen. Tussen partijen was volstrekt helder wat zij wensten over te dragen, zodat geconstateerd moet worden dat, wat er verder zij van de doorcertificering en de gebreken daarin, met de overeenkomst civielrechtelijk het economische belang bij 45 cva [H] werd overgedragen. Feiten of omstandigheden die nopen tot de conclusie dat in fiscale zin moet worden afgeweken van de tussen belanghebbende en zijn kinderen geldende civiele werkelijkheid zijn door de Inspecteur niet aannemelijk gemaakt. Dat belanghebbende op deze wijze kon voorkomen dat bij hem, na de op handen zijnde amortisatie van een gedeelte van de aandelen [H], een aanmerkelijk belang ontstond kan niet als zodanig gelden. Deze mogelijkheid heeft de wetgever immers bewust onder ogen gezien en aanvaard. Voorts kan in het midden blijven wat de gevolgen zijn van het achterwege blijven van de in de overeenkomst van 24 juni 2008 aangekondigde notariële akte "om de overdracht vast te leggen". De overeenkomst zelf legt immers voldoende vast (een notariële akte is niet vereist) en het economische belang bij de cva [H], waarbij fiscaalrechtelijk moet worden aangesloten, ging over bij het sluiten van de obligatoire overeenkomst en niet bij de levering, nog daargelaten dat de levering van (cv) cva bij notariële akte niet noodzakelijk is. Na de overeenkomst van 24 juni 2008 was belanghebbende nog gerechtigd tot $771 \text{ minus } 45 = 726 \text{ cv cva [C]}$ die zijn te vereenzelvigen met $726 \text{ plus } (726/851 \text{ maal } 121 =) 103$, ofwel 829 cva [H]. Dit is een belang van 4,61 percent ($829/180,01$) welk belang, na de amortisatie stijgt tot 4,88 percent ($829/169,68$).

4.14

Ook het verlijden van de notariële akten van 13 februari 2009 brengt niet met zich dat bij belanghebbende een aanmerkelijk belang is ontstaan; Belanghebbende en zijn echtgenote hebben daarin, als vertegenwoordigers van hun kinderen en belanghebbende tevens als bestuurder van StAK [F], vastgelegd in welke verhouding de cv cva daarna zijn verdeeld. Die verdeling leidde tot een kleiner belang van belanghebbende dan eerder het geval was. Ook voor zover, per abuis uitgaande van onjuiste verhoudingen, hierbij van een onjuiste betaling en verrekening is uitgegaan hecht het Hof geloof aan de verklaring van belanghebbende dat hij te goeder trouw uitging van de juistheid van de gehanteerde verhoudingen, dat niet bewust met betalingen is geschoven en dat uiteindelijk, nadat duidelijkheid over de onderhavige materie is verkregen, een afrekening met zijn kinderen zal plaatsvinden op basis van de juiste verhoudingen. Ook voor de cv cva zoals die na het verlijden van de notariële akten waren verdeeld tussen belanghebbende en zijn kinderen geldt naar het oordeel van het Hof dat het economische belang van belanghebbende bij de cva [C] kan worden vereenzelvigd met een economisch belang bij de cva [H].

4.15

Met betrekking tot de vraag of StAK [F] als een transparante stichting moet worden aangemerkt heeft de Rechtbank overwogen:^[12]
[...]

4.16

Ook in de in 4.15 geciteerde oordelen volgt het Hof de Rechtbank niet. StAK [F] had een zelfstandige betekenis voor de relatie tussen belanghebbende en de overige certificaathouders van [C] en later [H], en voor de relatie tussen belanghebbende en de kinderen. Buiten twijfel is immers dat de kinderen zelfstandige vermogensrechten hebben jegens StAK [F] welke belangen niet slechts door belanghebbende maar ook door zijn echtgenote kunnen worden behartigd. Buiten twijfel is voorts dat één van de kinderen, nadat hij meerderjarig werd, zijn belangen bij de StAK [F] of wat daaruit financieel voor hem is voortgekomen, heeft behouden. Belanghebbende was enig bestuurder van StAK [F] maar de statuten verhinderden dit niet. Dat belanghebbende niet op de formeel juiste wijze is herbenoemd acht het Hof in dit verband minder belangrijk. Belanghebbende heeft de functie van bestuurder uitgeoefend op de momenten dat dat nodig was. StAK [F] had, naast de cva [H] (nagenoeg; zij had wel een bankrekening en moest haar eigen beheerkosten kunnen betalen) geen vermogen. Weliswaar konden in StAK [F] geen stemrechten achterblijven zoals de Rechtbank met juistheid heeft overwogen, maar uit haar cva [H] vloeide wel een (eigen) voorkeursrecht voort. Belanghebbende heeft, als bestuurder van StAK [F] dat voorkeursrecht namens StAK [F] ook daadwerkelijk uitgeoefend op grond waarvan nieuwe cva in het vermogen van StAK [F] terechtkwamen en niet in het vermogen van belanghebbende. Dat belanghebbende de bij StAK [F] binnenkomende dividenden aan zichzelf doorbetaalde ziet het Hof niet als een beschikken over het vermogen van StAK [F] als ware dat van hemzelf, maar als een handelen waartoe belanghebbende op grond van zijn bestuurschap verplicht was.

Belanghebbende kon en mocht in wezen als bestuurder van StAK [F] ook niet anders. Ook de omstandigheid dat de delen van de dividenden die de kinderen toekwamen niet rechtstreeks aan hen maar via belanghebbende zijn betaald acht het Hof eveneens van onvoldoende belang om te oordelen dat StAK [F] als transparant moet worden aangemerkt. Het Hof betreft daarbij dat belanghebbende als bestuurder van StAK [F] niet alleen gerechtigd, maar zelfs verplicht was de voor de kinderen bestemde dividenden over te maken naar (de rekening van) een van de wettelijke vertegenwoordigers van die kinderen. Gesteld noch aannemelijk geworden is dat belanghebbende de aldus ontvangen dividenden waartoe de kinderen waren gerechtigd, voor hemzelf gehouden heeft. Van enig ander vermogen dan de cva en de - verplicht doorbetaalde -

liquide middelen uit de ontvangen dividenden was geen sprake. Er was overigens dus niets waarover belanghebbende vrijelijk kon beschikken. Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur geen feiten of omstandigheden gesteld en aannemelijk gemaakt op grond waarvan aan de zelfstandige betekenis van StAK [F] moet worden voorbijgegaan en het vermogen van StAK [F] in volle omvang, dus ook de delen die de kinderen aangaan, aan belanghebbende moet worden toegerekend.

4.17

Uit het vorenstaande volgt dat naar het oordeel van het Hof moet worden uitgegaan van de zelfstandigheid van StAK [F]. Het economische belang bij het vermogen van StAK [F], de cva [H], behoort belanghebbende en zijn kinderen toe in de verhouding van de verdeling van de cv cva. Op grond daarvan kan, zowel door de uitzondering in onderdeel a als de uitzondering in onderdeel b. van het tweede lid van artikel 2.14a Wet IB 2001, geen sprake zijn van een afgezonderd particulier vermogen.

3. Inleiding

3.1

Vanwege de complexiteit van de feiten leid ik mijn beschouwing in met een beknopte weergave van de in cassatie meest relevante feiten.

3.2

Aan belanghebbende zijn cva [C] toegekend door de aandeelhouder van zijn werkgever.^[13] Deze certificaten zijn eind 2006 geleverd aan StAK [F] waarvan belanghebbende de oprichter en enig bestuurder is.^[14] StAK [F] heeft de cva [C], naar mening van belanghebbende^[15], andermaal gecertificeerd ('doorgecertificeerd') en cv cva [C] uitgegeven aan belanghebbende en zijn drie kinderen in de verhouding 405:15:15:15.^[16]

3.3

Eind 2007 heeft een herstructurering plaatsgevonden waarbij de aandelen [C] zijn geruild tegen aandelen [H].^[17] Naar aanleiding hiervan zijn noch de statuten, noch de administratievoorwaarden van StAK [F] gewijzigd.^[18]

3.4

Begin 2008 groeit het belang van StAK [F] in (cva) [H] tot 5,4%.^[19]

3.5

Partijen houdt verdeeld het antwoord op de vraag of belanghebbende een ab heeft in [H].

3.6

Belanghebbende en het Hof beantwoorden de vraag ontkennend. Zij staan voor dat het belang van StAK [F] in [H] is verdeeld over belanghebbende en zijn kinderen vanwege de doorcertificering, met als gevolg dat geen van hen een ab heeft.

3.7

De Staatssecretaris en de Rechtbank beantwoorden de vraag bevestigend. Zij staan voor dat er geen doorcertificering van de aandelen [H] heeft plaatsgevonden, omdat er geen statuten en administratievoorwaarden van StAK [F] zijn die zien op de cva [H]. De statuten en voorwaarden van StAK [F] zien namelijk op cva [C]. De cva [H] die worden gehouden door StAK [F], moeten worden toegerekend aan belanghebbende vanwege de fiscale transparantie van de stichting, en belanghebbende heeft daardoor een ab in [H], aldus de Staatssecretaris en de Rechtbank. Bovendien moet, volgens de Staatssecretaris, het vermogen van StAK [F] aan belanghebbende worden toegerekend op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 (APV^[20]-regime).

4. Het middel van cassatie

4.1

Als middel van cassatie draagt de Staatssecretaris voor: schending van het Nederlands recht, met name art. 2.14a, eerste lid en art. 4.6, onderdeel a Wet IB 2001^[21] en/of art. 8:77 Awb^[22], doordat het Hof ondanks dat belanghebbende als oprichter/enig bestuurder van een APV feitelijk zelf een belang had in [C] / [H] van meer dan 5%, toch heeft geoordeeld dat belanghebbende geen ab had omdat het steeds zijn bedoeling is geweest dat een deel van dat belang aan zijn minderjarige kinderen toegerekend had moeten worden, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen.

4.2

Het middel is verdeeld in vijf onderdelen. In het vervolg van deze conclusie zal ik successievelijk ieder onderdeel beoordelen.

5. Beoordeling van het eerste middelonderdeel

5.1

Het eerste onderdeel klaagt over het oordeel van het Hof dat de 'doorcertificering' van de cva [C] aan de kinderen van belanghebbende via StAK [F] mogelijk is. Met andere woorden: het middelonderdeel richt zich op 's Hofs oordeel dat de gekozen structuur met 'doorcertificering' van cva in het onderhavige geval mogelijk is.

5.2

Het middelonderdeel richt zich tegen de volgende overwegingen van het Hof:

4.2

Geen rechtsregel verhinderde belanghebbende zijn deelname in de cva [C] in 2006 zo te regelen dat hij 90 percent daarvan verkreeg en zijn kinderen gezamenlijk 10 percent. [...]

4.5 [...]

Dat daardoor de mogelijkheid van het op oneigenlijke wijze laten verwateren van het aanmerkelijk belang zou worden vergroot, vermag het Hof niet in te zien. Immers, ook zonder tussenkomst van StAK [F] en het door StAK [F] doorcertificeren van cva [C] zou belanghebbende een deel van de cva [C] aan zijn minderjarige kinderen hebben kunnen doen toekomen. [...]

4.18

Naar het oordeel van het Hof vloeit het recht van belanghebbende om certificaten van aandelen en cumprefs [C] te verwerven voort uit de overeenkomst die belanghebbende in 2006 sloot bij de indiensttreding bij [D]. In zoverre is sprake van, zoals door de Inspecteur genoemd, verknochtheid met belanghebbende. Het staat echter vast, en tussen partijen is niet in geschil, dat het recht op cva [C] is uitgeoefend door levering van die cva in december 2006 aan StAK [F]. Daarmee hebben die cva het vermogen van belanghebbende verlaten en is de band met de dienstbetrekking van belanghebbende en de zogenoemde verknochtheid doorbroken. Het stond belanghebbende vrij de cv cva te vervreemden aan of door StAK [F] te doen uitgeven aan zijn kinderen. Aan de eerdere verknochtheid van belanghebbende met de cva [C] kan in het onderhavige jaar niet een als voordeel uit aanmerkelijk belang of anderszins te belasten voordeel worden ontleend of toegerekend.

5.3

Volgens de Staatssecretaris verhinderen [B] en de verknochtheid tussen belanghebbende en de cva [C] de doorcertificering via StAK [F].^[23]

5.4

Het oordeel van het Hof dat belanghebbende een deel van de cva [C] aan zijn kinderen had kunnen doen toekomen, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is van feitelijke aard en is niet onbegrijpelijk. Dit oordeel is daarom in cassatie onaanastbaar.

5.5

Ten overvloede merk ik op dat het leerstuk van *fraus legis* niet van toepassing is, reeds omdat de HR eerder heeft beslist dat ab-verwateringsconstructies niet in strijd met doel en strekking van de ab-regeling zijn.^[24] Van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, is niet gebleken.

5.6

Het eerste middelonderdeel faalt.

5.7

Desalniettemin wil ik op deze plaats ingaan op de impliciete visie van de Staatssecretaris dat voor het ab-regime van belang is wie de 'houder' is van de cva en niet aan wie de voordelen uit de cva toekomen, omdat dit later in deze conclusie relevant is.

5.8

Het tegenovergestelde is naar mijn mening het geval. Niet de juridische eigenaar – of houder – maar de economische eigenaar heeft een ab.^[25]

5.9

Dit volgt onder andere uit de rechtspraak die is gewezen naar aanleiding van het gebruik van een 'stroman' om een ab te voorkomen, bijvoorbeeld het arrest *BNB 2013/42*.^[26.] In die zaak was de juridische eigenaar van de aandelen een vereniging waarvan twee echtgenoten en hun drie kinderen de enige leden waren. De HR overweegt in dat arrest:

3.3

Het Hof heeft geoordeeld dat de vereniging de aandelen in belanghebbende voor rekening en risico van A en zijn echtgenote hield en dat de vereniging slechts formeel aandeelhouder was. [...] Hiervan uitgaande is het oordeel van het Hof dat A en zijn echtgenote een aanmerkelijk belang in belanghebbende hadden juist. [...]

5.10

In de literatuur wordt dit standpunt ook onderschreven, bijvoorbeeld in *Cursus Belastingrecht*.^[27.]

Voor het zijn van aandeelhouder in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling is niet van belang of men juridisch eigenaar is. Doorslaggevend is het economische belang bij de aandelen. De economische eigendom is daarom beslissend. Degene die contractueel alle belang heeft bij de aandelen en die overigens aan de eisen van de aanmerkelijkbelangregeling voldoet, is aanmerkelijkbelanghouder ook al berust de juridische eigendom bij een ander. Dit volgt uit de strekking van de aanmerkelijkbelangregeling.

5.11

Een gebruikelijke manier om de juridische en economische eigendom van een aandeel te splitsen is certificering. Hoewel de termen 'certificering' en 'een certificaat' meermalen voorkomen in het BW^[28.], bestaan er geen wettelijke definities van deze termen.

5.12

In de Asser-serie omschrijven Van Solinge en Nieuwe Weme certificering als volgt:^[29.]

Bij certificering van aandelen verkrijgt het AK^[30.] aandelen waartegenover het certificaat uitgeeft. Het aandeel valt in het vermogen van het AK, dat juridisch gerechtigd is tot de aandelen; het houdt de aandelen echter ten titel van beheer, voor rekening van de certificaathouders.

5.13

De StAK houdt de aandelen ten titel van beheer voor de certificaathouder. Het certificaat belichaamt het vorderingsrecht van de certificaathouder op de StAK. De certificaathouder is de economische eigenaar die een aanspraak heeft jegens de certificaatuitgever, de juridische eigenaar van de aandelen.^[31.]

5.14

Uit de onderdelen 5.7 tot en met 5.13 volgt dat in het geval van gecertificeerde ab-aandelen de certificaathouder een ab heeft en niet de StAK.

5.15

De HR komt ook tot deze gevolgtrekking in zijn arrest *BNB 1996/164*.^[32.] In het arrest *BNB 1998/178* herhaalt de HR dat een certificaathouder direct (onmiddellijk) aandeelhouder is.^[33.]

Immers in cassatie is niet bestreden dat ook na omwisseling van de aandelen voor certificaat uitgegeven door de Stichting AK ACP, Ontw.mij NH het economische belang bij de aandelen in belanghebbende is blijven behouden. Daaruit volgt dat Ontw.mij.NH onmiddellijk en derhalve de Provincie Noord-Holland middellijk aandeelhouder in de zin van artikel 2, lid 7, van de Wet is gebleven.

5.16

De certificaathouder is direct aandeelhouder. Niet uit de hoedanigheid van houder van het certificaat op zich, maar omdat hij de economische eigenaar is van de aandelen. Als de certificaathouder het recht op de economische voordelen uit een ab laat toekomen aan een ander, verschuift het ab van de certificaathouder naar die ander.

6. Beoordeling van het tweede en derde middelonderdeel

6.1

Terwijl het eerste middelonderdeel zich richt tegen 's Hof's oordeel dat de doorcertificering mogelijk is, richten het tweede en derde middelonderdeel zich tegen het oordeel dat doorcertificering in het geval van belanghebbende en zijn kinderen ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

6.2

Bij de behandeling van dit middelonderdeel moeten de feiten zoals vastgesteld in r.o. 2.11 en 2.12 van 's Hofs uitspraak, die zijn weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie, vooropgesteld worden.

6.3

Ten aanzien van de fiscaalrechtelijke gevolgen van deze feitelijke vaststelling heeft het Hof geoordeeld in r.o. 4.11 en 4.13 van zijn uitspraak, zoals weergegeven in onderdeel 2.3 van deze conclusie.

6.4

De middelonderdelen klagen over het oordeel van het Hof dat geen verschuiving van het economische belang heeft plaatsgevonden als gevolg van het niet wijzigen van de administratievoorwaarden naar aanleiding van de aandelenruil die is vastgesteld in r.o. 2.11 van het Hof. De economische gerechtigdheid bij de cva [H] loopt via aandelen of cva en vereenzelviging van de cva [C] met cva [H] is niet mogelijk, aldus de Staatssecretaris. De overeenkomst van 24 juni 2008 is volgens de Staatssecretaris "niet meer en niet minder dan het verkopen/kopen van een stukje van de latere opbrengst van de cva [H] aan de kinderen, maar dit maakt de kinderen niet tot houder of certificaathouder van de cva [H]."^[34]

6.5

De klacht met betrekking tot de overeenkomst van 24 juni 2008 veronderstelt dat niet het economische belang maar het zijn van certificaathouder doorslaggevend bij de bepaling of sprake is van een ab. Zoals ik in de onderdelen 5.7 tot en met 5.10 heb betoogd, is echter het economische belang doorslaggevend.

6.6

Met betrekking tot de klacht tegen het oordeel van het Hof dat er geen verschuiving van het economisch belang heeft plaatsgevonden na de aandelenruil, merk ik het volgende op.

6.7

Het is niet in geschil dat de economische eigendom van de aandelen [H] is afgesplitst van de juridische eigendom door middel van certificering van de aandelen [H] via StAK [E]. Juridische eigenaar van de aandelen [H] is StAK [E] en de houders van cva [H] zijn – in beginsel – de economische eigenaar van de aandelen [H]. Tegen het oordeel van het Hof dat doorcertificering van de cva [H] (of [C]) via StAK [F] mogelijk is, is geklaagd, maar naar mijn mening zonder vrucht.^[35]

6.8

Dan rest de vraag of de economische eigendom van de cva [H], die op zichzelf weer de economische eigendom van de aandelen [H] vertegenwoordigen, is gelegen bij belanghebbende en zijn kinderen of dat deze door het achterwege blijven van de wijziging van de statuten en de administratievoorwaarden achter is gebleven bij StAK [F].

6.9

De criteria voor economisch eigendom^[36] zijn onder andere door de HR benoemd in *BNB 1958/84*:^[37]

wil iemand als "economisch eigenaar" van een zaak, waarvan de eigendom naar burgerlijk recht aan een ander toebehoort, kunnen worden aangemerkt, vereist is, dat economisch het belang bij die zaak geheel aan hem toekomt, hetgeen insluit, dat het risico van de waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van de zaak ten volle door hem wordt gedragen.

6.10

Zoals eerder opgemerkt in de onderdelen 5.11 tot en met 5.16 is certificering een manier om de economische en juridische eigendom te scheiden.

6.11

De certificering is gestoeld op een beheersovereenkomst^[38] en voor de *uitleg* van een overeenkomst wordt – volgens vaste jurisprudentie – de Haviltex-maatstaf gehanteerd. De HR heeft overwogen:^[39]

De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.

6.12

's Hofs oog voor de bedoeling van partijen duidt op toepassing van de Haviltex-maatstaf in onderhavige geval. Dit getuigt

mijns inziens van een onjuiste rechtsopvatting, omdat in het onderhavige geval de overeenkomst met betrekking tot de certificering van de cva [H] in zijn geheel ontbreekt.

6.13

Zoals uit de geciteerde passage uit het arrest blijkt, ziet de Haviltex-maatstaf op situaties waarin een contract onduidelijk is of leemtes laat. Dit is in het onderhavige geval niet aan de orde. De certificeringsovereenkomst die ziet op de cva [C], is duidelijk en volledig^[40] en een overeenkomst inzake de cva [H] tussen StAK [F] enerzijds en belanghebbende en zijn kinderen anderzijds ontbreekt. In tegenstelling tot het Hof ben ik van mening dat er daarom geen ruimte is om de bedoeling van partijen (te kennen uit verklaringen van belanghebbende) doorslaggevend te laten zijn voor het bepalen van de economische eigendom van de cva [H].

6.14

Uit de feiten blijkt mijns inziens niet dat partijen hebben beoogd het vermogen van StAK [F] te certificeren. Zij hebben immers het economische belang bij de cva [C] verdeeld door middel van certificaten. Het oordeel van het Hof dat de overeenkomst ten aanzien van de cva [C] vereenzelvigd moet worden met een overeenkomst ten aanzien van de cva [H], getuigt mijns inziens van een te brede toepassing van de Haviltex-leer en derhalve van een onjuiste rechtsopvatting.

6.15

Bij gebrek aan een overeenkomst die de economische eigendom van de cva [H] regelt, is mijns inziens de volledige eigendom – economische en juridische – in handen van StAK [F].

6.16

In zoverre slagen het tweede en derde middelonderdeel.

7. Beoordeling van het vierde middelonderdeel

7.1

Het vierde middelonderdeel klaagt over r.o. 4.12 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.3 van deze conclusie.

7.2

De klacht richt zich tegen 's Hofs waardering van de verklaring van belanghebbende. De Staatssecretaris acht de verklaring van belanghebbende in strijd met de feiten en meent voorts dat het Hof had moeten motiveren waarom het de verklaring en bedoeling van belanghebbende laat prevaleren.^[41]

7.3

Van strijd tussen de feiten en het oordeel van het Hof, is niet gebleken.

7.4

Waardering van bewijsmiddelen is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. In de woorden van Koopman:^[42]

De bewijswaardering is [...] steeds een feitelijke aangelegenheid.

7.5

Dit geldt ook voor de waardering van een verklaring van een van de procespartijen.^[43] Zo oordeelde de HR in *BNB* 2004/47^[44] dat 's hofs oordeel dat de verschuldigde parkeerbelasting was betaald in cassatie onaantastbaar was, ook al was dat oordeel alleen gebaseerd op de verklaring van de belanghebbende in die zaak.

7.6

Desalniettemin is een waarderingsoordeel over een verklaring in cassatie wel onderworpen aan een begrijpelijkheidstoets. Althans, als over de begrijpelijkheid wordt geklaagd zoals in het onderhavige geval.

7.7

In *BNB* 2006/132^[45] oordeelde de HR dat het oordeel van het hof dat het beroepschrift tijdig was ingediend onbegrijpelijk was:

3.1.

Het Hof heeft, na te hebben vastgesteld dat de termijn voor het instellen van beroep eindigde met 24 december 2002, geoordeeld dat belanghebbende met hetgeen hij in het verzetschrift en ter zitting heeft aangevoerd voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het beroepschrift vóór het einde van de termijn ter post is bezorgd. De stukken van het geding laten geen

andere gevolgtrekking toe dan dat dit oordeel uitsluitend is gebaseerd op hetgeen belanghebbende blijktens het proces-verbaal van de zitting van 12 maart 2004 heeft verklaard: [...].

3.2.

De stukken van het geding wijzen echter uit dat het beroepschrift het Hof heeft bereikt in een 'Port betaald' envelop waarop door de griffier van het Hof als datum van ontvangst 16 januari 2003 is vermeld, en dat tot de door belanghebbende ingezonden stukken behoort een kennelijk door hem terugontvangen, aan de Belastingdienst te Q gerichte envelop met daarop een stempelafdruk waaruit blijkt dat die envelop op 3 januari 2003 aan de balie van de Belastingdienst is ingeleverd. Nu ook de hiervoor in 3.1 weergegeven verklaring van belanghebbende geen enkel concreet aanknopingspunt biedt voor 's Hofs oordeel dat het beroepschrift binnen de termijn per post is verzonden, is dat oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

7.8

Uit deze rechtspraak maak ik op dat de waardering van een verklaring van een procespartij, waar de klacht zich tegen richt, alleen in cassatie vernietigd kan worden op grond van zijn begripelijkheid.

7.9

Ik meen echter dat het oordeel van het Hof over de verklaring van belanghebbende niet onbegrijpelijk is. Zo verschilt het oordeel van het Hof bijvoorbeeld van het vernietigde oordeel in *BNB 2006/132*^[46] doordat er wel concrete aanknopingspunten zijn die de verklaring van belanghebbende steunen.^[47]

7.10

Het vierde middelonderdeel faalt.

8. Beoordeling van het vijfde middelonderdeel

8.1

Het laatste middelonderdeel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat StAK [F] geen transparante stichting of APV is. Dit oordeel is weergegeven en gemotiveerd in r.o. 4.16 en 4.17 van de uitspraak van het Hof, die zijn opgenomen in onderdeel 2.3 van deze conclusie.

8.2

De klacht houdt in dat een administratiekantoor als StAK [F] per definitie transparant is, aangezien een StAK alleen maar stemrecht uitoefent. In het geval van StAK [F] is er zelfs geen stemrecht, omdat dat recht wordt uitgeoefend door StAK [E], aldus de Staatssecretaris.

8.3

Bij de beoordeling van dit middelonderdeel neem ik ook een klacht mee die door de Staatssecretaris is aangevoerd onder middelonderdeel drie. Deze klacht houdt in dat het oordeel van het Hof dat StAK [F] geen APV^[48] is, onjuist is.^[49] De Staatssecretaris betoogt dat StAK [F] een APV is, omdat nooit cv cva [H] zijn uitgereikt. Dit heeft op basis van art. 2.14a, lid 1 Wet IB 2001 tot gevolg dat alle bezittingen van StAK [F] aan belanghebbende worden toegerekend, aldus de Staatssecretaris.

8.4

Bij het beoordelen van deze klachten moet in het oog worden gehouden dat de transparantie rechtspraak en het APV-regime zien op verschillende situaties.^[50] Het Hof heeft dit in r.o. 4.17 miskend.

8.5

De regel die volgt uit de transparantierechtspraak, wordt naar mijn mening het beste tot uitdrukking gebracht in het arrest *BNB 1982/42*:^[51]

dat [...] het Hof heeft geoordeeld dat tussen het vermogen van de stichting en dat van belanghebbende in feite geen onderscheid bestaat, met welk oordeel het Hof tot uitdrukking heeft gebracht dat belanghebbende voor het in de stichting aanwezige vermogen kon beschikken als ware het zijn eigen vermogen;

8.6

De transparantierechtspraak ziet dus op situaties waar "in feite geen onderscheid bestaat" tussen het vermogen van een stichting en het vermogen van een andere persoon.

8.7

Het APV-regime ziet op *trust*-achtige situaties waarin het vermogen wel voldoende is afgezonderd, maar niet kan worden toegerekend aan een persoon. Zie immers de wettelijke definitie van een APV (cursivering A-G):^[52]

Voor de toepassing van dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder een afgezonderd particulier vermogen [...]: *een afgezonderd vermogen* waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij [...]

8.8

In de MvT bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot invoering van het APV-regime, wordt deze afzondering ook als gemeenschappelijk kenmerk van APV's genoemd:^[53]

Afgezonderde particuliere vermogens hebben gemeen dat eigendomsbewijzen (aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten) ontbreken. De bezittingen en schulden maken niet langer deel uit van het vermogen van degene die de vermogensbestanddelen heeft afgezonderd.

8.9

Van belang is dus of het vermogen dat door belanghebbende in StAK [F] is ondergebracht, voldoende is afgescheiden van zijn eigen vermogen. Zo nee, dan kan getoetst worden of sprake is van een transparante stichting. Zo ja, dan kan getoetst worden of toerekening plaats moet vinden op basis van art. 2.14a Wet IB 2001.

8.10

Het oordeel van het Hof dat StAK [F] geen transparante stichting is, is mijns inziens juist. Op basis van onder andere de feitelijke vaststelling van het Hof dat StAK [F] een zelfstandige betekenis had voor de relatie tussen belanghebbende en de overige certificaathouders, is het niet onbegrijpelijk dat Hof oordeelt dat het vermogen van StAK [F] daadwerkelijk en voldoende is afgescheiden van het vermogen van belanghebbende.

8.11

Voorzover het middelonderdeel hierover klaagt, faalt het.

8.12

Het oordeel van het Hof dat het vermogen (en inkomen) van StAK [F] niet moet worden toegerekend aan belanghebbende op basis van art. 2.14a Wet IB 2001, is mijns inziens onjuist.

8.13

Het Hof baseert dit oordeel immers op zijn eerdere oordeel dat het economische belang bij het vermogen van StAK [F] (i.e. de cva [H]) aan belanghebbende en zijn kinderen toekomt. Zoals betoogd in de onderdelen 6.6 tot en met 6.16 kan dit laatste oordeel naar mijn mening in cassatie niet in stand blijven.

8.14

De economische gerechtigdheid tot de voordelen uit de cva [H] is, bij het ontbreken van een overeenkomst ten aanzien van die cva, in handen van StAK [F]. De uitzonderingen genoemd in 2.14a, lid 2 Wet IB 2001 zijn derhalve niet van toepassing. De wettelijke definitie van een APV luidt immers:

Voor de toepassing van dit artikel [art. 2.14a Wet IB 2001, A-G] en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder een afgezonderd particulier vermogen, niet zijnde een sociaal belang behartigende instelling: een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van dit vermogen:

- a. een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of
- b. een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.

8.15

De vragen die resten zijn of StAK [F] een APV kan vormen en of belanghebbende meer dan bijkomstig een particulier belang heeft beoogd met het vermogen dat is afgezonderd in StAK [F].

8.16

Tijdens de parlementaire behandeling van de wetsvoorstel dat leidde tot invoering van het APV-regime, is uitdrukkelijk opgemerkt dat Nederlandse stichtingen een APV kunnen zijn.^[54]

8.17

Ten aanzien van de vraag of StAK [F] een meer dan bijkomstig particulier doel heeft, is de statutaire doelstelling van StAK [F] van belang. Uit de stukken van het geding blijkt dat het statutaire doel van StAK [F] het ten titel van certificering verkrijgen en administreren van aandelen of cva in het kapitaal van [C] is. Hieruit blijkt mijns inziens op zich geen particulier

doel.

8.18

Echter, aangezien de feitelijke situatie is dat StAK [F] alleen van doen heeft met belanghebbende als directeur en certificaathouder en met de kinderen van belanghebbende als certificaathouder, is mijns inziens sprake van een particulier belang, zulks mede gezien hetgeen is opgemerkt over het particuliere belang in de parlementaire behandeling van het APV-regime:^[55]

In het tweede lid wordt het toepassingsbereik van het voorgestelde artikel 2.14a voorts beperkt tot gevallen waarin een afgezonderd particulier vermogen een meer dan bijkomstig particulier belang dient. Particulier belang houdt in dat het belang slechts een beperkte groep personen, meestal een familie, aangaat.

8.19

Bovendien moet het begrip blijkens de parlementaire geschiedenis ruim worden uitgelegd:^[56]

De leden van de fractie van D66 vragen om een uitleg van de term 'particulier belang'. De term 'particulier belang' moet ruim worden geïnterpreteerd, waarbij in eerste instantie gezien wordt op het belang van een familie en hun verwanten. Niet wordt gezien op een algemeen nut beogend belang of een sociaal belang. Bij een particulier belang kan ook worden gedacht aan een belang van bijvoorbeeld een groep personen die een gezamenlijk vermogensbestanddeel (bijvoorbeeld een huis of een pakket opties) hebben. In het wetsvoorstel wordt gebruik gemaakt van een 'open' norm om ruimte te geven voor toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen en om een invulling aan de rechter over te laten. Het begrip wordt daarmee zoveel als mogelijk dynamisch gehouden.

8.20

Daarmee voldoet StAK [F] mijns inziens aan de voorwaarden voor een APV en moet op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 het vermogen van StAK [F] (cva [H]) worden toegerekend aan belanghebbende, omdat hij degene is die het vermogen dat hem toekwam uit hoofde van zijn dienstbetrekking, heeft afgezonderd in StAK [F] .^[57]

8.21

De klacht dat belanghebbende een ab heeft als gevolg van toerekening op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 slaagt.

9. Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van Staatssecretaris van Financiën gegrond dient te worden verklaard.

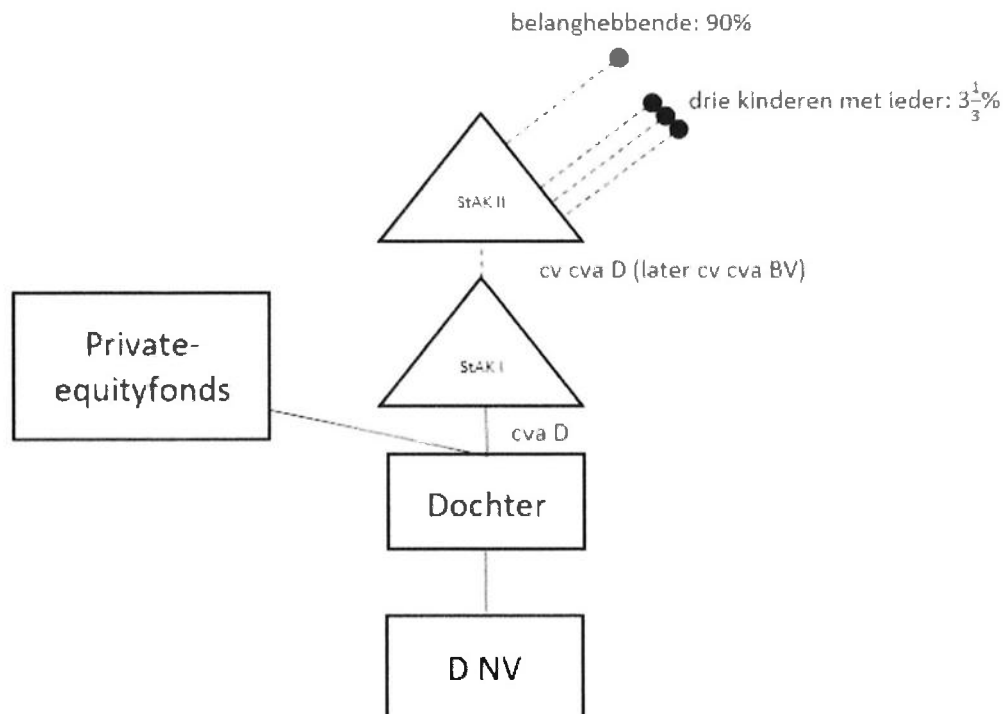
Noot

Auteur: J.P. Boer

Overzicht

1.

De feiten in onderhavige casus zijn betrekkelijk complex en onoverzichtelijk. Om die reden zet ik deze hierna eerst in (sterk) gestileerde vorm uiteen.



2.

Belanghebbende is manager bij een private-equityfonds. Op 21 augustus 2006 heeft een dochtervennootschap van het private-equityfonds alle aandelen overgenomen in D NV.^[1] D NV is de houdstervennootschap van een concern dat actief is in de kinderopvangbranche. De aandelen van eerdergenoemde dochtervennootschap zijn (deels) gecertificeerd door tussenkomst van een stichting administratiekantoor, in de uitspraak aangeduid als StAK I. Voor de goede orde merk ik op dat belanghebbende – voor zover uit de stukken kan worden opgemaakt – verder niet betrokken is geweest bij deze certificering.

3.

In verband met zijn toetreding tot het management van D NV per 2007 heeft belanghebbende 450 certificaten van gewone aandelen in de dochtermaatschappij (cva D) verkregen. Initieel betrof het een belang van 4,5% bij de gewone aandelen van de dochtervennootschap.^[2] Belanghebbende heeft deze cva D ondergebracht in een door hem opgerichte stichting administratiekantoor (hierna: StAK II). Aldus zijn belanghebbende en zijn minderjarige kinderen gerechtigd tot de 450 uitgegeven certificaten van aandelen in de dochtervennootschap (cv cva D) in de verhouding 405:15:15:15. De oorspronkelijk beoogde verdeling is derhalve 90%:3 %:3%:3%.

4.

Het 'doorcertificeren' met behulp van StAK II is in casu gedaan om te voorkomen dat bekend zou worden – niet geheel duidelijk wordt overigens ten opzichte van wie – dat de kinderen een belang hebben verkregen in de dochtervennootschap. Een ander daarmee samenhangend gevolg is dat het belang bij de cva D in de beoogde verhouding wordt verdeeld over ieder van de certificaathouders in StAK II.

5.

Op een later moment heeft StAK II nog eens 31 cva D verkregen en die aan belanghebbende doorgecertificeerd. Het belang van belanghebbende kwam daarmee – na een eerdere kapitaaluitbreiding van de dochtervennootschap – uit op 4,3%.

6.

Als gevolg van een latere herstructurering op het niveau van de dochtervennootschap in 2007 zijn de cva D vervangen door cva BV. Daarvan verkrijgt StAK II er 851 van de 18.001 (4,7%). Op dat moment zijn de statuten en certificeringsvoorwaarden van StAK II (nog) niet aangepast aan de nieuwe situatie. Niet eerder dan op 13 februari 2009 worden de benodigde aanpassingen doorgevoerd en in overeenstemming gebracht met de oorspronkelijke verdeling tussen de certificaathouders.

7.

In 2008 verkrijgt StAK II nog eens 121 cva BV en bedraagt het daarin ondergebrachte belang 5,4% (totaal 972/18.001). Volgens de initiële verdeling houdt belanghebbende dan een belang van 4,86%.

8.

Als gevolg van een amortisatie van 1.033 cva BV stijgt het belang van StAK II in cva BV tot 5,7% (972/16.968). Vlak voor deze amortisatie heeft belanghebbende evenwel 45 van zijn cv cva BV aan de kinderen overgedragen. Volgens de oorspronkelijke verdeling tussen de certificaathouders is zijn belang alsdan 4,9% (830/16.968).

9.

Om kort te gaan, belanghebbende heeft op basis van de door hem voorgestane opzet en de oorspronkelijk overeengekomen verdeling tussen de certificaathouders van StAK II op geen enkel moment de 5%-grens overschreden.

10.

In 2010 zijn de aandelen D NV verkocht en is een dividend uitgekeerd op de cva BV. De Inspecteur heeft het dividend dat door belanghebbende op de cv cva BV is ontvangen, in box 2 belast. Het Hof heeft beslist dat belanghebbende op geen enkel moment een aanmerkelijk belang heeft gehad. Het heeft hierbij in aanmerking genomen dat de statuten van StAK II weliswaar niet tijdig zijn aangepast in verband met de herstructurering (zie punt 5), maar geoordeeld dat daaraan niet het zeer verstrekkende gevolg kan worden verbonden dat door de certificaathouders van StAK II het belang bij de cva BV verloren is gegaan. Het is volgens het Hof namelijk volstrekt duidelijk dat het de bedoeling van partijen is geweest het economische belang bij de onderliggende aandelen niet te wijzigen.

11.

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën ongegrond. Hij gaat daarmee voorbij aan de conclusie van A-G Niessen waarin is betoogd dat de gebreken in de doorcertificering ten aanzien van de cva BV niet kunnen worden gerepareerd met een beroep op de bedoeling van partijen.^[3]

Het formele 5%-criterium

12.

In zijn arrest stelt de Hoge Raad voorop dat het aanmerkelijkbelangregime uitgaat van een kwantitatieve grens van 5% van het geplaatste kapitaal van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.^[4] Hierbij worden de aandelen van de belastingplichtige en zijn partner tezamen genomen. Belangen van andere personen – van (minderjarige) kinderen tot derden – worden niet meegeteld. De uitzonderingen die in dit kader in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 zijn opgenomen, zoals het fictief aanmerkelijk belang (art. 4.11 Wet IB 2001) en de meetrek- en meesleepregeling (art. 4.9 resp. 4.10 Wet IB 2001), zijn een bevestiging van deze hoofdregel.

13.

De 5%-grens is, zoals de Hoge Raad memoreert, een formeel criterium: 4,99% leidt niet tot een aanmerkelijk belang; 5,01% wel. De parlementaire behandeling laat er geen enkel misverstand over bestaan dat in het licht van dit formele criterium 'verwateringsconstructies' volstrekt toelaatbaar zijn. In dat verband is nog interessant dat het Hof in zijn voorafgaande uitspraak heeft gewezen op het in de wetgeschiedenis genoemde fenomeen van de zogeheten '20+ BV'. Het rechtscollege merkt op dat (r.o. 4.1):

"[s]lechts zogenoemde '21-aandeelhoudersvennootschappen' als verschijnsel bij samenwerkende ondernemers zoals accountants, advocaten en medisch specialisten, zijn besproken als constructie die zou moeten worden bestreden."

Hoewel in de wetgeschiedenis inderdaad is gewezen op deze situatie,^[5] kan aan deze opmerking naar mijn mening geen gevolg worden verbonden in het kader van aanmerkelijkbelangregeling.^[6] Nu de wetgever uiteindelijk heeft gekozen voor het formele 5%-criterium zou ik niet weten op basis van welke rechtsgrond bestrijding van dergelijke structuren mogelijk zou zijn.

14.

Indien de wetgever gebruik maakt van formele criteria, te denken valt aan bezitsperiodes (art. 35d Successiewet 1956) en referentieperiodes (art. 4 Wet BRV) alsmede kwantitatieve bezitseisen (art. 13 Wet VPB 1969) en leeftijdsgrenzen (art. 6.30 Wet IB 2001), dan gaat de met dat formele criterium gepaard gaande rechtszekerheid boven een van dat formele criterium

afwijkende materiële invulling van de desbetreffende bepaling om een 'grensgeval' binnen de reikwijdte van die bepaling te brengen. Daarbij speelt *fraus legis* mijns inziens geen rol: het is namelijk in overeenstemming met doel en strekking van een formeel criterium om dat criterium als zodanig toe te passen.

De (directe) 'aandeelhouder'

15.

Vervolgens herhaalt en verduidelijkt de Hoge Raad de rechtsregel uit onder meer HR 6 maart 1996, nr. 30 870, *BNB* 1996/164* en HR 18 februari 1998, nr. 33 346, *BNB* 1998/178c*. Hieruit volgt dat de houder van een certificaat van aandelen – in afwijking van het eerdere oordeel van de Hoge Raad dat de certificaathouder middellijk aandeelhouder is (HR 18 maart 1987, nr. 23 674, *BNB* 1987/229c*) – als onmiddellijk aandeelhouder wordt gezien. In het onderhavige arrest zegt de Hoge Raad het nauwkeuriger en spreekt hij over degene die de houder is van certificaten van aandelen "die het volledige economische belang bij de achterliggende aandelen vertegenwoordigen".

16.

Het arrest verduidelijkt dat de 'onmiddellijke aandeelhouder' voor toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling degene is die 'het volledige economische belang' heeft bij een aandeel. Hoewel deze rechtsregel niet nieuw is, valt op dat de Hoge Raad zijn formulering in het onderhavige arrest onomwonden kiest. In vergelijking met andere uitspraken, waarin afhankelijk van het voorliggende feitencomplex wisselende terminologie wordt gebruikt,^[7] is 'het volledige economische belang' naar mijn mening een geschikt overkoepelend criterium. Ook stromanconstructies zouden door dat criterium moeten kunnen worden bestreken.^[8]

17.

Toekomstige rechtspraak dient uit te wijzen in welke gevallen een belastingplichtige het 'volledige economische belang' heeft en wat het gevolg is indien slechts een beperkt economisch belang bij een aandeel bestaat. Wat betreft de eerste vraag richt de praktijk zich in het algemeen naar de certificeringsvoorwaarden uit het besluit van de Staatssecretaris van Financiën die leiden tot de conclusie dat de aandelen en certificaten kunnen worden vereenzelvigd.^[9] Maar wat is rechtens bij (minimale) afwijkingen ten opzichte van die certificeringsvoorwaarden, bijvoorbeeld omdat het dividend niet onmiddellijk ter beschikking van de certificaathouder wordt gesteld? Is de houder dan geen aanmerkelijkbelanghouder (meer) omdat geen sprake is van 'het volledige economische belang' en leidt deze beperkte gerechtigdheid dan tot een vordering die behoort tot de rendementsgrondslag van box 3?^[10] En hoe zit het dan met regelingen die voortborduren op de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang, zoals de gebruikelijkloonregeling en de terbeschikkingstellingsregeling? Bij structuren die van aanvang af aldus zijn gecertificeerd, zou dit betekenen dat zonder tussentijds afrekenmoment – zoals wel het geval zou zijn bij het certificeren van aandelen (of het wijzigen van de bestaande certificeringsvoorwaarden)^[11] in een reeds bestaande aandeelhoudersrelatie – een tussentijds afrekenmoment ontbreekt. In dit verband is tevens van belang welke uitleg kan worden gegeven aan de woorden 'slechts gerechtigd is tot de voordelen uit aandelen' in de gelijkstellingsbepaling voor genotsgerechtigden (art. 4.3 Wet IB 2001),^[12] om te bepalen of (alsnog) sprake is van een aanmerkelijk belang.

Certificeren en doorcertificeren

18.

Het certificeren van vermogen ten titel van beheer is een geëigende methode om het economische belang en de juridische eigendom van vermogensbestanddelen te splitsen. Het meest bekend is het certificeren van aandelen in een vennootschap, maar ook onroerende zaken, effectenportefeuilles, boten en kunstvoorwerpen (kunnen) worden gecertificeerd. Hierbij komt de juridische eigendom van het vermogensbestanddeel – in het bijzonder de zeggenschap ten aanzien van dat vermogensbestanddeel – te liggen bij een rechtspersoon, doorgaans een stichting (administratiekantoor – kortweg StAK). De door een StAK uitgegeven certificaten hebben juridisch het karakter van vorderingsrechten.^[13]

19.

Hoewel scheiding van zeggenschap en belang veelal de doelstelling zal zijn van de certificering van een vermogensbestanddeel is het splitsen daarvan evenwel geen *conditio sine qua non*. Ook het certificeren van certificaten, waaraan uit de aard der zaak geen zeggenschapsrechten ten aanzien van het aandeel kleven, behoort civielrechtelijk tot de mogelijkheden. In dat geval zal de doelstelling zijn gelegen in het verder 'doorcertificeren' van het economische belang bij het achterliggende vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld omdat een overdracht van de certificaten niet mogelijk of wenselijk is.

20.

De Hoge Raad zegt het kort en krachtig in r.o. 3.3 van dit arrest:

“Geen rechtsregel staat eraan in de weg dat een certificaat van een aandeel op zijn beurt voorwerp van certificering is. Partijen in het rechtsverkeer zijn vrij om hun belangen bij een goed bij overeenkomst in te richten op de wijze die zij wensen. Ten aanzien van certificering van aandelen geldt niet een uitzondering op dit uitgangspunt.”

Uit deze algemeen en breed verwoorde rechtsopvatting volgt dat het belanghebbende vrijstaat het certificaat nogmaals te certificeren, ook als dat certificaat hem in zijn hoedanigheid van werknemer van NV is toegekend. Deze ‘verknochtheid’ – die volgens het cassatieberoepschrift zou verhinderen dat de cva D door belanghebbende zouden kunnen worden overgedragen – neemt niet weg dat belanghebbende met behulp van de doorcertificering het economische belang bij de cva D aan zijn kinderen heeft kunnen doen toekomen. Hieraan doet niet af dat belanghebbende, indien hij de cva D zou hebben moeten overdragen in het kader van een contractuele aanbiedings- of inleverplicht, mogelijk wanprestatie zou plegen jegens D NV. Ook dit oordeel is naar mijn mening vanuit civielrechtelijk perspectief volkomen juist.

Onvolkomenheden bij de certificering

21.

Voorts wordt in het cassatieberoepschrift naar voren gebracht dat de statuten en certificeringsvoorwaarden niet tijdig zijn aangepast in verband met de herstructurering op het niveau van de dochtervennootschap, ter gelegenheid waarvan de cva D op enig moment zijn vervangen door cva BV. De Hoge Raad doet de klacht dat het Hof hieraan ten onrechte niet de gevolgtrekking heeft verbonden dat de certificering is mislukt, af als een motiveringsklacht die in cassatie geen doel kan treffen. Ik maak hieruit met enige voorzichtigheid^[14] op dat de uitleg van de Haviltex-norm door de A-G (zie voetnoot 3) naar het oordeel van de Hoge Raad een te enge opvatting inhoudt.

22.

De Hoge Raad kan dus meegaan in de vergefelijkheid die het Hof ten aanzien van de ‘foutjes’ in de uitvoering van de doorcertificering aan de dag heeft gelegd. Ik kan mij daarin vinden. Een onvolkomenheid kan snel, ongemerkt en ongewild ontstaan^[15] en om daaraan dan zeer vergaande gevolgtrekkingen te verbinden is niet in alle gevallen passend. Tegelijkertijd mag van professionele partijen worden gevraagd dat zij de door hen overeenkomstig de partijbedoelingen in het leven geroepen rechtsverhoudingen nauwkeurig regelen en ook nauwgezet onderhouden, zodat duidelijk is wat hun bedoelingen precies zijn. Het zal van het individuele geval afhangen of een onvolkomenheid door de (veronderstelde) bedoeling van partijen kan worden gered, waarbij slechts een zekere reukelijkheid kan worden verwacht indien de partijbedoelingen voldoende duidelijk kenbaar zijn.

23.

Hoewel het aan de hand van deze uitspraak niet mogelijk is algemene lijnen te trekken ten aanzien van de wijze waarop door de belastingrechter wordt omgegaan met ‘kenbare fouten’ en andere onvolkomenheden bij (fiscale) structurering, permiteer ik mij in dit verband een enkele opmerking. De rechtspraktijk kent vele verschijningsvormen van onvolkomenheden in de juridische documentatie die ten grondslag ligt aan de rechtsverhoudingen die welbewust in het leven worden geroepen teneinde een (fiscaal-)juridisch gevolg te bereiken. Deze onvolkomenheden kunnen uiteraard van grote invloed zijn op de beoogde uitkomst. Hoewel het civiele recht reparatiemogelijkheden biedt, is het de vraag op welke wijze deze voor fiscale doeleinden kunnen worden gevolgd.^[16] In zijn algemeenheid ben ik van mening dat het belastingrecht dient aan te sluiten bij de civielrechtelijke onderbouw als (rechts)feit, en – tenzij sprake is van een voorwendsel – daaraan ook het gevolg van een effectieve reparatie dient toe te kennen. Daarbij is het aan de feitenrechter om hieromtrent een oordeel te vellen (en dat zal niet altijd gemakkelijk zijn) en aan de cassatierechter om een rechtskader te scheppen dat een effectief fiscaal redres mogelijk maakt voor (reële) gevallen waarin aan een civielrechtelijke tekortkoming geen waarde behoeft te worden toegekend.

StAK geen afgezonderd particulier vermogen

24.

Tot slot komt de vraag aan de orde of een StAK als afgezonderd particulier vermogen (APV) kan worden aangemerkt. Uitgaande van de zelfstandige betekenis van StAK II en de door haar toegekende certificaten,^[17] is naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake van een APV. Gelet op de achtergrond van het APV-regime is dit ook juist. Het APV-regime beoogt immers een voorziening te treffen in de vorm van een (fictieve) toerekening van vermogen aan de ‘inbrenger’^[18] indien

tussen het discretionaire afgezonderde vermogen en de inbrenger van dat vermogen geen kanaal bestaat.^[19] Langs die weg wordt het bestaan van '(onbelast) zwevend vermogen' tegengegaan.

In art. 2.14a lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 is derhalve geregeld dat indien tegenover de afzondering van het vermogen een kanaal is ontstaan in de vorm van een 'aandeel, winstbewijs, etc.', er geen sprake is van een afzondering van vermogen. Art. 2.14a lid 2 onderdeel b Wet IB 2001, spreekt in dit verband van een 'economische deelgerechtigdheid'. Uit HR 10 april 2015, nr. 13/04999, *BNB* 2015/152*, r.o. 2.4.2, kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad met betrekking tot de invulling van die bepaling een aandeel in een transparante personenvennootschap voor ogen heeft:

"Het middel betoogt terecht dat het begrip 'economische deelgerechtigdheid' in artikel 2.14a, lid 2, letter b, van de Wet IB 2001, (...), blijkens de door de wetgever gegeven toelichtingen ziet op samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen en daarom een andere betekenis heeft dan het Hof kennelijk voor ogen staat. Deze – beperkte – opvatting sluit ook aan bij de bewoordingen van de bedoelde bepaling, aangezien niet iedere economische gerechtigdheid tot vermogensbestanddelen kan worden aangeduid als een deelgerechtigdheid."

Onderhavig arrest maakt duidelijk dat die categorie breder is en mede certificaten van aandelen omvat. Hoewel ik mij in de uitkomst daarvan volledig kan vinden – een StAK is geen APV – heb ik wel moeite met de rangschikking van certificaten van aandelen onder de gevallen genoemd in art. 2.14a lid 1 onderdeel b Wet IB 2001. Gelet op het door de Hoge Raad genoemde 'directe aandeelhouderschap' was een indeling in lidonderdeel a van die bepaling naar mijn mening juist geweest. De keuze voor lidonderdeel b in dit arrest is mijns inziens een onvolkomenheid die – gelet op de achtergrond van het APV-regime en geheel passend bij deze procedure – voor het overige zonder vergaande gevolgen kan worden aanvaard.

Voetnoten "Uitspraak"

[1.]

ECLI:NL:PHR:2019:860.

[2.]

Vgl. HR 6 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1914, en HR 18 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2451.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen.

[2.]

Aanmerkelijk belang.

[3.]

Belastingdienst/kantoor [H].

[4.]

Rechtbank Gelderland.

[5.]

Rechtbank Gelderland 23 februari 2017, nr. 15/6854, ECLI:NL:RBGEL:2017:884, *NLF* 2017/0657, m.nt. Brouwers.

[6.]

Hof Arnhem- Leeuwarden.

[7.]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 april 2018, nr. 17/00398, ECLI:NL:GHARL:2018:3621, *NLF* 2018/1053, m.nt. Verbaarschot, *FutD* 2018-1224, m.nt. redactie.

[8.]

De staatssecretaris van Financiën.

[9.]

De afkortingen gehanteerd door het Hof zal ik in het vervolg van deze conclusie volgen.

[10.]

Voetnoot A-G: ik zal deze aandelenruil in mijn conclusie aanduiden als "de aandelenruil".

[11.]

Voetnoot A-G: i.e. StAK [F].

[12.]

Voetnoot A-G: zie overwegingen 36 tot en met 38 van de Rechtbank, weergegeven in onderdeel 2.2 van deze conclusie.

[13.]

Zie r.o. 2.7 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[14.]

Zie r.o. 2.5 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[15.]

Of de 'doorcertificering' mogelijk is, is ook in geschil en wordt behandeld in onderdelen 5.1 tot en met 5.16 maar is mijns inziens niet de hoofdvraag.

[16.]

Zie r.o. 2.8 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[17.]

Zie r.o. 2.11 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[18.]

Zie r.o. 2.12 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[19.]

Zie r.o. 2.14 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[20.]

Afgezonderd particulier vermogen.

[21.]

Wet inkomstenbelasting 2001.

[22.]

Algemene wet bestuursrecht.

[23.]

Beroepschrift in cassatie, p. 5 en 6.

[24.]

HR 11 mei 1988, nr. 24 918, ECLI:NL:HR:1988:ZC3832, na concl. Van Soest, *BNB 1988/289* m.nt. Van Brunschot; HR 11 mei 1988, nr. 25 006 ECLI:NL:HR:1988:ZC3833, na concl. Van Soest, *BNB 1988/290* m.nt. Van Brunschot en HR 11 mei 1988, nr. 25 231, ECLI:NL:HR:1988:BH7350, na concl. Van Soest, *BNB 1988/291* m.nt. Van Brunschot. Merk op dat deze rechtspraak ziet op de oude ab-regeling van vóór 1997, maar ook ten aanzien van de huidige ab-regeling heeft de wetgever op de koop toe genomen dat verwatering via de kinderen van belastingplichtigen mogelijk is. Zie onder andere: Brief staatssecretaris van Financiën 15 oktober 1996, nr. WDB96/446M, *V-N 1996/4024*, 7.

[25.]

Mits – uiteraard – aan de overige voorwaarden van art. 4.6 Wet IB 2001 wordt voldaan.

[26.]

HR 23 november 2012, nr. 11/02321, ECLI:NL:HR:2012:BW4102, na concl. A-G Niessen, *BNB 2013/42* m.nt. Heithuis. Een ander voorbeeld uit de stroman-jurisprudentie is HR 17 maart 1999, nr. 34 379, ECLI:NL:HR:1999:AA2697, *BNB 1999/216*.

[27.]

Rijkers, in: *Cursus Belastingrecht* IB.4.3.1.B.c. Zie ook Zwier in NDFR commentaar bij art. 4.6 Wet IB 2001, par. 13: "Uit de jurisprudentie blijkt dat indien de economische en juridische eigendom uiteenlopen, de economische eigendom de doorslag geeft. [...] Aangenomen mag worden dat aandelen waarvan men uitsluitend de juridische eigendom bezit niet kwalificeren voor de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang." En P.W. Hofman & S. Singh, 'Certificeren van vermogen', *WFR 2017/9*: "Voor box 2 geldt dat als de certificaathouder economische eigenaar is, hij wordt geacht aandeelhouder te zijn. Indien het belang aanmerkelijk is in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001, heeft hij een onmiddellijk aanmerkelijk belang."

[28.]

Zie bijvoorbeeld art. 2:24, lid 4 BW en art. 6:193a, lid 3 BW.

[29.]

Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/658. Zie ook F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1991, p. 18: "Certificering van aandelen omvat alle rechtshandelingen die strekken tot verkrijging, krachtens overdracht of uitgifte, van aandelen door de uitgever van certificaten van die aandelen en/of tot de uitgifte van certificaten aan degene voor wie hij als rechthebbende de aandelen ten titel van beheer zal houden."

[30.]

Voetnoot A-G: Administratiekantoor. Een StAK is een soort administratiekantoor, namelijk de *stichting* administratiekantoor. Ook andere rechtspersonen kunnen optreden als administratiekantoor, bijvoorbeeld een nv.

[31.]

Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/658: "De certificaathouder heeft als economisch belanghebbende obligatoire aanspraken

jegens de juridisch gerechtigde (het AK). [...] Het AK verkrijgt de aandelen op eigen naam, wordt rechthebbende daarop, wordt in ouderwetse terminologie de 'juridisch eigenaar' terwijl de certificaathouder 'economisch eigenaar' wordt." En F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 1991, p. 19: "Het AK heeft wel de juridische macht over een gecertificeerd aandeel, doch het economische belang bij dat aandeel ligt bij de certificaathouder."

[32.]

HR 6 maart 1996, nr. 30 870, ECLI:NL:HR:1996:AA1914, *BNB 1996/164* m.nt. Van Dijk, r.o. 3.8.

[33.]

HR 18 februari 1998, nr. 33 346, ECLI:NL:HR:1998:AA2451, *BNB 1998/178* m.nt. Essers, r.o. 3.4.

[34.]

Beroepschrift in cassatie, p. 7-11.

[35.]

Zie onderdelen 5.1 tot en met 5.16 van deze conclusie.

[36.]

Of 'economische belang', de HR gebruikt de termen als synoniemen, zie HR 19 oktober 1955, nr. 12 407, ECLI:NL:HR:1955:AY2586, *BNB 1955/377*: "dat de omstandigheid, dat iemand eigenaar van en als zodanig zakelijk gerechtigd is tot enig goed, niet uitsluit, dat economisch het belang daarbij een ander toekomt, terwijl dit belang - hetwelk men den economischen eigendom zou kunnen noemen - deel kan uitmaken van het bedrijfsvermogen van dien ander".

[37.]

HR 24 december 1957, nr. 13 378, ECLI:NL:HR:1957:AY1099, *BNB 1958/84*.

[38.]

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/661: "Het vorderingsrecht vindt zijn grondslag in de krachtens een beheersovereenkomst geldende contractuele rechtsverhouding tussen AK en certificaathouder, die nader is geconcretiseerd in de administratievoorwaarden welke bij de uitgifte van certificaten tegenover de overdracht van de aandelen aan het AK van toepassing zijn verklaard. Die beheersovereenkomst is een overeenkomst van eigen aard; zij is geen opdracht en evenmin lastgeving."

[39.]

HR 13 maart 1981, 11647, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ 1981/635*.

[40.]

Zie r.o. 2.8 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[41.]

Beroepschrift in cassatie, p. 11-13.

[42.]

R.J. Koopman, *Bewijslast in belastingzaken (diss. Universiteit van Amsterdam)*, Deventer: Kluwer 1996, p. 56.

[43.]

HR 23 februari 1955, nr. 12 172, ECLI:NL:HR:1955:AY2412, *BNB 1955/131*: "O. [...] dat het een Raad van Beroep vrijstaat aan een verklaring van een der partijen volledige bewijskracht toe te kennen voor wat betreft de daarin vermelde feiten, ook al heeft de wederpartij die feiten betwist en van haar kant een andere feitelijke voorstelling van zaken gegeven;"

[44.]

HR 14 november 2003, nr. 37 901, ECLI:NL:HR:2003:AF6561, *BNB 2004/47* m.nt. Van Leijenhorst.

[45.]

HR 13 januari 2006, nr. 40 973, ECLI:NL:HR:2006:AU9516, *BNB 2006/132*.

[46.]

Zie onderdeel 7.7 van deze conclusie.

[47.]

Bijvoorbeeld de overeenkomst van 24 juni 2008. Zie daarvoor r.o. 2.16 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[48.]

Afgezonderd particulier vermogen in de zin van art. 2.14a Wet IB 2001.

[49.]

Zie r.o. 4.17 van het Hof, zoals weergegeven in onderdeel 2.3 van deze conclusie.

[50.]

Zie ook Concl. A-G Wattel 26 juni 2019, nr. 19/01293, ECLI:PHR:2019:704, onderdeel 9.7.

[51.]

HR 22 juli 1981, nr. 20 657, ECLI:NL:HR:1981:AW9380, *BNB 1982/42* m.nt. Van Dijk. Zie ook HR 10 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AA1860, *BNB 1996/94* m.nt. Zwemmer, r.o. 3,2; en HR 19 september 2014, nr. 13/04327, ECLI:NL:HR:2014:2694, *BNB 2015/11* m.nt. Heithuis, r.o. 3,3: "In deze oordelen ligt besloten dat belanghebbende en zijn echtgenote over de aan de Stichting overgedragen vermogensbestanddelen konden blijven beschikken als ware het hun eigen vermogen. Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kunnen, als verweven met waarderings van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst."

[52.]

Art. 2.14a, lid 2 Wet IB 2001.

[53.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 9.

[54.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 54: "Hoewel een doelvermogen een afgezonderd particulier vermogen kan zijn, omvat het begrip afgezonderd particulier vermogen ook die entiteiten (bijvoorbeeld stichtingen) waarvan het particulier belang meer dan bijkomstig wordt gediend." En *Kamerstukken I 2009/10, 31 930, D, p. 19*: "een Stichting Studiefonds ten behoeve van de nazaten van een familie [zal, A-G] doorgaans als APV kwalificeren."

[55.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 55.

[56.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 56.

[57.]

Art. 2.14a, lid 1 Wet IB 2001: "Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in het tweede lid, geacht bij degene die dat vermogen bij leven of bij overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te behoren, onderscheidenlijk op te komen (toerekening). [...]"

Voetnoten "Noot"

[1.]

Het is enigszins ongelukkig dat deze naamloze vennootschap in de uitspraak wordt afgekort als D NV, waarmee verwarring ontstaat ten opzichte van de certificaten in de dochtermaatschappij die als 'cva D' worden afgekort. Met die 'D' is waarschijnlijk D(ochtermaatschappij) bedoeld.

[2.]

Ik abstraheer van de (certificaten van de) cumulatief preferente aandelen in D NV.

[3.]

Zie onderdeel 6 (concl. A-G Niessen) 2 september 2019. De zogeheten Haviltex-norm zou alleen soelaas bieden bij onduidelijke contracten of contracten die leemtes laten. "Dit is in het onderhavige geval niet aan de orde. De certificeringsovereenkomst die ziet op de cva [D, JPB], is duidelijk en volledig en een overeenkomst inzake de cva [BV, JPB] tussen StAK [II, JPB] enerzijds en belanghebbende en zijn kinderen anderzijds ontbreekt", aldus de A-G.

[4.]

Zie art. 4.6 onderdeel a Wet IB 2001.

[5.]

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 115, p. 22.

[6.]

Zie ook de redactie van V-N in V-N BP21 2000/7.4.

[7.]

In HR 30 juni 1999, nr. 34 579, *BNB 1999/301*, wordt gesproken van 'het economische belang', in HR 17 maart 1999, nr. 34 379, *BNB 1999/216* van 'het economische belang en de juridische zeggenschap' en in HR 23 november 2012, nr. 11/02321, *BNB 2013/42** van het houden van de aandelen 'voor rekening en risico van'.

[8.]

Vgl. E.J.W. Heithuis in zijn noot in *BNB 2013/42**.

[9.]

Zie onderdeel 4.4 van het besluit van 9 maart 2018, nr. 2018-27139, *BNB 2018/133**.

[10.]

Zie P.W. Hofman en S. Singh, 'Certificeren van vermogen. Over toerekening, vereenzelviging, transparantie en economische eigendom', *WFR 2017/9*.

[11.]

Zie in dit verband de vraag naar de mogelijkheid van een 'lek' bij de wijziging van certificeringsvoorwaarden, *Kamerstukken II 1988/89, 21 033, nr. 5, p. 11*.

[12.]

Zie over de uitleg van deze bepaling J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU 2011, p. 239-331.

[13.]

Zie uitgebreid A.E. de Leeuw, *Scheiding van zeggenschap en belang in de familiesfeer*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (FM 162), hoofdstuk 7, alsmede S.H.M. Dusarduijn, 'Certificering van vermogen: vereenzelviging voor de inkomstenbelasting?' *WPNR* 2007/6737, p. 26-38.

[14.]

In r.o. 3.5 geeft de Hoge Raad mijns inziens niet kenbaar antwoord op deze rechtsklacht. In het cassatieberoepsschrift wordt in dit verband overigens wel gesproken over een 'onjuiste rechtstoepassing' door het Hof, maar waaruit die zou bestaan wordt evenmin duidelijk.

[15.]

Zo ontwaarde ik in dit arrest ook een foutje. De Hoge Raad verwijst in r.o. 3.4 naar 'het hetgeen hiervoor in 3.1.2 en 3.1.3 is overwogen', terwijl die nummers niet zijn gebruikt. Bedoeld zal zijn 3.2 en 3.3.

[16.]

Als voorbeeld noem ik de mogelijkheid van het invoeren van dwaling. Zie daaromtrent HR 10 januari 2020, nr. 19/01199, *BNB* 2020/37* en M.M. de Reus, 'Bewijsrechtelijke aspecten van (doorwerking van) dwaling in het belastingrecht', *WFR* 2020/100.

[17.]

Het vijfde middelonderdeel, dat inhoudt dat aan StAK II zelfstandige betekenis moet worden ontzegd, faalt mijns inziens terecht. De Hoge Raad maakt daaraan dan ook terecht nauwelijks woorden vuil (zie r.o. 3.6).

[18.]

De tekst van art. 2.14a Wet IB 2001 kent het woord 'inbrenger' niet maar spreekt van degene die het vermogen 'bij leven of bij overlijden heeft afgezonderd'.

[19.]

J.P. Boer, *De Anglo-Amerikaanse trust in de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag: SDU 2011, p. 375.

Schenkbelasting geen onderdeel van verkrijgingsprijs aanmerkelijk belang

HR 11-06-2021, ECLI:NL:HR:2021:883, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hoge Raad

Datum

11 juni 2021

Magistraten

Van Hilten, Punt, Van Loon, Faase, Beukers-van Dooren

Zaaknummer

19/04234

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS271604:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2021:883, Uitspraak, Hoge Raad, 11-06-2021

Beroepschrift, Hoge Raad, 28-04-2020

ECLI:NL:PHR:2020:428, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 28-04-2020

Wetgeving

art. 4.17c, 4.21, 4.22 en 4.39 Wet IB 2001

Essentie

De Hoge Raad oordeelt dat de schenkbelasting geen kostenpost is die in onmiddellijk verband staat met het verkrijgen van de aandelen. De verschuldigdheid van schenkbelasting vloeit namelijk voort uit vrijgevigheid en staat los van de wijze waarop die bevoordeling vorm krijgt.

Samenvatting

Vader schenkt aandelen in een holding aan zijn zoon, ter zake waarvan de zoon € 361.907 schenkbelasting voldoet. De verkrijgingsprijs van vader (€ 4400) is doorgeschoven. In geschil is of de schenkbelasting – na een juridische fusie met een andere holding – tot de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang van de zoon behoort. Volgens Rechtbank Gelderland maakt de schenkbelasting geen onderdeel uit van de verkrijgingsprijs.

In (sprong)cassatie oordeelt de Hoge Raad dat de schenkbelasting geen kostenpost is die in onmiddellijk verband staat met het verkrijgen van de aandelen. De verschuldigdheid van schenkbelasting vloeit namelijk voort uit vrijgevigheid en staat los van de wijze waarop die bevoordeling vorm krijgt, in dit geval door de overdracht van aandelen. Als bij de verkrijging een tegenprestatie ontbreekt of de tegenprestatie niet zakelijk is, wordt de verkrijgingsprijs op zakelijke wijze vastgesteld (art. 4.22 lid 1 Wet IB 2001). Daarmee strookt dus ook niet dat de schenkbelasting bij het bepalen van de verkrijgingsprijs wel in aanmerking zou worden genomen. Het beroep van X is ongegrond.

Uitspraak

Het geschil betreft de beschikking vaststelling verkrijgingsprijs van 30 mei 2018.

Na conclusie van A-G Niessen. Deze namen wij op in V-N 2020/28.4.

De uitspraak waartegen sprongcassatie is ingesteld, is van Rechtbank Gelderland 12 augustus 2019, 18/5935, V-N 2019/49.1.3.

Vaststaande feiten (ontleend aan het arrest)

2.1.1.

Belanghebbende bezat in 2014 alle aandelen in een besloten vennootschap (hierna: Holding I). De verkrijgingsprijs van dit aanmerkelijk belang als bedoeld in artikel 4.21 Wet IB 2001 was € 586.350.

2.1.2.

In 2014 heeft de vader van belanghebbende aan hem alle aandelen in een andere besloten vennootschap (hierna: Holding II) geschenken. De verkrijgingsprijs van dat aanmerkelijk belang was voor de vader € 4.400. Deze verkrijgingsprijs is met toepassing van artikel 4.17c en artikel 4.39 Wet IB 2001 doorgeschoven naar belanghebbende. Ter zake van deze schenking heeft belanghebbende € 361.907 aan schenkbelasting voldaan.

2.1.3.

Op 14 augustus 2015 heeft een juridische fusie plaatsgevonden met Holding II als verkrijgende en Holding I als verdwijnende vennootschap. Belanghebbende heeft daarbij een beroep gedaan op toepassing van artikel 3.57, lid 2, en artikel 4.41 Wet IB 2001 (vrijstelling bij juridische fusie en doorschuiving van de verkrijgingsprijs).

2.1.4.

Belanghebbende heeft de Inspecteur op de voet van artikel 4.36 Wet IB 2001 verzocht de verkrijgingsprijs van zijn aanmerkelijk belang in Holding II met toepassing van artikel 4.42, lid 3, Wet IB 2001 vast te stellen op € 952.657, zijnde de verkrijgingsprijs van de aandelen in Holding I van € 586.350, vermeerderd met de verkrijgingsprijs van de aandelen in Holding II van € 4.400 en met de betaalde schenkbelasting van € 361.907. De Inspecteur heeft het bedrag van de schenkbelasting niet tot de verkrijgingsprijs gerekend en heeft bij de onderhavige beschikking de verkrijgingsprijs vastgesteld op € 590.750.

Geschil en overwegingen van de rechtbank (ontleend aan het arrest)

2.2.1.

Bij de Rechtbank was in geschil of de door belanghebbende betaalde schenkbelasting behoort tot de ten laste van de verkrijger gekomen kosten als bedoeld in artikel 4.21, lid 1, Wet IB 2001 en daarom deel uitmaakt van de verkrijgingsprijs van het hiervoor in 2.1.4 bedoelde aanmerkelijk belang in Holding II.

2.2.2.

De Rechtbank heeft die vraag ontkennend beantwoord. Zij heeft daartoe overwogen dat op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad die is gewezen onder het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (hierna: Besluit IB 1941) het successierecht dat is betaald ter zake van de verkrijging van een aanmerkelijk belang, niet tot de kosten van de verkrijging wordt gerekend. Dat de aanmerkelijkbelangregeling nadien ingrijpend is gewijzigd, brengt volgens de Rechtbank niet mee dat schenk- of erfbelasting voortaan tot de ten laste van de verkrijger komende kosten als bedoeld in artikel 4.21, lid 1, Wet IB 2001 dient te worden gerekend.

3. Beoordeling van het middel

3.1.

Het middel is gericht tegen het hiervoor in 2.2.2 weergegeven oordeel. Het middel betoogt dat door de wijzigingen die de aanmerkelijkbelangregeling sinds de invoering van de Wet IB 1964 heeft ondergaan, de heffing van inkomstenbelasting ter zake van een aanmerkelijk belang is veranderd van een objectieve heffing in een subjectieve heffing, waardoor de onder het Besluit IB 1941 gewezen jurisprudentie is achterhaald. Ten gevolge van die ontwikkeling in de aanmerkelijkbelangregeling dient de schenkbelasting te worden gerekend tot de kosten die zijn gemaakt in onmiddellijk verband met de verkrijging van de aandelen, aldus het middel.

Arrest

3.2.

Voorafgaand aan de beoordeling van het middel overweegt de Hoge Raad het volgende.

3.2.1.

Onder verkrijgingsprijs wordt verstaan de tegenprestatie bij de verkrijging vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten (art. 4.21, lid 1, Wet IB 2001). De Rechtbank is bij haar oordeel terecht ervan uitgegaan dat in gevallen waarin de Wet IB 2001 voorziet in een doorschuiving van de verkrijgingsprijs van aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang, de verkrijgingsprijs wordt vermeerderd met de kosten die ten laste van de verkrijger zijn gekomen bij de verkrijging waarbij die doorschuiving plaatsvindt. Hoewel bij een dergelijke verkrijging de verkrijgingsprijs niet wordt bepaald op de voet van artikel 4.21, lid 1, Wet IB 2001, brengt een redelijke toepassing van de desbetreffende doorschuivingsregelingen mee dat ook in die gevallen de omvang van een (later) vervreemdingsvoordeel mede wordt bepaald door de ten laste van de verkrijger gekomen kosten als bedoeld in dat artikellid.

3.2.2.

De Rechtbank is bij haar oordeel eveneens terecht ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige, waarin de aandelen in juridisch te fuseren vennootschappen worden gehouden door één persoon en een van die vennootschappen optreedt als verkrijgende rechtspersoon, de verkrijgingsprijs van de aandelen die de aandeelhouder direct na de fusie heeft in die verkrijgende rechtspersoon niet slechts wordt bepaald door de verkrijgingsprijs van de aandelen in de verdwijnende rechtspersoon, zoals uit artikel 4.42, lid 3, Wet IB 2001 zou kunnen worden opgemaakt, maar mede door de verkrijgingsprijs van de aandelen in de vennootschap die optreedt als verkrijgende rechtspersoon.

3.3.

Met betrekking tot het middel overweegt de Hoge Raad als volgt.

3.3.1.

De regeling van het aanmerkelijk belang in de Wet IB 2001 strekt ertoe om voordelen die de belastingplichtige geniet uit een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, te betrekken in de heffing van inkomstenbelasting. Wat betreft vervreemdingsvoordelen wordt de aanmerkelijkbelanghouder in die heffing betrokken voor het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs (artikel 4.19, lid 1, Wet IB 2001). Indien bij een vervreemding of een verkrijging een tegenprestatie ontbreekt of de tegenprestatie is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst, wordt als tegenprestatie aangemerkt de waarde die ten tijde van de vervreemding, respectievelijk de verkrijging, in het economische verkeer aan de aandelen of winstbewijzen kan worden toegekend (artikel 4.22, lid 1, Wet IB 2001).

3.3.2.

Uit dit wettelijke systeem volgt dat, anders dan het middel betoogt, aan de regeling van het aanmerkelijk belang nog steeds de gedachte ten grondslag ligt dat de houder van een aanmerkelijk belang in de heffing wordt betrokken voor zijn aandeel in de winst van de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang houdt, voor zover deze winst geacht kan worden te zijn verworven gedurende de tijd waarin die houder het aanmerkelijk belang bezit en voor zover de houder deze winst realiseert.^[1]

3.4.

Kosten die ten laste van de verkrijger zijn gekomen, worden bij de bepaling van de verkrijgingsprijs in aanmerking genomen indien zij zijn gemaakt in onmiddellijk verband met de verkrijging van de aandelen.^[2] Van een door de verkrijger betaald bedrag aan schenkbelasting dat is geheven in verband met de omstandigheid dat de aandelen door schenking zijn verkregen, kan niet worden gezegd dat dit bedrag een kostenpost vormt die in onmiddellijk verband staat met de verkrijging van de aandelen. De verschuldigdheid van schenkbelasting wordt immers opgeroepen door de omstandigheid dat – op grond van in de persoonlijke sfeer van de verkrijger en degene van wie hij verkrijgt, gelegen motieven – een bevoordeling uit vrijgevigheid plaatsvindt, en staat op zichzelf beschouwd los van de wijze waarop die bevoordeling vorm krijgt, in dit geval door overdracht van aandelen.

3.5.

De omstandigheid dat, zoals het middel betoogt, de regeling van het aanmerkelijk belang in de loop der jaren door wijzigingen een meer subjectieve inslag heeft gekregen, leidt niet ertoe dat het kostenbegrip in die regeling een andere betekenis heeft gekregen.

In de systematiek van die regeling is het aanmerken van schenkbelasting als kosten in de zin van artikel 4.21, lid 1, Wet IB 2001 bovendien niet te verenigen met de verzakelijking van de verkrijgingsprijs die op de voet van artikel 4.22, lid 1, Wet IB 2001 plaatsvindt indien – kort gezegd – bij de verkrijging een tegenprestatie ontbreekt of de tegenprestatie niet zakelijk is. Bij het bepalen van de verkrijgingsprijs van geschonken aandelen wordt dus geabstraheerd van de omstandigheid die aanleiding was voor het verschuldigd worden van schenkbelasting. Daarmee strookt niet dat die schenkbelasting bij het

bepalen van die verkrijgingsprijs wel in aanmerking zou worden genomen.

3.6.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, faalt het middel. De Rechtbank heeft terecht de schenkbelasting niet tot de verkrijgingsprijs gerekend.
(Volgt ongegrondverklaring.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws

Dit arrest bepaalt dat de schenkbelasting drukkende kosten zijn en niet (deels) kunnen worden 'terugverdiend' via het verhogen van de verkrijgingsprijs voor de aanmerkelijkbelangaandelen. De uitkomst van dit arrest is in lijn met de conclusie van A-G Niessen (zie *V-N* 2020/28.4). Wij stemden in onze aantekening volmondig in met de conclusie en doen dat ook met het arrest.

De Hoge Raad heeft bovendien de moeite genomen om in te gaan op een hiaat in het wettelijke systeem. Bij een schenking van box 2-aandelen ex art. 4.17c Wet IB 2001 neemt de begiftigde de verkrijgingsprijs over die gold voor de schenker (art. 4.39c Wet IB 2001). De verkrijgingsprijs wordt voor de begiftigde in dat geval dus niet via art. 4.21 lid 1 Wet IB 2001 bepaald. En dat is belangrijk, want art. 4.21 lid 1 Wet IB 2001 bepaalt dat kosten die ten laste van de verkrijger komen, worden opgeteld bij de verkrijgingsprijs. Die mogelijkheid om kosten op te tellen bij de verkrijgingsprijs, geldt volgens de letterlijke wettekst dus alleen voor de schenker (als de verkrijgingsprijs bij hem via art. 4.21 Wet IB 2001 wordt bepaald) en niet voor de begiftigde. De Hoge Raad verduidelijkt dat een redelijke wettoepassing meebrengt dat ook door de begiftigde gemaakte kosten onderdeel uitmaken van zijn (doorgeschoven) verkrijgingsprijs. Dat past ook in de lijn van bijvoorbeeld HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:788, *BNB* 2019/132, *V-N* 2019/26.5, waarin is beslist dat de doorgeschoven verkrijgingsprijs kan worden gecorrigeerd als sprake is van een schenking onder de last een bedrag aan de schenker of een derde te voldoen.

Strikt genomen had de Hoge Raad deze verduidelijking voor deze casus niet per se nodig. Het verschaft hem wel een mooi bruggetje om het geschil te beslechten en tegelijkertijd de praktijk een dienst te bewijzen. Het bruggetje is dat de zoon dus wel 'eigen' kosten in aanmerking kan nemen, maar de schenkbelasting geen kosten zijn die in aftrek kunnen worden gebracht. De Hoge Raad verwijst naar zijn arrest van 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4201, *BNB* 2009/7, *V-N* 2008/55.13, waarin hij oordeelde dat kosten alleen kwalificeren als zij onmiddellijk verband houden met de verkrijging van de aandelen. Wij hebben daaraan niets toe te voegen.

Wij wijzen ten slotte nog op de uitspraak van Rechtbank Gelderland 2 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:990, *V-N* 2021/23.2.2. In die casus is een dochter schenkbelasting verschuldigd, omdat zij niet voldoet aan de voortzettingsvereisten van de bedrijfsopvolgingsregelingen. In lijn met dit arrest zal ook haar verkrijgingsprijs niet worden verhoogd. De dochter probeert in aanvulling daarop nog om de betaalde schenkbelasting in aanmerking te nemen als kosten van reguliere voordelen (art. 4.15 Wet IB 2001). Dat gaat in het jaar van de procedure (2014) niet lukken, aangezien de aanslag schenkbelasting pas in 2017 is opgelegd en art. 4.44 Wet IB 2001 bepaalt dat kosten van reguliere voordelen, kort gezegd, pas aftrekbaar zijn als deze zijn betaald, verrekend, ter beschikking gesteld of rentedragend zijn geworden. Maar ook in latere jaren zal voor aftrekbaarheid eerst de horde van het arrest HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4201, *BNB* 2009/7, *V-N* 2008/55.13 moeten worden genomen. Wij vermoeden dat dit niet gaat lukken.

Kijk tot slot op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van dit arrest.

Voetnoten

[1.]

Vgl. HR 9 oktober 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1677, en HR 29 april 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0847.

[2.]

Vgl. HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG4201.

Volledige toename rekening-courantvordering terecht als uitdeling aangemerkt

Hof Den Haag 02-02-2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:272, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Den Haag

Datum

2 februari 2021

Magistraten

Bosman, Zandhuis, Peters

Zaaknummer

BK-20/00327

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS270702:1

Vakgebied(en)

Dividendbelasting / Voorwerp van belasting

Brondocumenten

ECLI:NL:GHDHA:2021:272, Uitspraak, Hof Den Haag, 02-02-2021

Wetgeving

art. 3 Wet DB 1965

Essentie

Hof Den Haag oordeelt dat de inspecteur terecht de volledige toename in 2014 van de r.c.-vordering als uitdeling heeft aangemerkt. Voor de door Y opgenomen gelden is van belang in hoeverre duidelijk was dat deze niet zouden kunnen worden terugbetaald.

Samenvatting

X bv verstrekt een lening aan haar aandeelhouder in verband met de verbouwing van diens eigen woning. Verder heeft X bv een vordering in rekening-courant op haar aandeelhouder die in 2014 met € 113.979 is toegenomen tot € 1.295.000. Hof Den Haag oordeelt dat de inspecteur terecht een naheffingsaanslag dividendbelasting heeft opgelegd. Nu de totale schulden van de aandeelhouder diens totale bezittingen ruim overtreffen, zowel aan het begin van het jaar als aan het einde van het jaar, maakt de inspecteur aannemelijk dat de aandeelhouder het bedrag van € 113.979 niet kan terugbetalen. Dat de aandeelhouder in 2014 ook een stuk grond heeft verworven, maakt dat niet anders. Genoemd bedrag heeft het vermogen van X bv dus definitief verlaten en moet worden aangemerkt als een winstuitdeling.

Uitspraak

Het geschil betreft de naheffingsaanslag dividendbelasting over het jaar 2014 alsmede de belastingrentebesikking. De uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld, is van Rechtbank Den Haag, MK, 9 januari 2020, 19/4184, V-N 2020/14.21.4.

De volledige tekst van deze uitspraak vindt u hier.

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws

In bovenstaande zaak is aan de aandeelhouder ook een aanslag IB/PVV opgelegd, waartegen hij bezwaar, beroep en hoger beroep heeft ingesteld. De desbetreffende uitspraak namen wij, voorzien van een aantekening, op in *V-N* 2021/23.4. De rechter oordeelde dat het (verder) oplopen van de rekening-courant met een bedrag van € 113.979 moet worden aangemerkt als een winstuitdeling. Aangezien de bewoordingen grotendeels gelijk zijn, hebben we de onderhavige uitspraak over de dividendbelasting niet (meer) integraal opgenomen. Voor de rechterlijke macht was het efficiënter geweest als partijen waren overeengekomen om het bezwaar voor de dividendbelasting aan te houden en conform de beslissing in de inkomstenbelasting af te doen. Maar kennelijk heeft men daar niet bij stilgestaan of was een van partijen daartoe niet bereid.

De naheffingsaanslag bedroeg € 20.113, verhoogd met € 1823 belastingrente. Wat ons opviel, is dat kennelijk geen boete is opgelegd. Bij aangiftebelastingen is het in onze beleving wel gebruikelijk dat in elk geval ook een verzuimboete volgt; zie bijvoorbeeld HR 3 mei 2013, 12/01371 en 12/03274, *BNB* 2013/157, *V-N* 2013/22.13 (boete niet in geschil), Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2019, 18/00512, *V-N* 2019/38.28.16 (boete voor enkele dagen te laat indienen aangifte te hoog) en Rechtbank Noord-Holland 23 oktober 2020, AWB-20 _ 646, *V-N* 2021/2.38.10 (boete bij ontbreken vergunning terecht). Helaas is onduidelijk wat in het onderhavige geval de overwegingen zijn geweest om geen verzuimboete op te leggen. Wij zien eigenlijk geen reden waarom geen verzuimboete zou worden opgelegd.

Bij het opleggen van de aanslag dividendbelasting is de uitkering gebruteerd, omdat de dividendbelasting noch is ingehouden noch is verhaald. Dit betekent dat het oplopen van de rekening-courant met € 113.979 leidt tot een totaal belast dividend van € 134.092. De inspecteur had derhalve ook een belang bij het vooraf opleggen van een naheffingsaanslag dividendbelasting. Het hof overweegt in zijn oordeel dat de inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat ten tijde van de bijschrijvingen in 2014 op de rekening-courantlening van in totaal € 113.979 duidelijk was dat die bedragen niet aan de belanghebbende zouden kunnen worden terugbetaald en daarmee belanghebbendes vermogen dus definitief heeft verlaten. Het hof oordeelt ten slotte dat "[dat bedrag] moet worden aangemerkt als een winstuitdeling". Dat laatste oordeel lijkt ons dus wat (te) kort door de bocht, althans niet helemaal compleet. Niet alleen dat bedrag (€ 113.979) moet worden aangemerkt als een winstuitkering, maar ook de daarover verschuldigde dividendbelasting (brutering).

Toename rekening-courantschuld terecht als uitdeling aangemerkt

Hof Den Haag 02-02-2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:273, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Den Haag

Datum

2 februari 2021

Magistraten

Bosman, Zandhuis, Peters

Zaaknummer

BK-20/00328

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS269932:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:GHDHA:2021:273, Uitspraak, Hof Den Haag, 02-02-2021

Wetgeving

art. 4.13 Wet IB 2001

Essentie

Hof Den Haag oordeelt dat de inspecteur terecht de volledige toename in 2014 van de rekening-courantschuld als uitdeling heeft aangemerkt. Voor de door X opgenomen gelden is van belang in hoeverre duidelijk was dat deze niet zouden kunnen worden terugbetaald.

Samenvatting

X en zijn echtgenote A houden alle aandelen in B bv. Zij hebben in verband met de verbouwing van de eigen woning een lening bij de bv afgesloten en hebben ook nog een schuld in rekening-courant aan de bv. Ultimo 2014 bedraagt de schuld aan de bv in totaal € 1,3 mln. De toename van de rekening-courantschuld bedraagt in 2014 € 113.979. De inspecteur legt een navorderingsaanslag IB/PVV op, waarbij hij een uitdeling van € 134.093 (inclusief dividendbelasting) in aanmerking neemt. Na bezwaar rekent hij de helft van dit bedrag toe aan X en de andere helft aan A. Rechtbank Den Haag oordeelt dat de inspecteur terecht een uitdeling in aanmerking heeft genomen. X en A zijn in 2014 eigenaar geworden van een stuk grond ter waarde van € 45.000 zodat de toename van de rekening-courantschuld tot dit deel is gedekt. De rechtbank vermindert de aanslag. De inspecteur gaat in hoger beroep. Inmiddels zijn partijen het er wel over eens dat sprake is van een uitdeling, maar volgens de inspecteur heeft de rechtbank de aanslag ten onrechte verlaagd.

Hof Den Haag oordeelt dat de rechtbank de navorderingsaanslag IB/PVV inderdaad ten onrechte heeft verlaagd. Van belang is namelijk in hoeverre voor de door X in 2014 opgenomen gelden ten tijde van de bijschrijvingen op de rekening-courantschuld duidelijk was dat deze niet (ten volle) zouden kunnen worden terugbetaald. Hierbij moet weliswaar rekening worden gehouden met de waarde van de grond, maar dan slechts als onderdeel van het totale vermogen. Nu de totale schulden de totale bezittingen ruim overtreffen, zowel aan het begin als aan het einde van het jaar, maakt de inspecteur aannemelijk dat X het bedrag van € 113.979 niet kon terugbetalen. Dit bedrag heeft het vermogen van B bv dus definitief verlaten en moet worden aangemerkt als een winstuitdeling. Het gelijk is aan de inspecteur.

Uitspraak

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

Belanghebbende is gehuwd met [A] (de echtgenote). Belanghebbende en de echtgenote zijn in algehele gemeenschap van goederen gehuwd.

2.2.

Belanghebbende bezit 90% van de aandelen in [B] B.V. (de BV). De echtgenote bezit 10% van de aandelen. De BV is op 30 maart 1992 opgericht en houdt zich bezig met het beheren van (pensioen)vermogen. De aandeelhouders zijn sinds 17 februari 2006 tevens de bestuurders van belanghebbende.

2.3.

De BV heeft belanghebbende in de periode van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2005 in totaal een bedrag van € 624.966 geleend voor de verbouwing van zijn eigen woning. Op 11 september 2006 heeft belanghebbende in verband hiermee een schuldbekentenis ten behoeve van de BV ondertekend. Het saldo van de lening bedraagt zowel op 31 december 2013 als op 31 december 2014 € 658.248. Op de eigen woning is een recht van hypotheek gevestigd in verband met een door de Rabobank aan belanghebbende verstrekte lening van € 500.000.

2.4.

De BV heeft een rekening-courantvordering op belanghebbende naar de volgende saldi op 31 december van elk jaar:

2010: € 325.049

2011: € 387.106

2012: € 452.108

2013: € 523.313

2014: € 637.292

2.5.

In de motivering van zijn bezwaarschrift heeft belanghebbende zijn financiële privé-situatie per ultimo 2014 als volgt beschreven:

	"€	€
Aandelenkapitaal [B] bv, intrinsieke waarde	1.258.563	
Woonhuis [adres] [woonplaats], WOZ-waarde	452.000	
Grond 310 m² [straatnaam] [woonplaats], aankoopwaarde	45.830	
Personenauto Saab 9-3 [kenteken]	P.M.	
Personenauto Range Rover [kenteken 2]	P.M.	
Interpolis spaarverzekering [nummer]	P.M.	
[bankrekening]	14.334	
		1.750.727
Rekening-courant [B] bv	- 637.292	
Lening [B] bv	- 658.248	
Hypotheek Rabobank [hypotheeknummer]	- 500.000	
		- 1.795.540
Vermogen per 31 december 2014 exclusief stand belastingen		- 44.813"

2.6.

In een rapport van 25 juli 2016 heeft [makelaar] de woning op de waardepeildatum 22 juli 2016 getaxeerd op € 995.000.

2.7.

Uit hoofde van de lening voor de eigen woning en de rekening-courantvordering tezamen heeft de BV per 31 december 2014 in totaal € 1.295.540 te vorderen van belanghebbende. Volgens de jaarrekening van de BV bedroegen haar gestorte aandelenkapitaal en winstreserve per 31 december 2014 € 23.157 respectievelijk € 1.215.406.

2.8.

In 2014 is de rekening-courantschuld van belanghebbende aan de BV met € 113.979 opgelopen. Uit de jaarrekening van de BV blijkt het volgende verloop van de rekening-courant in 2014:

Privé-stortingen:

IB/PVV 2013 [belanghebbende]	€ 21.475
IB/PVV [de echtgenote]	€ 237
WZT 2014	€ 586
WZT 2012	€ 911
Middeling IB/PVV 2009-2010 [belanghebbende]	€ 663
Netto pensioenuitkering [belanghebbende]	€ 26.415
Netto pensioenuitkering [de echtgenote]	€ 9.174
Zakelijke kosten privé betaald	€ 7.579
	€ 67.319
Privé-opnames:	
Rente rekening-courant	€ 22.757
Buitengewone lasten	€ 4.149
Energie etc.	€ 2.265
Vaste lasten	€ 1.534
Rente hypotheek Rabobank	€ 12.250
Rente lening van de BV (eigen woning schuld)	€ 32.912
Naar privérekening	€ 47.763
Aankoop grond [woonplaats]	€ 45.380
Overige privé-opnames	€ 11.841
	€ 181.298

2.9.

De Inspecteur heeft het in 2014 per saldo in rekening-courant bijgeboekte bedrag van € 113.979 aangemerkt als uitdeling en ter zake daarvan de navorderingsaanslag opgelegd. Hij heeft daarbij de uitdeling gebruteerd op basis van de volgende formule: $(€ 113.979 / 85) * 100 = € 134.092$. In de navorderingsaanslag is een bedrag van € 20.113 aan dividendbelasting verrekend.

Bij zijn uitspraak op bezwaar heeft de Inspecteur de helft van deze bedragen toegerekend aan belanghebbende.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

4.1.

In hoger beroep is in geschil of de Rechtbank het door de Inspecteur in aanmerking genomen inkomen uit aanmerkelijk belang terecht heeft verminderd met een bedrag van € 45.000 ter zake van de grond in [woonplaats].

Overwegingen van de rechtbank (ontleend aan de hofuitspraak)

3.

De Rechtbank heeft, voor zover van belang, het volgende overwogen:

"Is sprake van een voordeel uit aanmerkelijk belang?"

14.

Indien een aandeelhouder voor persoonlijke doeleinden gelden uit de kas van de vennootschap opneemt, kan daarin een winstuitdeling zijn gelegen als het daarbij niet de bedoeling is geweest dat de aandeelhouder het opgenomen bedrag aan de vennootschap zal schuldig worden dan wel het reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de opgenomen gelden niet zouden kunnen worden terugbetaald of verrekend (HR 24 juni 1964, nr. 15 225, *BNB* 1964/196). Indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, moet deze lening worden aangemerkt als een uitdeling. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de

vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering (vgl. HR 29 oktober 2004, nr. 40296, ECLI:NL:HR:2004:AR4761). Voor het in aanmerking nemen van een uitdeling, zal de inspecteur feiten (en omstandigheden) aannemelijk moeten maken waaruit volgt dat deze lening niet kan of zal worden afgelost en de vennootschap en aandeelhouder zich daarvan bewust waren of hadden moeten zijn (HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, ECLI:NL:HR:2015:645).

15.

[De Inspecteur] heeft ter onderbouwing van zijn standpunt dat van de rekening-courantschuld € 113.979 niet kan worden terugbetaald gewezen op de vermogenspositie van de aandeelhouders gezamenlijk. Deze vermogenspositie heeft [de Inspecteur], zonder daarbij de waarde van de aandelen in B.V. te betrekken, berekend op € 740.377 negatief per 31 december 2014. [Belanghebbende] heeft hiertegen ingebracht dat de waarde van de aandelen (volgens [belanghebbende] € 1.238.563) moet worden meegerekend zodat geen sprake is van een negatieve vermogenspositie van hem. Deze opvatting volgt de rechtbank niet. Het gaat om de vraag of [belanghebbende] in 2014 door middel van de rekening-courant geld uit B.V. heeft opgenomen waarvan aannemelijk is dat niet kan en zal worden afgelost anders dan door over de winstreserves van B.V. te beschikken. Dit wordt niet anders als het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering (vgl. HR 29 oktober 2004, nr. 40.296, ECLI:NL:HR:2004:AR4761) of kan worden terugbetaald uit de opbrengst van de verkoop van aandelen (vgl. r.o. 4.14 van Hof Arnhem 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6154). [De Inspecteur] heeft voorts gewezen op de bruto-inkomsten uit vroegere dienstbetrekking van de aandeelhouders in het jaar 2014 van € 58.976 en op het feit dat die inkomsten al onvoldoende zijn om de rentelast aan de Rabobank van € 21.000 en de rentelast aan B.V. van € 55.669 te voldoen. Wat betreft de bewustheid wijst [de Inspecteur] erop dat B.V. op de hoogte was van de bestaande verplichtingen van [belanghebbende] en het privévermogen en -inkomen van [belanghebbende] en zijn echtgenote en dat de winstreserve van B.V. per 31 december 2014 € 1.215.406 bedroeg. Ook zijn er geen zekerheden gesteld of aflossingsverplichtingen overeengekomen.

16.

Met hetgeen [de Inspecteur] heeft aangevoerd, heeft hij aannemelijk gemaakt dat de toename van de rekening-courantvordering voor € 68.979 (€ 113.979 +/- € 45.000) niet volledig kan of zal worden afgelost, omdat [belanghebbende] en zijn echtgenote niet over voldoende vermogen en inkomsten beschikten om uit andere middelen dan het aandelenbezit in B.V. de aflossing van dit gedeelte van de lening te voldoen. Een uitzondering geldt voor het bedrag van € 45.000 dat staat tegenover de grond. [Belanghebbende] heeft gesteld dat de grond ultimo 2014 nog in zijn bezit was zodat dit deel van de schuld gedekt was en dat bovendien de latere verkoopopbrengst daadwerkelijk is aangewend voor aflossing van de rekening courant. Voor dit bedrag acht de rechtbank dan ook niet aannemelijk gemaakt dat het in 2014 definitief het vermogen van B.V. heeft verlaten. [De] stelling [van de Inspecteur] dat dan een uitdeling van € 45.000 ligt besloten in een ander deel van de rekening-courantvordering volgt de rechtbank niet. In geschil is immers enkel de toename van de rekening-courantvordering in 2014. De stelling van [belanghebbende] dat hij een lening bij een bank zou kunnen krijgen om de toename van de rekening-courantschuld (deels) terug te betalen, volgt de rechtbank ook niet. [Belanghebbende] heeft deze mogelijkheid immers niet benut zodat deze situatie zich hier niet voordoet.

17.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft [de Inspecteur] met hetgeen hij heeft aangevoerd ook aannemelijk gemaakt dat zowel [belanghebbende] als B.V. zich ervan bewust moeten zijn geweest dat (50% van) € 68.979 niet kon en zou worden afgelost en dat [belanghebbende] daardoor werd bevoordeeld. Dat [belanghebbende] in 2014 en eerdere jaren ook bedragen heeft teruggestort en dat een hoger rentepercentage gold dan op een andere vordering, maakt het oordeel niet anders nu B.V. en [belanghebbende] zich ervan bewust moeten zijn geweest dat [belanghebbende] (al jarenlang) per saldo een aanzienlijke schuld aan B.V. overhield.

18.

[De Inspecteur] heeft gelet op de winstreserve van B.V. ook aannemelijk gemaakt dat de uitdeling wordt gedekt door aanwezige winst. Indien de pensioenverplichting zo hoog is als [belanghebbende] stelt dan nog blijft er een aanzienlijk bedrag aan winstreserves over (€ 789.204). [Belanghebbende] heeft daartegenover niet aannemelijk gemaakt dat de winstreserves, zoals hij stelt, met € 1.215.406 verminderd dienen te worden, omdat hij de bedragen waaruit de rekening-courantschuld vóór 2014 bestond al definitief aan het vermogen van B.V. had onttrokken en omdat de daadwerkelijke waarde van de vorderingen tot dat nominale bedrag een waarde van nihil hebben.

19.

Gelet op dat wat hiervoor is overwogen, zal de rechtbank het beroep gegrond verklaren. De rechtbank zal de door [de Inspecteur] vastgestelde correctie van het inkomen uit aanmerkelijk belang verminderen tot € 40.575 (50% van (€ 68.979 x 100/85)).

20.

Niet in geschil is de belastingrente volgens de geldende wettelijke bepaling, artikel 30fc van de Awr, is berekend. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [belanghebbende] geen feiten en omstandigheden aannemelijk gemaakt op grond waarvan de belastingrente verminderd dient te worden. Wel dient de belastingrente, gelet op hetgeen in 19 is overwogen, evenredig te worden verminderd."

Overwegingen van het hof

De relatieve bevoegdheid van de Rechtbank

(...)

De winstuitdeling

5.3.

Tussen partijen is in hoger beroep niet langer in geschil dat zich een uitdeling van winst heeft voorgedaan ter zake van het positieve saldo dat de BV in 2014 heeft bijgeschreven op haar rekening-courantvordering op belanghebbende. Partijen strijden alleen nog over het bedrag van de uitdeling.

5.4.1.

Bij de behandeling van het geschilpunt stelt het Hof, evenals de Rechtbank, het volgende voorop. Uit het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7622, *BNB* 1964/196, volgt dat indien een aandeelhouder voor persoonlijke doeleinden gelden uit de kas van zijn vennootschap opneemt, daarin een winstuitdeling is gelegen indien en in zoverre hetzij daarbij niet de bedoeling heeft voorgezet dat hij het opgenomen bedrag aan de vennootschap zal schuldig worden, hetzij reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest dat de opgenomen gelden niet zouden kunnen worden terugbetaald. Een zodanige uitdeling vormt een opbrengst van aandelen als bedoeld in artikel 3, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet op de dividendbelasting 1965. In het arrest van de Hoge Raad van 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4761, *BNB* 2005/64, is geoordeeld dat indien een vennootschap aan haar aandeelhouder een lening verstrekt waarvan aannemelijk is dat deze niet kan of zal worden afgelost, deze lening moet worden aangemerkt als een onttrekking. Het bedrag van de lening heeft dan immers het vermogen van de vennootschap definitief verlaten. Dit wordt niet anders indien het bedrag van de lening kan worden verrekend met een toekomstige dividenduitkering.

5.4.2.

Naar het oordeel van het Hof heeft hetzelfde te gelden voor de mogelijkheid van verrekening met een toekomstige vervreemdingsopbrengst ter zake van de aandelen in de vennootschap, nog daargelaten of in het onderhavige geval aan de aandelen enige waarde toekomt. Een andersluidende opvatting zou niet verenigbaar zijn met het eerdergenoemde arrest van 29 oktober 2004, omdat – gezien vanuit de aandeelhouder – de vervreemding van aandelen evenzeer als de uitkering van een dividend ertoe leidt dat het vermogen van de vennootschap te gelde wordt gemaakt.

5.5.

In hoger beroep strijden partijen uitsluitend nog over de vraag voor welk bedrag ter zake van de toename van rekening-courantschuld in 2014 van (de helft van) € 113.979 sprake is van een uitdeling. Naar het oordeel van het Hof dient daarbij, gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, te worden beoordeeld in hoeverre ten aanzien van de door belanghebbende in 2014 opgenomen gelden ten tijde van de bijschrijvingen op de rekening-courantlening duidelijk was dat deze door hem niet of niet ten volle zouden kunnen worden terugbetaald. Anders dan waarvan de Rechtbank in r.o. 16 van haar uitspraak is uitgegaan, is daarbij de gehele vermogenspositie van belanghebbende en de echtgenote van belang en dus ook de totale schuld van belanghebbende aan de BV.

5.6.

Bij deze beoordeling moet de (waarde van de) door belanghebbende verworven grond in de beschouwing worden betrokken, omdat deze van invloed is op de mate waarin hij in staat kan worden geacht zijn schulden aan de BV af te lossen. Naar het oordeel van het Hof speelt de grond daarbij evenwel geen andere rol dan de overige vermogensbestanddelen van belanghebbende. Tussen partijen is namelijk niet in geschil dat, hoewel een bedrag van € 45.830 is verstrekt ter financiering van de grondaankoop in [woonplaats], in dit verband geen hypotheekrecht is gevestigd of anderszins zekerheid is gesteld met betrekking tot die grond. De zojuist bedoelde beoordeling moet daarom plaatsvinden aan de hand van de overigens door de BV aan belanghebbende verstrekte gelden en de volledige vermogenspositie van belanghebbende en de echtgenote ten tijde van de bijschrijvingen. Belanghebbende betoogt in zoverre terecht dat het erom gaat of belanghebbende tezamen met de echtgenote in het desbetreffende jaar over voldoende aflossingscapaciteit

beschikte.

5.7.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:645, *BNB* 2015/141, volgt dat de stelplicht en de bewijslast op dit punt rusten op de Inspecteur. De Inspecteur heeft in dit verband gesteld (verweerschrift in eerste aanleg) dat de maximale betalingscapaciteit van belanghebbende en de echtgenote per ultimo 2014 € 1.055.163 bedroeg (woonhuis € 995.000, grond € 45.830 en bankrekening € 14.334), terwijl de leningen van de BV en de Rabobank in totaal € 1.795.540 beliepen (rekening-courant € 637.292, eigenwoninglening € 658.248 en banklening € 500.000).

5.8.

Naar het oordeel van het Hof is de Inspecteur in de op hem rustende bewijslast geslaagd. Niet in geschil is dat de schulden van belanghebbende en de echtgenote aan het begin van het jaar 2014 in totaal € 1.681.561 bedroegen (rekening-courant € 523.313, eigenwoninglening € 658.248 en banklening € 500.000). Tegenover deze schuldpositie stonden bezittingen (exclusief de waarde van de aandelen in de BV) ter waarde van € 995.000 (woonhuis). Ultimo 2014 waren de bezittingen toegenomen met € 60.164 (grond € 45.830, bankrekening € 14.334) en de schulden toegenomen met € 113.979 (toename rekening-courantschuld), zodat de aflossingscapaciteit in de loop van het jaar verder is afgenomen. Op grond van de bezittingen en schulden was de aflossingscapaciteit van belanghebbende en de echtgenote ten tijde van de bijschrijvingen op de rekening-courantlening dus ontoereikend om het bedrag van € 113.979 te kunnen aflossen. Belanghebbende betoogt op zichzelf terecht dat ook rekening moet worden gehouden met zijn netto besteedbaar inkomen. Belanghebbende becijfert de invloed daarvan op zijn aflossingscapaciteit op ruim € 80.000. Zelfs indien dat gehele bedrag wordt opgeteld bij (uitsluitend) de bezittingen van belanghebbende en de echtgenote, resulteert dit geenszins in een toereikende aflossingscapaciteit. Het Hof volgt belanghebbende niet in zijn stelling dat hij door zekerheidstelling nog aanvullende financiering zou kunnen aantrekken, omdat de bezittingen waarop zekerheid zou kunnen worden gevestigd, al zijn meegenomen in de berekening van de aflossingscapaciteit. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad zal het Hof, zoals hiervóór is overwogen, evenmin rekening houden met de mogelijkheid de schuld te verrekenen met een toekomstige dividenduitkering door de BV of met een opbrengst van een eventuele vervreemding van de aandelen in de BV. Dit alles brengt het Hof tot het oordeel dat de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat ten tijde van de bijschrijvingen in 2014 op de rekening-courantlening van in totaal € 113.979 duidelijk was dat die bedragen niet aan de BV zouden kunnen worden terugbetaald. Dat bedrag heeft het vermogen van de BV dus definitief verlaten. De helft van dit bedrag moet worden aangemerkt als een winstuitdeling aan belanghebbende.

5.9.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het hoger beroep gegrond is.
(Volgt gegrondverklaring, vernietiging en bevestiging van de uitspraak op bezwaar.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws

De belanghebbende laat zijn schuld aan de bv wel heel erg oplopen. Terecht dat de inspecteur daar dan op enig moment kritisch naar kijkt. Partijen zijn het in hoger beroep erover eens dat sprake is van een winstuitdeling ten aanzien van de verhoging van de rekening-courantschuld in het onderhavige jaar. Alleen de omvang is kennelijk nog in geschil.

Waarde aandelen bv en dividenduitkering irrelevant

Om te bepalen of de belanghebbende in staat is om de (toename van zijn) schuld aan de bv af te lossen, wordt gekeken naar zijn totale vermogens- en inkomenspositie. Het hof (en ook de rechtbank) laten terecht de waarde van de aandelen in de bv en de mogelijkheid van dividenduitkering buiten aanmerking. Dit volgt uit HR 29 oktober 2004, 40296, *BNB* 2005/64. Het gaat immers om de vraag of met het oplopen van de schuld de belanghebbende in feite een deel van de winstreserves zich heeft toegeëigend. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, is sprake van een verkapte winstuitdeling. We merken op dat sommige adviseurs dit punt in de praktijk nog wel eens over het hoofd zien en ten onrechte ervan uitgaan dat de waarde van de aandelen en de dividendpotentie ook meetellen voor het beoordelen van de solvabiliteit van de dga. Uiteraard telt de meerwaarde op privébezittingen, zoals de eigen woning, een tweede woning of bijvoorbeeld kunstvoorwerpen, wel mee. Dat geldt ook voor in privé afgesloten (overlijdensrisico)verzekeringen of eventuele herfinancieringsmogelijkheden, hoewel met name dat laatste alleen meetelt als die mogelijkheid concreet is onderbouwd. Daar staat tegenover dat niet alle inspecteurs direct de uitdelingskaart spelen, maar zij de dga soms de mogelijkheid bieden om de bestaande posities (gefaseerd) af te bouwen. Dan moet de resterende bestedingscapaciteit in het (gezins)inkomen daarvoor uiteraard wel de ruimte bieden.

Lap grond

Gelet op de inkomens- en vermogenspositie van de belanghebbende in casu is duidelijk dat hij de opgenomen gelden niet kan terugbetalen. Rechtbank en hof verschillen dan nog van mening over de vraag of rekening moet worden gehouden met het feit dat een deel van de in dit jaar opgenomen gelden is aangewend voor de verwerving van een stuk grond. Dat stuk grond heeft op zichzelf waarde en die waarde is relevant voor het bepalen van belanghebbende's vermogenspositie om te bezien of hij in staat is zijn schuld af te lossen. De negatieve positie is echter dermate groot dat zelfs met het in aanmerking nemen van de waarde van de grond nog steeds de toename van de rekening-courantschuld niet kan worden afgelost uit zijn vermogen. Het hof kijkt daarbij nog of er nog zekerheid is gevestigd ten behoeve van de bv op de grond, maar ook dat is niet het geval. Daarvan uitgaande corrigeert het hof naar onze mening terecht het oordeel van de rechtbank.

Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap

Vanaf 2023 moet het thans bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap kwesties als deze 'regelen'; zie *V-N 2020/32.2* (memorie van toelichting algemeen), *V-N 2020/32.3* (voorstel van wet met artikelsgewijze toelichting) en *V-N 2021/8.3* (nota naar aanleiding van het verslag). Bedraagt de schuld meer dan € 500.000, dan wordt, kort gezegd, het meerdere als een fictief regulier voordeel belast in box 2. Alleen voor schulden tot maximaal € 500.000 blijft de beoordeling van de vermogens- en inkomenspositie van de dga en daarmee de onderhavige uitspraak nog relevant.

Winstuitdeling voor plastisch chirurg volgens A-G terecht in 2010 in aanmerking genomen

HR (A-G) 24-03-2021, ECLI:NL:PHR:2021:288, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hoge Raad (Advocaat-Generaal)

Datum

24 maart 2021

Zaaknummer

20/01589

Conclusie

A-G Niessen

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS267887:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:PHR:2021:288, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 24-03-2021

Wetgeving

art. 4.13 Wet IB 2001

Essentie

Advocaat-Generaal Niessen concludeert dat in 2010 terecht een uitdeling in aanmerking is genomen. Het bedrag van de uitdeling is ook correct. Ook op het moment dat vaststaat, of zo goed als zeker is, dat de leningen niet zullen worden afgelost, doet zich namelijk een uitdeling voor.

Samenvatting

X oefent zijn werkzaamheden als plastisch chirurg uit via bv's. Bij de afwikkeling van de VPB-aangiften van de bv's constateert de inspecteur dat X een aanzienlijke schuld aan de houdster-bv heeft en deze schuld in 2010 fors is toegenomen en niet kan worden afgelost. De inspecteur legt een navorderingsaanslag IB/PVV 2010 op aan X en neemt daarbij een belaste winstuitdeling van € 800.000 in aanmerking. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat de inspecteur terecht de winstuitdeling in aanmerking heeft genomen. Voorts oordeelt het hof dat het sluiten van een convenant in het kader van horizontaal toezicht niet meebrengt dat de inspecteur geen correcties zou mogen aanbrengen. X gaat in cassatie. A-G Niessen concludeert dat horizontaal toezicht geen vertrouwen wekt dat geen correcties zullen plaatsvinden. Voorts concludeert hij dat in 2010 terecht een uitdeling in aanmerking is genomen. Het bedrag van de uitdeling is ook correct. Op het moment dat vaststaat of zo goed als zeker is dat de leningen niet zullen worden afgelost, doet zich namelijk een uitdeling voor. De omvang van de uitdeling is dan het bedrag, waarvoor aflossing uitblijft, uitsluitend als gevolg van handelen of nalaten van de vennootschap ten gunste van de aanmerkelijk belanghouder als zodanig. Ten aanzien van de boete concludeert de A-G dat de gronden die het hof bezigt voor het verwijt van grove schuld, dit verwijt niet kunnen dragen. Hiernaar dient nader onderzoek te worden gedaan. Hij adviseert de Hoge Raad het beroep in cassatie gegrond te verklaren, voor zover het betrekking heeft op de boetebeschikking, en de zaak in zoverre te verwijzen.

Conclusie

Het geschil betreft de navorderingsaanslag IB/PVV 2010 en de boete- en heffingsrentebeschikkingen.

De uitspraak waartegen beroep in cassatie is ingesteld, is van Hof Arnhem-Leeuwarden, MK V, 7 april 2020, 19/00178, V-N

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws

X is enig aandeelhouder van B bv die twee vorderingen heeft op X. Een rekening-courantvordering die eind 2010 € 578.414 bedraagt en medio 2015 is opgelopen tot € 2.991.469, en een tweede vordering die eind 2010 € 225.000 bedraagt en medio 2015 is opgelopen tot € 569.253. De inspecteur concludeert tot een winstuitdeling voor het totale bedrag van de schuld per ultimo 2010 van ruim € 800.000. Tevens legt hij een boete op van 50%. De rechtbank en het hof volgen de inspecteur ten aanzien van de uitdeling. De boete matigt het hof tot 25% en vermindert de aldus bepaalde boete nog eens met 5% in verband met de overschrijding van de redelijke termijn.

Horizontaal toezicht/vertrouwensbeginsel

De aangifte van X is gedaan door een gerenommeerd belastingadvieskantoor dat een convenant horizontaal toezicht met de Belastingdienst heeft gesloten. X meent aan dit convenant dan wel de Leidraad Horizontaal Toezicht Fiscaal Dienstverleners 2016 vertrouwen te kunnen ontleenen dat de inspecteur geen gebruik zal maken van zijn navorderingsbevoegdheid, indien de aangifte is ingediend door een kantoor, waarmee een convenant is gesloten. De A-G heeft een en ander uitgeplozen en komt tot de conclusie dat noch het convenant noch de Leidraad daarover iets zegt. Sterker nog, in beide gevallen wordt uitdrukkelijk vermeld dat de uitoefening van de wettelijke bevoegdheden toelaatbaar is en blijft. Een kansloos betoog van X dus dat de A-G terecht verwerpt.

Winstuitdeling

De A-G besteedt aandacht aan de vraag op welk moment een winstuitdeling kan worden geconstateerd bij schuldverhoudingen. Hij leidt uit HR 24 juni 1964, 15225, *BNB* 1964/196 af dat een winstuitdeling ook op een later moment dan op het moment van het verstrekken van de lening kan worden geconstateerd. In dat arrest spreekt de Hoge Raad over het moment waarop de schuldvordering teniet wordt gedaan. Maar welk moment is dat? Het gaat hier om de situatie dat een lening op enig moment het karakter krijgt van een 'bodemozeputlening'. In de literatuur is gediscussieerd of het moment van het constateren van een uitdeling wordt bepaald door het moment dat de lening formeel tenietgaat of een meer materiële benadering moet worden toegepast: het moment dat zo goed als zeker is dat niet meer zal worden afgelost. De A-G volgt deze laatste benadering.

De A-G wijst er nog op dat geen sprake kan zijn van een winstuitdeling, als er nog een mogelijkheid bestaat tot verrekening, waardoor aflossing van de schuld kan plaatsvinden. Die verrekening kan echter niet bestaan uit een mogelijke toekomstige dividenduitkering uit de vennootschap; zie HR 29 oktober 2004, 40296, *BNB* 2005/64, V-N 2004/57.18. Vervolgens gaat de A-G in op de vraag tot welk bedrag sprake is van een winstuitdeling. Het is immers denkbaar dat een aanvankelijk verstrekte zakelijke lening door externe omstandigheden niet meer kan worden afgelost door de schuldenaar. Dan heeft het niet meer kunnen aflossen niets te maken met het handelen van de vennootschap/schuldeiser. Een willekeurige andere schuldeiser zou in dat geval eveneens worden geconfronteerd met een situatie dat zijn vordering niet meer zal worden afgelost. In dat geval kan geen sprake zijn van een winstuitdeling. Volgens de A-G lijkt het hof uit te gaan van de onjuiste opvatting dat bij prijsgeven door de schuldeiser sprake is van een winstuitdeling voor het gehele bedrag. Dat hoeft niet altijd het geval te zijn. In deze zaak overschrijden de privébestedingen de inkomsten van X, is de overschrijding aanzienlijk en structureel van aard en is in privé nauwelijks vermogen aanwezig, waaruit de schulden kunnen worden afgelost. Het hof heeft daardoor terecht kunnen oordelen dat het gehele bedrag als winstuitdeling moet worden aangemerkt.

Boete

Het hof acht een boete gerechtvaardigd, ondanks het feit dat X de aangifte heeft laten doen door een gerenommeerd belastingadvieskantoor. Het hof verwijt de belanghebbende dat hij zijn adviseur niet voldoende heeft geïnformeerd. De A-G wijst terecht op de staande jurisprudentie dat van een belastingplichtige die zich laat bijstaan door een deskundige adviseur, niet wordt gevergd zich te verdiepen in de fiscale materie om fouten van zijn adviseur te voorkomen. Wat betreft de informatie waarover de adviseur beschikte, acht de A-G de uitspraak van het hof onbegrijpelijk, omdat de omvang en stijging van de schuldverhouding, zoals volgt uit de jaarstukken van de bv, de adviseur al wel bekend waren.

2.10.

Per e-mail van 26 juni 2012 van de bank aan [A] worden nadere voorwaarden vastgelegd met betrekking tot de kredietverlening door de bank aan [B] B.V. (debiteur) c.s. Hierbij komen zij onder meer het volgende overeen:

- De bank zet twee leningen van € 650.000 en € 850.000 om in achtergestelde leningen en verlengt de looptijd van die leningen (oorspronkelijk 31 december 2012) met 4 jaar.
- De bank zet twee andere leningen van € 1.500.000 en € 3.700.000 om in achtergestelde leningen, zodat op jaarbasis € 400.000 aan aflossingsverplichtingen vervallen.
- Aflossingen op de achtergestelde leningen dienen in principe plaats te vinden indien de solvabiliteit groter is dan 40% en de vrij beschikbare cash flow hiertoe toereikend is.
- Voor de achtergestelde leningen hanteert de bank een vaste rente van 2,5% op jaarbasis. Bij verkoop van minimaal 75% van de aandelen zal de bank, onder bepaalde voorwaarden, een aanvullende rente berekenen van 3,75% per jaar dat de leningen een achtergesteld karakter hebben gehad.
- De voorwaarden van de overige leningen blijven ongewijzigd. De gezamenlijke aflossingsverplichting in 2012 en 2013 is gemaximeerd op € 1.500.000.
- De eventuele verkoopopbrengst van Veenwouden wordt integraal gebruikt om het krediet in rekening courant af te lossen.
- De bank stelt als voorwaarde voor deze wijzigingen dat belanghebbende een achtergestelde lening van € 2.500.000 aan debiteur verstrekt onder dezelfde voorwaarden als die de bank hanteert ter zake van de achtergestelde leningen.

2.11.

Bij overeenkomst van 6 juli 2012 verstrekt belanghebbende een achtergestelde lening aan debiteur van € 2.500.000 met een looptijd tot 31 december 2016 onder de onder 2.10. weergegeven condities (hierna: lening 1)

2.12.

Op 5 december 2012 verstrekt belanghebbende een aanvullende lening van € 350.000 aan debiteur met een looptijd tot 31 juli 2013 en een rente van 6% per jaar (hierna: lening 2).

2.13.

Het commercieel resultaat van debiteur in de jaren 2010 tot en met 2013 was als volgt:

Jaar	Omzet	Brutomarge	EBITDA	EBIT	EBT
2010	-	€ 23.782.244	€ 4.295.168	€ 1.559.004	- € 429.165
2011	€ 60.760.736	€ 22.827.192	€ 1.655.112	- € 1.610.985	- € 3.637.075
2012	€ 54.972.388	€ 21.183.043	- € 231.098	- € 3.203.062	- € 4.950.780
2013	€ 57.376.201	€ 18.774.042	- € 686.182	- € 3.750.753	€ 6.947.287

Het EBT over 2013 bevat een eenmalige bate van € 7.664.400 uit hoofde van de kwijtschelding van leningen door crediteuren.

2.14.

Per e-mail van 19 december 2013 informeert de bank [A] dat het rendement van debiteur al jaren achtereen slecht is waardoor de vermogens- en liquiditeitspositie ernstig is uitgehold en dat de continuïteit van debiteur onder druk staat. De bank is bereid om € 12.000.000 van haar vorderingen op debiteur c.s. kwijt te schelden, onder de volgende voorwaarden:

- Het kapitaal van debiteur wordt met € 3.000.000 versterkt.
- Er wordt een achtergestelde lening van € 1.000.000 verstrekt aan debiteur door een derde partij.
- De lening van belanghebbende van € 850.000 wordt achtergesteld jegens de bank.
- Belanghebbende scheldt haar achtergestelde leningen, lening 1 en lening 2 onvoorwaardelijk kwijt.
- De door [L] B.V. verstrekte lening van € 250.000 wordt onvoorwaardelijk kwijtescholden.
- De fiscus stemt in met de kwijtschelding van de leningen en stelt daar alleen tegenover dat de geactiveerde belastinglatentie van € 2.325.000 komt te vervallen.
- De bank krijgt een pandrecht op de aandelen in debiteur in eigendom bij [A] (90%).
- De bank krijgt een call optie op 45% van de aandelen van debiteur met een uitoefenprijs van € 1 voor deze aandelen.
- De reeds bestaande voorwaarden, zekerheden en condities blijven ongewijzigd van kracht.

2.15.

De hiervoor genoemde kapitaalversterking van debiteur met een bedrag van € 3.000.000 wordt als volgt gerealiseerd. [A]

stort € 2.000.000 op de aandelen/agio in debiteur, gefinancierd door middel van een lening verstrekt door belanghebbende. De heer [M] (hierna: [M]) stort, tegen uitreiking van 20 aandelen, € 1.000.000 in debiteur.

2.16.

Op 20 december 2013 verstrekt [M] een achtergestelde lening aan debiteur van € 1.000.000, met een looptijd van 5 jaar en een rentepercentage van 10% per jaar. Hiermee wordt voldaan aan de onder 2.14 omschreven voorwaarde van de bank dat een derde partij een achtergestelde lening van € 1.000.000 dient te verstrekken.

2.17.

[M] is President of the Board van [N] (hierna: [N]). [N] is een dochteronderneming van [O], een leverancier van debiteur.

2.18.

In de aangifte Vpb 2013 vermeldt belanghebbende een bedrag van € 3.029.267 aan buitengewone lasten. Dit bestaat uit de afwaardering van de vorderingen van belanghebbende op debiteur van € 2.850.000 en € 179.267. De belastbare winst volgens deze aangifte bedraagt negatief € 2.511.067.

2.19.

Bij brief van 2 februari 2016 kondigt de Inspecteur aan voornemens te zijn af te wijken van de aangifte Vpb 2013, omdat de afwaardering van de vordering niet wordt geaccepteerd.

2.20.

Bij het vaststellen van de aanslag Vpb voor het jaar 2013 weigert de Inspecteur het totaalbedrag aan buitengewone lasten. Met dagtekening 12 maart 2016 stelt de Inspecteur de aanslag Vpb voor het jaar 2013 vast, berekend naar een belastbaar bedrag van € 518.200.

2.21.

Bij uitspraak op bezwaar van 23 december 2016 heeft de Inspecteur het bezwaar van belanghebbende ongegrond verklaard omdat lening 1 en 2 als bodemloze putleningen kwalificeren (primair) dan wel als onzakelijke lening (subsidiar).

2.22.

De Rechtbank heeft lening 1 en 2 aangemerkt als onzakelijke leningen en het verlies daarop niet in aftrek toegelaten. Aangezien de Inspecteur ten onrechte een bedrag van € 179.267 aan overige buitengewone lasten niet in aftrek had toegelaten, heeft de Rechtbank het belastbaar bedrag vastgesteld op € 338.933.

Geschil

3.1.

In geschil is het antwoord op de vraag of de door belanghebbende aan debiteur verstrekte leningen, te weten lening 1 en lening 2 (hierna ook: de leningen), kwalificeren als onzakelijke leningen, op grond waarvan het door belanghebbende op beide leningen in aanmerking genomen afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is. Belanghebbende stelt primair dat beide leningen uit zakelijk oogpunt en onder zakelijke voorwaarden zijn verstrekt zodat het afwaarderingsverlies aftrekbaar is. Subsidiar stelt belanghebbende dat, voor zover beide leningen onzakelijke elementen bevatten, een zakelijke rente te bepalen is, waarmee beide leningen zakelijk kunnen worden gemaakt. Alsdan zou het geleden afwaarderingsverlies toch aftrekbaar zijn. Meer subsidiar voert belanghebbende aan dat sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan beide leningen toch als zakelijk kunnen worden aangemerkt zodat het geleden afwaarderingsverlies om die reden in aftrek mag worden gebracht. De Inspecteur neemt tegenovergestelde standpunten in.

3.2.

Tussen partijen is niet langer in geschil dat beide leningen fiscaal kwalificeren als lening.

Overwegingen van de rechtbank

(Niet opgenomen, *red.*)

Overwegingen van het hof

4.1.

Van een onzakelijke lening is sprake indien een lening wordt verstrekt aan een gelieerde partij, ter zake waarvan geen – niet-winstdelende – rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een zelfde lening te verstrekken onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Behoudens bijzondere omstandigheden moet er dan vanuit worden gegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder, dan wel dochtervennootschap, te dienen. Dit brengt met zich dat een eventueel verlies op de lening niet in mindering kan worden gebracht op de winst van de vennootschap, Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323 (ECLI:NL:HR:2011:BN3442). Bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld doen zich voor indien tussen een schuldeiser en een schuldenaar sprake is van een zakelijke relatie die ook bij afwezigheid van een concernrelatie voor die schuldeiser van voldoende gewicht zou zijn geweest om een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken en het daardoor belopen debiteurenrisico te aanvaarden, Hoge Raad, 14 oktober 2016, nr. 16/01370 (ECLI:NL:HR:2016:2340).

4.2.

Of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening, met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd als gevolg van onzakelijk handelen van de crediteur alsnog een onzakelijke lening kan worden. De bewijslast dat sprake is van een onzakelijke lening rust op de Inspecteur. Indien de Inspecteur slaagt in de op hem rustende bewijslast, dan rust op belanghebbende de bewijslast om aannemelijk te maken dat sprake is van een zakelijke relatie die ook bij afwezigheid van een concernrelatie van voldoende gewicht zou zijn geweest om een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken.

Zou een onafhankelijke derde bereid zijn geweest een zelfde lening te verstrekken?

4.3.

Volgens de Inspecteur zou een onafhankelijke derde, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, niet bereid zijn geweest dezelfde leningen te verstrekken tegen een andere dan een in wezen winstdelende vergoeding. De Inspecteur wijst in dit kader met name op het negatief eigen vermogen van debiteur per 1 januari 2012 van € 1.064.808, de op dat moment reeds bestaande schuldenlast van € 41.011.301 (waarvan € 27.496.677 verschuldigd aan de bank), de negatieve kasstromen, de door de accountant in de verklaring bij de jaarrekening 2011 geuite zorgen over de continuïteit van de onderneming, de achterstelling van beide leningen bij de vorderingen van de bank en het ontbreken van (formele) zekerheden. Ook merkt de Inspecteur op dat, ten tijde van het verstrekken van lening 1, en meer nog bij lening 2, het belanghebbende inmiddels duidelijk had moeten zijn dat de in 2012 gerealiseerde resultaten achterbleven bij de begin 2012 opgestelde prognoses.

4.4.

Gelet op de onder 4.3. genoemde omstandigheden, acht het Hof aannemelijk dat een onafhankelijke derde, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, niet bereid zou zijn geweest dezelfde leningen te verstrekken tegen een andere dan een in wezen winstdelende vergoeding. Dat in de door belanghebbende overgelegde documenten (Strategic Visioning 2012-2015 en het door [I] opgestelde Strategisch Document 2012-2015) positieve prognoses zijn opgenomen voor de jaren 2012 tot en met 2015 doet aan het voorgaande niet af. De reeds bestaande schuldenlast in verhouding tot het negatief eigen vermogen was erg groot waardoor het aan de leningen verbonden debiteurenrisico te groot was om zonder aanvullende zekerheden te aanvaarden tegen een niet-winstdelende vergoeding. Bovendien lag aan deze prognoses een groot aantal voor de resultaten gunstige aannames en inschattingen ten grondslag waardoor het geenszins zeker was dat deze prognoses daadwerkelijk gerealiseerd zouden worden. Het Hof neemt daarbij verder in aanmerking dat de bank – in het kader van de herfinanciering van debiteur – had geëist dat het garantievermogen van debiteur zou worden versterkt met een bedrag van € 2.500.000 (aanvankelijk als kapitaalstorting, maar uiteindelijk gerealiseerd door middel van het verstrekken van lening 1 als achtergestelde lening). Het feit dat belanghebbende, op grond van een verrekeningsovereenkomst, gerechtigd zou zijn om de door belanghebbende aan debiteur verschuldigde bedragen voor de aankoop van producten te verrekenen met de door debiteur aan belanghebbende verschuldigde rente en aflossingen, leidt niet tot een ander oordeel. Niet alleen heeft een dergelijke verrekening nimmer plaatsgevonden, maar belanghebbende zou daarmee tevens de financieringsvoorwaarden van de overeenkomst van debiteur met de bank overtreden. Gelet op de afhankelijkheid van de bank acht het Hof niet aannemelijk dat een beroep op de verrekening voor belanghebbende een reële optie was.

Zakelijke rente te bepalen?

4.5.

Belanghebbende heeft verder betoogd dat, uit het feit dat [M] in 2013 een lening van € 1.000.000 tegen een rente van 10%

per jaar heeft verstrekt, volgt dat een (niet van de winst van debiteur afhankelijke) vergoeding kan worden vastgesteld waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest de leningen te verstrekken. Het Hof volgt belanghebbende niet in diens stelling. De omstandigheden waaronder deze lening werd verstrekt wijken teveel af van die ten tijde waarop belanghebbende lening 1 en 2 heeft verstrekt. Naar het oordeel van het Hof volgt uit het verstrekken van de lening door [M] dan ook niet dat een – niet in wezen winstdelende – zakelijke vergoeding bepaald had kunnen worden voor lening 1 en 2. Het Hof wijst in dit kader op de onder 2.14. tot en met 2.16. beschreven herfinanciering van debiteur, waar de lening van [M] onderdeel van uitmaakte. Ook overigens acht het Hof het niet aannemelijk dat een andere dan een in wezen winstdelende vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde debiteurenrisico te aanvaarden.

4.6.

Het feit dat belanghebbende op het moment van verstrekken van lening 2 reeds een vordering had op debiteur van € 2.500.000 leidt niet tot een andere beoordeling van lening 2. Uit hetgeen [A] ter zitting heeft verklaard volgt immers dat belanghebbende lening 2 niet heeft verstrekt om de kans dat lening 1 zou worden terugbetaald te vergroten.

Aanwezigheid van bijzondere omstandigheden?

4.7.

Belanghebbende stelt dat er bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht zijn op grond waarvan belanghebbende ook bij afwezigheid van een concernrelatie bereid zou zijn geweest de leningen onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken en het daardoor belopen debiteurenrisico te aanvaarden. Ten eerste heeft belanghebbende gewezen op het feit dat debiteur (tezamen met haar werkmaatschappijen) verantwoordelijk was voor de productie van nagenoeg alle diervoeding die [E] verkocht, waaronder producten onder de merknamen [F] en [G] die belanghebbende in 2011 voor een bedrag van € 1.500.000 van debiteur heeft gekocht. Ten tweede heeft belanghebbende erop gewezen dat de continuïteit van de [C] Group van groot belang was gelet op de verkoop van [D] en de in het kader van deze verkoop gesloten samenwerkingsovereenkomsten zoals benoemd onder 2.9. Indien belanghebbende de leningen 1 en 2 niet zou hebben verstrekt dan zou belanghebbende niet in staat zijn geweest de overeengekomen verkoopprijs te realiseren dan wel te behouden en daarbij aanzienlijke juridische kosten (begroot op € 1.000.000) hebben moeten maken. In het verlengde van de koopovereenkomst ligt ook de door belanghebbende met [D] gesloten huurovereenkomst voor een bedrag van € 210.000, waardoor belanghebbende verzekerd was van een netto opbrengst van € 700.000 over een periode van vijf jaren. Ten slotte heeft belanghebbende nog opgemerkt dat continuïteit van debiteur belangrijk was met het oog op het voorkomen van een verlies dan wel het realiseren van een waardestijging van het belang dat belanghebbende heeft gehouden in [D]. Het totale belang van deze punten tezamen heeft belanghebbende berekend op € 8.300.000 waarbij het effect op de verkoopprijs van het 85%-belang in [D] niet is becijferd op een concreet bedrag.

4.8.

Ten aanzien van lening 1 heeft belanghebbende, naar het oordeel van het Hof, aannemelijk gemaakt dat er bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig zijn op grond waarvan zij ook zonder het bestaan van een aandeelhoudersrelatie (via [A]) bereid zou zijn geweest de lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken. Door lening 1 te verstrekken heeft belanghebbende voldaan aan de voorwaarden van de bank om over te gaan tot herfinanciering van debiteur, en daarmee heeft zij het voortbestaan van debiteur veiliggesteld. Het totale financiële belang van belanghebbende bij het voortbestaan van debiteur was aanzienlijk groter dan de door belanghebbende verstrekte lening van € 2.500.000. Hetgeen de Inspecteur in dit kader heeft gesteld doet hier niet aan af. Wat betreft de inkoop van producten bij (dochtermaatschappijen van) debiteur door [E] en de waarde van [F] en [G] merkrechten merkt de Inspecteur terecht op dat belanghebbende niet alleen de merkrechten maar ook de receptuur van de betreffende producten in eigendom had en dat het belanghebbende vrij stond een andere producent te zoeken die de benodigde producten zou kunnen produceren. Het Hof acht in dit kader evenwel aannemelijk dat, zoals belanghebbende heeft gesteld, het overstappen op een andere producent niet alleen een aanlooptijd vergt, maar tevens risico op verandering van smaak en textuur van de producten met zich brengt en daarmee het verlies van klanten. Bovendien heeft belanghebbende onweersproken gesteld dat het opstarten van een nieuwe productielijn en het aanvragen van de benodigde certificeringen aanzienlijke kosten met zich brengen zodat het vinden van een nieuwe producent minder gemakkelijk is dan waar de Inspecteur vanuit lijkt te gaan. Gelet hierop vormde het behoud van de waarde van de merkrechten [F] en [G] een omstandigheid die meegewogen wordt bij de beoordeling of belanghebbende ook bij afwezigheid van een concernrelatie eenzelfde lening 1 zou hebben verstrekt.

In afwijking van hetgeen de Inspecteur heeft gesteld, is naar het oordeel van het Hof verder aannemelijk dat de continuïteit van debiteur van belang was voor belanghebbende in het kader van de verkoop van het 85%-belang in [D] en de gesloten samenwerkingsovereenkomsten. Uit de feiten blijkt immers dat de gesprekken over verkoop van dit belang al in 2011 gaande waren terwijl de verkoop is geformaliseerd in april 2012. Verder volgt uit het gespreksverslag van de bank van 5 april 2012 dat in diezelfde periode gesprekken over een noodzakelijke herfinanciering van debiteur plaatsvonden tussen

debiteur en de bank. Gelet op de in het kader van de verkoop van [D] gesloten overeenkomsten (zie 2.8. en 2.9.) had belanghebbende er alle belang bij dat het voortbestaan van debiteur kon worden verzekerd. Het feit dat de aandelen in [D] al in april 2012 waren overgedragen doet aan het voorgaande niet af omdat het aannemelijk is dat de koper van de aandelen zich tot belanghebbende zou hebben gewend in het geval van een faillissement van debiteur kort na het sluiten van de koopovereenkomst. Ook het feit dat in de gesprekken met de bank in eerste instantie werd uitgegaan van een kapitaalstorting door [A] leidt niet tot een ander oordeel, omdat het niet afdoet aan het directe en concrete financiële belang van belanghebbende, bestaande uit de geschatte juridische kosten van € 1.000.000 en de niet nader gekwantificeerde mogelijk lagere verkoopopbrengst van het 85%-belang in [D].

Ten aanzien van de huurovereenkomst heeft de Inspecteur aangevoerd dat deze niet met debiteur is gesloten en dat lening 1 pas is verstrekt nadat de huurovereenkomst was getekend. Verder zou het pand, bij afwezigheid van [D] als huurder, mogelijk slechts gedeeltelijk niet langer gebruikt worden zodat een willekeurige verhuurder van een onroerende zaak in een soortgelijke situatie niet een geldlening zou verstrekken met dit debiteurenrisico. Het Hof is met de Inspecteur van oordeel dat het bestaan van deze huurovereenkomst als zodanig van onvoldoende gewicht is om het aanvaarde debiteurenrisico te aanvaarden. Dat neemt echter niet weg dat het bestaan van deze huurovereenkomst naar het oordeel van het Hof wel meegewogen moet worden bij beantwoording van de vraag of er bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig zijn om het debiteurenrisico te aanvaarden. Vast staat immers dat de huurovereenkomst deel uitmaakte van het geheel aan overeenkomsten in het kader van de samenwerking tussen belanghebbende, [K], [D], [A] en debiteur. Ten slotte is het Hof van oordeel dat, zoals de Inspecteur heeft gesteld, het voorkomen van een waardedaling van het resterende belang van belanghebbende in [D], in een te ver verwijderd verband staat tot het verstrekken van lening 1 en dus niet meegewogen dient te worden. Nu de overige omstandigheden naar het oordeel van het Hof reeds van voldoende gewicht zijn om het debiteurenrisico – ook bij afwezigheid van een aandeelhoudersrelatie – te aanvaarden, leidt dit echter niet tot een ander oordeel. Het verlies van € 2.500.000 op lening 1 is dan ook aftrekbaar.

4.9.

Wat betreft lening 2 heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat er bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig waren op grond waarvan, ook bij afwezigheid van een aandeelhoudersrelatie, hij bereid zou zijn geweest eenzelfde lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken. Anders dan lening 1, was het verstrekken van lening 2 namelijk geen voorwaarde van de bank om over te gaan tot de noodzakelijke herfinanciering van debiteur. Ook heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat lening 2 is verstrekt met het oog op het voortbestaan van debiteur, dan wel dat er andere omstandigheden aanwezig waren op grond waarvan aangenomen moet worden dat belanghebbende de lening ook bij afwezigheid van een concernrelatie zou hebben verstrekt. Het Hof merkt in dit kader op dat [A], namens belanghebbende, ter zitting heeft verklaard dat deze lening is verstrekt ter financiering van de aanschaf van een nieuwe productielijn van debiteur. Enig concreet direct financieel belang van belanghebbende bij het verstrekken van deze lening is niet inzichtelijk gemaakt. Het verlies op lening 2 van € 350.000 is dan ook niet aftrekbaar.

(Volgt vernietiging van de rechtbankuitspraak en vermindering van de aanslag.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



De kern van deze uitspraak betreft de invulling van het begrip 'bijzondere omstandigheden' als uitzondering op het bewijsvermoeden bij de beoordeling of een lening tussen gelieerde verhoudingen ten laste van de winst mag worden afgewaardeerd. In de regel is dit uitsluitend een beoordeling van feitelijke aard. Het hof past in deze zaak het criterium van de 'bijzondere omstandigheden' ruimhartig toe. Daarom is het interessant om deze uitspraak hier te bespreken.

Behoudens bijzondere omstandigheden

Bijna tien jaar na de '25 november 2011'-arresten, waarin de 'onzakelijke lening' definitief en ondubbelzinnig zijn intrede heeft gedaan in de IB en VPB, is de bijbehorende beslisboom genoegzaam bekend: het debiteurenrisico op een lening aan een gelieerd lichaam is onzakelijk, als deze lening onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is verstrekt dat de schuldeiser daarbij een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde, anders dan tegen een in wezen winstdelende vergoeding, niet zou hebben aanvaard. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat, behoudens bijzondere omstandigheden, het debiteurenrisico uit vennootschappelijke betrekkingen is aanvaard en het daaruit voortvloeiende verlies niet ten laste van de winst kan komen. Dit is een weerlegbaar bewijsvermoeden. Er kunnen zich bijzondere omstandigheden voordoen op grond

waarvan de schuldeiser een onbeprijbaar hoog risico op zich neemt. Een risico dat een onafhankelijke derde weliswaar niet zou aanvaarden, maar dat niettemin niet uitsluitend uit de aandeelhoudersrelatie voortvloeit. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 oktober 2016, 16/01370, *BNB* 2017/6, *V-N* 2016/53.13 (na verwijzing Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2017, 16/03836, *V-N* 2018/8.13) meer duidelijkheid gegeven over de invulling van dit begrip. Deze bijzondere omstandigheid doet zich voor, indien tussen de schuldeiser en de schuldenaar sprake is van een zakelijke relatie die ook bij afwezigheid van de concernrelatie voor die schuldeiser van voldoende gewicht zou zijn geweest om een lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken en het daardoor belopen debiteurenrisico te aanvaarden. Weerlegging van het bewijsvermoeden is dus mogelijk als naast de aandeelhouders- en schuldeisers-schuldenaarsrelatie nog een andere (zakelijke) relatie aanwezig is, die bovendien van voldoende gewicht moet zijn. Dit dient te worden beoordeeld op het moment, waarop de lening wordt verstrekt.

Zakelijke relaties of zakelijke belangen

Een bekend voorbeeld van een andere zakelijke relatie is de schuldeiser/aandeelhouder die tevens leverancier van de schuldenaar is. Het zakelijke belang van een voortdurende afname kan voor hem van groter gewicht zijn dan het financiële belang van het debiteurenrisico. Dit geldt ook voor de situatie, waarbij de schuldeiser de financiering uitbreidt om te voorkomen dat de schuldenaar failliet gaat. Faillissement zal ook zijn andere vorderingen meeslepen, zodat het financieringsbelang van de bestaande financiering van groter gewicht is dan het debiteurenrisico van de nieuwe financiering. Daarbij komt de vraag op of uitsluitend wordt gekeken naar zakelijke relaties dan wel of ook andere zakelijke belangen van de schuldeiser van betekenis kunnen zijn.

In de onderhavige zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt het hof of er "bijzondere omstandigheden van voldoende gewicht aanwezig zijn op grond waarvan zij ook zonder het bestaan van de aandeelhoudersrelatie bereid zou zijn de lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden te verstrekken". In r.o. 4.8 stelt het hof vast dat het totale financiële belang van de belanghebbende bij de schuldenaar groter is dan uitsluitend de verstrekte lening. Want naast de verstrekte lening van € 2,5 mln. koopt een dochtervennootschap van de belanghebbende haar handelsgoederen grotendeels in bij de schuldenaar. Bovendien was het voortbestaan van de schuldenaar van groot belang voor de waarde van een aandelentransactie die de belanghebbende met een derde sloot. Deze omstandigheden zijn volgens het hof van voldoende gewicht om het debiteurenrisico, ook bij afwezigheid van een aandeelhoudersrelatie, te aanvaarden. Hiermee legt het hof een ruimer beoordelingskader aan dan op het eerste gezicht uit *BNB* 2017/6 lijkt te volgen. In genoemd arrest wordt immers uitsluitend "andere zakelijke relaties" genoemd zonder de expliciete uitbreiding aan te brengen naar "andere bijzondere omstandigheden". In de literatuur is wel gepleit voor een ruimhartige toepassing van het door de Hoge Raad geformuleerde criterium door ook zakelijke belangen met een indirect verband in aanmerking te nemen. Het hof bedient deze pleitbezorgers met dit arrest in ruime mate. Voor zover ons bekend, is geen beroep in cassatie ingesteld tegen deze hofuitspraak.

Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Niet doorbelaste kosten renteswap vormen geen uitdeling

Hof Arnhem-Leeuwarden 03-06-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4215, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

3 juni 2020

Magistraten

Verhagen, Spek, Van Dongen

Zaaknummer

18/00552 t/m 18/00554

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS230303:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Eigen woning

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2020:4215, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 03-06-2020

Wetgeving

art. 3.119a, 3.120 en 4.12 Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat C bv geen uitdeling heeft gedaan aan haar dga X. De inspecteur heeft niet aangetoond dat X een voordeel heeft ontvangen van C bv doordat C bv de kosten van de renteswapovereenkomst niet heeft doorberekend.

Samenvatting

X houdt de aandelen in C bv en wil samen met zijn partner A een herenboerderij bouwen. Om dit te realiseren, verstrekt C bv een lening aan X en A tegen een rente van 4%. C bv neemt vervolgens een investeringskrediet en leningen op bij de Rabobank. De door C bv te betalen rente is gelijk aan de éénmaands Euribor, verhoogd met een opslag van 1%. Om het renterisico af te dekken, sluit C bv een renteswapovereenkomst met de Rabobank. Vervolgens verstrekt C bv een lening aan X voor de bouw van de herenboerderij, tegen een rente van 2,9%. In de jaren 2010, 2011 en 2012 is de rente die C bv in verband met de renteswap aan de Rabobank moet betalen, hoger dan de rente die de Rabobank aan C bv moet betalen. C bv berekent de kosten van de renteswap niet door aan X. Volgens de inspecteur heeft C bv hiermee een uitdeling gedaan aan X.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat C bv geen uitdeling heeft gedaan aan X. Volgens het hof is C bv bij het verstrekken van de leningen met C namelijk geen vaste rente maar een variabele rente overeengekomen. De rente bedroeg in eerste instantie 4%, vervolgens 2,9% en 1,9%. Door een variabele rente overeen te komen, bestond er voor C bv kans op voordaan wel nadeel, afhankelijk van de ontwikkelingen op de financiële markten. Ten tijde van het verstrekken van de lening aan X was niet te voorzien dat de variabele rente op de financiële markten zich zodanig zou ontwikkelen dat C bv uiteindelijk een lagere rente van X zou ontvangen dan zij per saldo aan de Rabobank was verschuldigd. De inspecteur heeft niet aangetoond dat X een voordeel heeft ontvangen van C bv, doordat C bv de kosten van de renteswapovereenkomst niet heeft doorberekend. Het gelijk is aan X.

Uitspraak

Het geschil betreft de (navorderings)aanslag IB/PVV 2010-2012 alsmede de boete-, heffingsrente- en belastingrentebesittingen.

De uitspraken waartegen hoger beroep is ingesteld, zijn van Rechtbank Gelderland, MK, 18 juni 2018, 16/4754-4756, V-N 2018/55.2.1.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

Op 16 december 2004 koopt belanghebbende samen met zijn partner, [A] (hierna: [A]), het landgoed "[B]" (hierna: het landgoed) te Laren. Het landgoed bestaat uit een vrijstaand woonhuis en andere opstallen, tuin, erf en weiland. Belanghebbende is voor twee derde deel onverdeeld eigenaar van het landgoed en [A] voor een derde deel.

2.2.

Op 31 maart 2006 richt belanghebbende [X] B.V. (hierna: X BV) op en brengt de economische eigendom van het tot het landgoed behorende vrijstaande woonhuis met tuin en erf, ter grootte van ongeveer 1 hectare, in X BV in. Belanghebbende is sinds de oprichting enig aandeelhouder van X BV.

2.3.

Op 21 december 2007 verkrijgt [A] een vergunning voor de bouw van een herenboerderij met bijgebouwen op een deel van het landgoed dat tot het privévermogen van belanghebbende en [A] behoort.

2.4.

Bij overeenkomst van 2 januari 2008 leent [C] aan belanghebbende en [A] een bedrag van € 252.500 in het kader van de financiering van de onder 2.3. bedoelde herenboerderij met bijgebouwen (hierna: de herenboerderij) op het landgoed. De overeenkomst kent onder meer de volgende voorwaarden:

- de lening is aangegaan voor onbepaalde tijd;
- de lening behoeft niet te worden afgelost voordat schuldeiser teruggave van de geleende som vordert;
- de lening is te allen tijde opeisbaar;
- schuldenaar is te allen tijde bevoegd tot gehele of gedeeltelijke aflossing op de geleende som;
- de rente bedraagt 4%.

2.5.

Op 17 juli 2008 accepteert [C] een financieringsvoorstel van [de a-bank]. Het financieringsvoorstel omvat een investeringskrediet van € 1.900.000 met een looptijd van circa twee jaar. Het investeringskrediet dient ter financiering van de nieuw te bouwen herenboerderij gedurende de bouwperiode. Het financieringsvoorstel voorziet tevens in een tweetal geldleningen, te weten een lening met een hoofdsom van € 774.865 met een looptijd van twintig jaar (maandelijkse aflossing € 3.335) en een aflossingsvrije lening van € 1.200.000 met een looptijd van tien jaar. Na realisatie van de herenboerderij wordt het investeringskrediet omgezet in de twee genoemde leningen. De rente voor zowel het investeringskrediet als voor beide leningen is gelijk aan de 1-maands Euribor vermeerderd met een opslag van één procentpunt.

2.6.

[C] mag het investeringskrediet en de geldleningen op grond van het financieringsvoorstel uitsluitend gebruiken voor investeringen met betrekking tot de realisatie van de herenboerderij op het landgoed. Het financieringsvoorstel bepaalt verder dat [C] aan een aantal verstrekingsvoorwaarden dient te voldoen, alvorens [de a-bank] kan overgaan tot het verstrekken van de gevraagde financiering. Een van deze verstrekingsvoorwaarden betreft de voorwaarde dat het renterisico volledig is afgedekt door de inzet van off balance sheet instrumenten.

2.7.

Bij brief van 30 juli 2008 bevestigt [de a-bank] aan [C] de op 17 juli 2008 gesloten renteswapovereenkomst (het off balance sheet instrument). De renteswapovereenkomst dient ter afdekking van het renterisico op de door [C] bij [de a-bank] opgenomen geldleningen en kent de volgende voorwaarden:

- de ingangsdatum is 1 december 2009;
- de einddatum is 1 december 2019;
- het nominale bedrag waar de rente swap op ziet is variabel en start op € 1.900.000 en neemt met € 3.335 per maand af tot € 1.509.805;

- [C] betaalt aan [de a-bank] vanaf 4 januari 2010 maandelijks een vaste rente van 5% over het nominale bedrag;
- [de a-bank] betaalt aan [C] vanaf 4 januari 2010 maandelijks een variabele rente gelijk aan de 1-maands Euribor.

2.8.

Bij overeenkomst van 2 januari 2009 leent [C] aan belanghebbende en [A], in aanvulling op de op 2 januari 2008 verstrekte lening, een aanvullend bedrag van € 2.032.500 in het kader van de financiering van de herenboerderij. De overeenkomst kent onder meer de volgende voorwaarden:

- de lening is aangegaan voor onbepaalde tijd;
- een bedrag van € 1.485.000 hoeft niet te worden afgelost voordat schuldeiser teruggave van de geleende som vordert;
- een bedrag van € 800.000 dient te worden afgelost in maandelijkse termijnen van € 3.335 per maand;
- de lening is te allen tijde opeisbaar;
- de schuldenaar is te allen tijde bevoegd tot gehele of gedeeltelijke aflossing op de geleende som;
- de rente voor de totale lening wordt gesteld op 2,9%.

2.9.

Bij overeenkomst van 2 januari 2010 leent [C], in aanvulling op de onder 2.4. en 2.8. genoemde overeenkomsten, een aanvullend bedrag van € 850.000 aan belanghebbende en [A] in het kader van de financiering van de herenboerderij. Op het aanvullend geleende bedrag hoeft niet te worden afgelost voordat schuldeiser teruggave van de geleende som vordert. De rente over het totaal verschuldigde bedrag wordt gesteld op 1,9% per jaar. De lening blijft onverminderd direct opeisbaar en de schuldenaar blijft gerechtigd tot boetevrije vervroegde aflossing.

2.10.

Belanghebbende en [A] wonen vanaf 1 juli 2010 in de herenboerderij.

2.11.

In de jaren 2010, 2011 en 2012 betaalt [C] in verband met de renteswap per saldo de volgende bedragen aan [de a-bank]:

- in 2010 € 85.783;
- in 2011 € 72.502; en
- in 2012 € 83.705.

2.12.

In het kader van de behandeling van de aangifte vennootschapsbelasting voor het jaar 2009 van [C] verzoekt de Inspecteur bij brief van 25 september 2012 [C] om, onder andere, nadere informatie te verstrekken over de vordering op de aandeelhouder.

2.13.

Bij brief van 5 oktober 2012 verstrekt [C] de onder 2.4., 2.8. en 2.9. genoemde leningsovereenkomsten aan de Inspecteur.

2.14.

De Inspecteur legt de definitieve aanslag Vpb voor het jaar 2009 na ontvangst van de gevraagde informatie zonder correcties op aan [C].

2.15.

Vanaf medio 2015 treedt [C] in contact met [de a-bank] over de voor [C] nadelige gevolgen van de renteswapovereenkomst. Met het oog op de nadelige gevolgen van vervroegde aflossingen op de leningen heeft [C] afgezien van extra aflossingen, waardoor zij meer rente heeft betaald dan zij zou hebben betaald indien in de renteswapovereenkomst wel rekening zou zijn gehouden met extra aflossingen.

2.16.

Bij brief van 1 november 2016 beëindigt [de a-bank] de renteswapovereenkomst met ingang van 1 december 2016.

2.17.

Bij brief van 21 april 2017 dient [C] met betrekking tot de in het kader van de financiering afgesloten renteswapovereenkomst een klacht in bij Klachteninstituut Financiële Dienstverlening.

2.18.

Op 3 oktober 2017 sluit [C] een vaststellingsovereenkomst met [de a-bank] om het geschil over de renteswapovereenkomst te beëindigen. Op grond van deze overeenkomst vergoedt [de a-bank] een bedrag van € 300.000 aan [C].

2.19.

X BV heeft de kosten van de renteswapovereenkomst niet doorberekend aan belanghebbende en [A].

2.20.

Naar aanleiding van een controle van de aangiften IB/PVV voor de jaren 2009 tot en met 2012 heeft de Inspecteur, onder andere, het aangegeven belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang van belanghebbende over de jaren 2010 tot en met 2012 gecorrigeerd in verband met de door [C] niet aan belanghebbende en [A] doorbelaste bedragen genoemd onder 2.11. ter zake van de renteswapovereenkomst.

2.21.

In het verweerschrift in hoger beroep heeft de Inspecteur het belastbaar inkomen uit werk en woning, het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang en het verzamelinkomen bepaald met inachtneming van de door de Rechtbank vastgestelde vermindering van de aanslagen IB/PVV voor de jaren 2011 en 2012. Voor het jaar 2011 heeft de Inspecteur het belastbaar inkomen uit werk en woning berekend op € 22.590 negatief, het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang op € 56.983 en het verzamelinkomen op € 34.393. Voor het jaar 2012 heeft hij het belastbaar inkomen uit werk en woning berekend op € 5.881 negatief, het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang op 17.865 en het verzamelinkomen op € 13.677. Het Hof merkt ter zake van het aldus berekende belastbaar inkomen uit werk en woning voor het jaar 2012 op dat de Inspecteur abusievelijk de vermindering van de Rechtbank in mindering heeft gebracht op het belastbaar inkomen uit werk en woning in plaats van op het inkomen uit werk en woning. Het belastbaar inkomen uit werk en woning bedraagt met inachtneming van de uitspraak van de Rechtbank nihil, te weten het inkomen uit werk en woning volgens uitspraak op bezwaar van € 65.050, te verminderen met € 17.865 volgens de uitspraak van de Rechtbank (bijlage 2 van het verweerschrift in hoger beroep) en te verminderen met nog te verrekenen verliezen € 47.185, waarvan € 32.624 ondernemingsverlies.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

3.1.

Tussen partijen is in geschil of:

- de Inspecteur ten onrechte dan wel tot een te hoog bedrag winstuitdelingen heeft aangenomen;
- de Inspecteur geen nieuw feit heeft dat de navordering over het jaar 2010 rechtvaardigt;
- de Inspecteur het vertrouwensbeginsel heeft geschonden;
- voor zover het niet doorbelasten van de kosten van de renteswapovereenkomst moet worden aangemerkt als winstuitdelingen, of de aftrek van de daarmee samenhangende bedragen als kosten van schulden van de eigen woning ten onrechte is geweigerd;

(...)

Overwegingen van de rechtbank (ontleend aan de rechtbankuitspraak)

Winstuitdeling

6.

Van een ingevolge artikel 4.12 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) als een regulier voordeel in aanmerking te nemen verkapte winstuitdeling is sprake wanneer een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder plaatsvindt. Van een winstuitdeling is alleen sprake indien de vennootschap haar aandeelhouder als zodanig heeft willen bevoordelen en de aandeelhouder zich daarvan bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had kunnen zijn (de dubbele bewustheidseis). De bewijslast dat sprake is van een winstuitdeling rust op verweerder.

7.

De rechtbank heeft vandaag in de uitspraak met zaaknummers AWB 16/5077, AWB 16/5078 en AWB 16/6391, betreffende [B] B.V. beslist dat de niet doorberekende kosten van de renteswap moeten worden aangemerkt als een winstuitdeling aan eiser. Voor de verdere beoordeling met betrekking tot de winstuitdeling verwijst de rechtbank naar genoemde uitspraak.

8.

Voor eiser betekent dit dat bij hem de volgende bedragen als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang in aanmerking genomen moeten worden:

- voor het jaar 2010: € 85.781;
 - voor het jaar 2011: (€ 72.502 - € 15.519, maar maximaal via interne compensatie te belasten is: € 3931 en
 - voor het jaar 2012: (€ 83.705 minus € 31.039, maar maximaal via interne compensatie te belasten is) € 0.
- (...)

13.

Uit het bovenstaande volgt dat de beroepen voor de jaren 2011 en 2012 gegrond zullen worden verklaard, omdat voor deze jaren wat betreft de bronvraag een geslaagd beroep is gedaan op het vertrouwensbeginsel. In het jaar 2010 is de bronvraag niet aan de orde. De uitdeling wordt in de jaren 2010 tot en met 2012 niet lager dan door verweerder in aanmerking genomen. Het beroep voor het jaar 2010 zal dus ongegrond worden verklaard.

(...)

Overwegingen van het hof

4.1.

Uit proceseconomische overwegingen behandelt het Hof eerst de vraag of belanghebbende inkomen uit aanmerkelijk belang heeft genoten uit [C], doordat [C] de kosten van de renteswapovereenkomst niet heeft doorberekend aan belanghebbende en [A].

4.2.

Op grond van artikel 4.12 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) behoren de voordelen die worden getrokken uit tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen of winstbewijzen (reguliere voordelen), verminderd met de aftrekbare kosten, tot het inkomen uit aanmerkelijk belang. Tot de reguliere voordelen behoren onder andere uitdelingen van winst door een vennootschap aan haar aandeelhouders, ongeacht de naam waaronder of vorm waarin deze winstuitdelingen plaatsvinden. Van een winstuitdeling is sprake in het geval van een vermogensverschuiving van een vennootschap naar de aandeelhouder, als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van de aandeelhouder wordt onttrokken. Voor het in aanmerking nemen van een winstuitdeling is, naast de genoemde vermogensverschuiving, vereist dat de vennootschap haar aandeelhouder heeft willen bevoordelen en dat zowel de vennootschap als de aandeelhouder zich hiervan bewust waren dan wel redelijkerwijs bewust hadden moeten zijn (dubbele bewustheid). De bewijslast dat sprake is van een winstuitdeling rust op de Inspecteur.

4.3.

Volgens de Inspecteur moet het feit dat X BV de kosten van de renteswapovereenkomst niet heeft doorberekend aan belanghebbende en [A] worden aangemerkt als een verkapte winstuitdeling omdat de 1-maands Euribor rente die X BV van [de a-bank] ontving, vanaf 2005 altijd lager is geweest dan de vaste rente van 5% die [C] aan [de a-bank] diende te betalen. Ten tijde van het sluiten van de renteswapovereenkomst konden X BV enerzijds en belanghebbende en [A] anderzijds, volgens de Inspecteur, dan ook voorzien dat de renteswap een nadeel op zou leveren voor X BV. Door de kosten van de renteswap niet door te berekenen aan belanghebbende en [A] heeft er, aldus de Inspecteur, een vermogensverschuiving plaatsgevonden. Volgens de Inspecteur hadden X BV en belanghebbende zich tevens bewust moeten zijn van het feit dat X BV belanghebbende bevoordeelde door de kosten van de renteswapovereenkomst niet door te berekenen, omdat X BV de renteswapovereenkomst moest afsluiten om de noodzakelijke financiering aan belanghebbende en [A] te kunnen verstrekken voor de bouw van de herenboerderij.

4.4.

Hoewel het Hof met de Inspecteur van oordeel is dat X BV de renteswapovereenkomst heeft afgesloten om de voor de bouw van de herenboerderij noodzakelijke financiering te verkrijgen, is het Hof van oordeel dat hieruit niet volgt dat het niet doorberekenen van de kosten van de renteswap moet worden aangemerkt als een winstuitdeling aan belanghebbende. Het Hof overweegt daartoe als volgt.

4.5.

X BV heeft een tweetal overeenkomsten gesloten met [de a-bank], te weten de onder 2.5. genoemde financieringsovereenkomst en de onder 2.7. genoemde renteswapovereenkomst. Door het aangaan van beide overeenkomsten heeft X BV zich verzekerd van de benodigde financiering tegen een, per saldo, vaste rente van 6%, bestaande uit de opslag van 1% verschuldigd over het investeringskrediet c.q. de financieringsovereenkomst en de vergoeding van 5% uit hoofde van de renteswapovereenkomst. Tussen partijen is niet in geschil dat de voorwaarden

waaronder beide overeenkomsten zijn gesloten zakelijk zijn.

4.6.

X BV heeft de onder 4.5. beschreven financiering gebruikt voor het verstrekken van een geldlening aan belanghebbende en [A] ter financiering van de herenboerderij. Het betreft in wezen één overeenkomst van geldlening tussen X BV enerzijds en belanghebbende en [A] anderzijds die naar behoefte werd uitgebreid met aanvullende bedragen die te leen aan belanghebbende en [A] zijn verstrekt. De over de totale leensom verschuldigde rente werd daarbij achtereenvolgens vastgesteld op 4% (2008), 2,9% (2009) en 1,9% (2010, 2011 en 2012). In zijn conclusie van dupliek in hoger beroep heeft de Inspecteur bevestigd dat de zakelijkheid van deze lening niet in geschil is. Het Hof gaat daarom uit van de zakelijkheid van de overeenkomst van geldlening en de daarin overeengekomen rente. Deze uitleg acht het Hof in overeenstemming met het feit dat de desbetreffende overeenkomsten aan de Inspecteur zijn overgelegd bij de beoordeling van de aangifte Vpb voor het jaar 2009 van X BV en de Inspecteur in deze overeenkomsten geen aanleiding heeft gezien om nadere vragen te stellen. In afwijking van hetgeen de Inspecteur veronderstelt, is het Hof van oordeel dat X BV met belanghebbende en [A] geen vaste maar een variabele rente is overeengekomen, nu de rente bij opvolgende gelegenheden is gewijzigd en een bepaling over de looptijd van de rente in de overeenkomst ontbreekt.

4.7.

Aldus gezien heeft X BV de lening van [de a-bank] waarover zij, als gevolg van de gesloten renteswapovereenkomst, per saldo een vaste rente verschuldigd was, gebruikt voor het verstrekken van een lening waarover zij een variabele rente ontving. Van een bevoordeling van belanghebbende als haar aandeelhouder is sprake, wanneer X BV op verzoek van haar aandeelhouder een lening aangaat, om het geleende geld vervolgens onder voor haar aandeelhouder gunstiger voorwaarden aan haar aandeelhouder door te lenen. Van een dergelijke bevoordeling kan ook sprake zijn, wanneer X BV – zoals in dit geval – onder zakelijke voorwaarden de geldlening aan haar aandeelhouder verstrekt. De Inspecteur heeft niet aannemelijk gemaakt, dat X BV onder gunstiger voorwaarden een lening heeft verstrekt aan belanghebbende. De enkele omstandigheid dat de rente op het uitgeleende geld lager is dan op het ingeleende geld, is daarvoor onvoldoende. De leningsovereenkomsten zijn immers niet onder dezelfde voorwaarden overeengekomen. De keuze van X BV om het tegen een vaste rente ingeleende geld, uit te lenen tegen een variabele rente kan voor haar zowel voor- als nadelig zijn, afhankelijk van de ontwikkelingen op de financiële markten. Naar het oordeel van het Hof was het, ten tijde van het verstrekken van de lening aan belanghebbende en [A], niet te voorzien dat de variabele rente op de financiële markten zich zodanig zou ontwikkelen dat X BV uiteindelijk een lagere rente van belanghebbende en [A] zou ontvangen dan zij per saldo aan [de a-bank] verschuldigd was. De Inspecteur heeft zijn standpunt dat X BV had kunnen voorzien dat zij voor het uitgeleende geld minder zou ontvangen dan zij voor het ingeleende geld moest betalen, onderbouwd door er naar te verwijzen dat de variabele rente die [de a-bank] aan X BV diende te vergoeden vanaf 2005 geen moment hoger is geweest dan de vaste rente van 5%. De Inspecteur heeft niet onderbouwd waarom X BV en belanghebbende economisch inzicht hebben in de toekomstige bewegingen op de geldmarkt. Hij heeft dan ook niet aannemelijk gemaakt, dat al bij het aangaan van de lening was te voorzien dat de financiering tot een nadeel voor X BV en daarmee een begunstiging van belanghebbende zou leiden.

4.8.

Gelet op de overwegingen 4.5. tot en met 4.7. acht het Hof de Inspecteur niet geslaagd in de op hem rustende bewijslast dat belanghebbende een voordeel heeft ontvangen van X BV doordat X BV de kosten van de renteswapovereenkomst niet heeft doorberekend aan belanghebbende en [A].

4.9.

Nu het Hof heeft geoordeeld dat het niet doorbelasten van de kosten van de renteswapovereenkomst niet kan worden aangemerkt als een uitdeling van winst behoeven de overige standpunten van partijen voor de navorderingsaanslag IB/PVV 2010 en de aanslagen IB/PVV 2011 en 2012 geen behandeling meer.

(...)

(Volgt gegrondverklaring, vernietiging en vermindering van de (navorderings)aanslagen.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



De hierboven opgenomen beslissing aangaande de inkomstenbelasting hangt samen met de op dezelfde dag genomen beslissingen voor de vennootschapsbelasting van C bv over dezelfde jaren. Die beslissing is met betrekking tot het geschil en de overwegingen nagenoeg gelijklopend. Volledigheidshalve hebben wij daarom de op de VPB betrekking hebbende uitspraak in sterk ingekorte vorm opgenomen in V-N 2020/43.9.

Feiten

De kern van de zaak is dat X tezamen met zijn partner A een landgoed koopt. X en A verkopen de economische eigendom van het woonhuis met opstallen aan C bv die door X is opgericht. X en A wensen op het landgoed een herenboerderij te bouwen en in 2007 wordt de bouwvergunning daarvoor afgegeven. X en A lenen vervolgens diverse bedragen van C bv. Ter financiering van die door C bv te verstrekken leningen, gaat C bv met een bank een financieringsarrangement aan. Uit de feiten laat zich de volgende chronologische volgorde afleiden:

- 2 januari 2008: X en A lenen € 252.500 van C bv tegen een rente van 4%. Er is geen looptijd of aflossingsschema overeengekomen. Wel is de lening te allen tijde opeisbaar en ook mag gehele of gedeeltelijke aflossing plaatsvinden.
- 17 juli 2008: Een financieringsarrangement tussen C bv en de bank, bestaande uit:
 - een investeringskrediet voor € 1,9 mln. met een looptijd van twee jaren;
 - na verloop van die twee jaren en realisatie van de herenboerderij wordt het investerings-krediet omgezet in twee geldleningen:
 1. een lening met een hoofdsom van € 774.865 met een looptijd van 20 jaren, met maandelijkse aflossingen en
 2. een aflossingsvrije lening van € 1,2 mln. met een looptijd van 10 jaren;
 - zowel voor het investeringskrediet als voor de twee opvolgende leningen geldt een rente die gelijk is aan de éénmaands Euribor met een opslag van 1 procent;
 - in verband met de leningen wordt op 30 juli 2008 een renteswapovereenkomst gesloten voor een bedrag groot € 1,9 mln. tussen C bv en de bank met 1 januari 2009 als ingangsdatum;
 - de lenings- en renteswapovereenkomsten leiden er in onderlinge samenhang toe dat C bv aan de bank per saldo een vergoeding is verschuldigd van 5%.
- 2 januari 2009: X en A lenen aanvullend van C bv een bedrag van in totaal groot € 2.032.500 tegen een rente van 2,9%, bestaande uit twee leningen met een onbepaalde looptijd:
 1. een lening van € 1.485.000 zonder periodieke aflossingsverplichting welke wel kan worden opgeëist door C bv;
 2. een lening van € 800.000 met maandelijkse aflossingen.
- 2 januari 2010: A en B lenen aanvullend van C bv € 850.000 zonder aflossingsverplichting maar met de mogelijkheid voor C bv om deze op te eisen. De rente bedraagt 1,9%.

De inspecteur stelt zich op het standpunt dat C bv een uitdeling heeft gedaan aan X, omdat de kosten van de renteswapovereenkomst niet aan X en A zijn doorberekend. Consequentie is namelijk dat voor C bv per saldo sprake is van een nadeel door de verschillende transacties. C bv heeft immers per saldo een vaste vergoeding voldaan aan de bank, terwijl C bv een lagere variabele rente heeft ontvangen van X en A.

Oordeel hof

Volgens het hof is van een uitdeling geen sprake. Het hof komt tot dat oordeel op grond van een aantal overwegingen, alle te vinden in r.o. 4.7. Ten eerste oordeelt het hof: "Van een bevoordeling van haar aandeelhouder is sprake, wanneer [C] op verzoek van haar aandeelhouder een lening aangaat, om het geleende geld vervolgens onder voor haar aandeelhouder gunstiger voorwaarden aan haar aandeelhouder door te lenen. Van een dergelijke bevoordeling kan ook sprake zijn, wanneer [C] – zoals in dit geval – onder zakelijke voorwaarden de geldlening aan haar aandeelhouder verstrekt." Deze overweging kan voor de praktijk van belang zijn, nu het kennelijk in de visie van het hof zo is dat, zelfs als onder strikt zakelijke voorwaarden een lening wordt verstrekt aan de aandeelhouder, een uitdeling aan de orde kan komen. Zelfs dan kan namelijk, aldus het hof, van een uitdeling sprake zijn als in samenhang met de onder zakelijke voorwaarden verstrekte lening door de bv een lening is aangegaan tegen voor de bv nadeliger voorwaarden. Dit oordeel onderschrijven wij in de

kern. Consequentie hiervan is dat een tweetal separate transacties die elk afzonderlijk tegen zakelijke voorwaarden zijn aangegaan, toch tot een uitdeling kunnen leiden als deze transacties tezamen bezien tot een (voorzienbaar) verlies leiden voor de bv.

De constatering van een per-saldo-nadeel is echter niet voldoende om tot een uitdeling te kunnen concluderen. Het hof vervolgt immers: "De Inspecteur heeft niet aannemelijk gemaakt, dat [C] onder gunstiger voorwaarden een lening heeft verstrekt aan belanghebbende. De enkele omstandigheid dat de rente op het uitgeleende geld lager is, dan op het ingeleende geld, is daarvoor onvoldoende. De leningsovereenkomsten zijn immers niet onder dezelfde voorwaarden overeengekomen. De keuze van [C] om het tegen een vaste rente ingeleende geld uit te lenen tegen een variabele rente kan voor haar zowel voor- als nadelig zijn, afhankelijk van de ontwikkelingen op de financiële markten." Om tot een uitdeling te kunnen concluderen, dient de inspecteur, op wie de bewijslast rust, aannemelijk te maken dat, zoals in casu, onder gunstiger condities een lening is verstrekt aan de aandeelhouder dan gelden voor de door de bv aangegane lening. Het feit dat voor de ingeleende gelden een vaste rente geldt en voor de uitgeleende gelden een variabele rente, is niet voldoende om de inspecteur in de op hem rustende bewijslast te laten slagen. Een beoordeling die bij ons toch de vraag oproept of de bewijslast wellicht in dit soort gevallen niet anders had behoren te worden gelegd. De bv functioneert immers als intermediair en in zakelijke verhoudingen zou de intermediair een vergoeding willen ontvangen voor het door haar gelopen risico. De bv is als intermediair immers jegens de bank aansprakelijk voor de schuld. Bovendien, althans zo menen wij uit het feitencomplex te kunnen afleiden, gelden voor de bv als geldnemer naast de vaste vergoeding van 5% strengere voorwaarden ten aanzien van de rente en aflossing. Het feit dat de overige voorwaarden nadeliger ogen, zou naar ons idee reden kunnen zijn om kritischer te zijn ten aanzien van de bewijslastverdeling.

Vervolgens overweegt het hof: "Naar het oordeel van het Hof was het, ten tijde van het verstrekken van de lening aan belanghebbende en [A], niet te voorzien dat de variabele rente op de financiële markten zich zodanig zou ontwikkelen dat [C] uiteindelijk een lagere rente van belanghebbende en [A] zou ontvangen dan zij per saldo aan [de a-bank] verschuldigd was. De Inspecteur heeft zijn standpunt dat [C] had kunnen voorzien dat zij voor het uitgeleende geld minder zou ontvangen dan zij voor het ingeleende geld moest betalen, onderbouwd door er naar te verwijzen dat de variabele rente die [de a-bank] aan [C] diende te vergoeden vanaf 2005 geen moment hoger is geweest dan de vaste rente van 5%. De Inspecteur heeft niet onderbouwd waarom [C] en belanghebbende economisch inzicht hebben in de toekomstige bewegingen op de geldmarkt. Hij heeft dan ook niet aannemelijk gemaakt, dat al bij het aangaan van de lening was te voorzien dat de financiering tot een nadeel voor [C] en daarmee een begunstiging van belanghebbende zou leiden." Dit laatste onderdeel van de overwegingen kunnen wij onderschrijven. Als de overeenkomsten voor de ingeleende respectievelijk uitgeleende gelden op hetzelfde moment worden afgesloten, is ook naar ons idee niet voorspelbaar of per saldo van een voor- of nadeel sprake zal zijn voor C bv. In de casus is evenwel geen sprake van eenzelfde moment van overeenstemming. Op het moment waarop de renteswapovereenkomst wordt aangegaan, is inmiddels een aantal maanden verstreken en kort daarna wordt dan de grootste lening verstrekt. Gegeven het tijdsverloop zou onzes inziens een kritischer benadering voor de hand hebben gelegen, mede ook omdat wederom een jaar later een lening wordt verstrekt aan X en A.

Bewijslast

De beslissing dat de bewijslast bij de inspecteur ligt, is uiteraard juist. Maar gegeven de feiten en de verschillen tussen de leningsovereenkomsten, zou naar ons oordeel ook besloten kunnen worden dat het op de weg van de belanghebbende had gelegen om nader inzicht te verschaffen in de overwegingen die tot de afwijkende voorwaarden hebben geleid. Zo had de bv bijvoorbeeld kunnen toelichten op grond van welke overwegingen is besloten tot een variabele rente, in de wetenschap dat de bank daartoe slechts bereid was als gelijktijdig een renteswapovereenkomst werd gesloten. Zou de bank bijvoorbeeld wel bereid zijn geweest om X en A een slechts variabele lening te verstrekken? Kortom, deze beslissing van het hof roept bij ons diverse vragen op.

Kijk tot slot op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Bedrijfsopvolgingsregeling. Schenking aanmerkelijkbelangaandelen. Binnen bezitstermijn gekochte activa en passiva van andere onderneming

HR 29-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:867, m.nt. M.J. Hoogeveen

Instantie

Hoge Raad

Datum

29 mei 2020

Magistraten

Mrs. De Groot, Van Loon, Wortel, Beukers-van Dooren, Cools^[1]

Zaaknummer

19/01680

19/01695

Conclusie

A-G IJzerman

Noot

M.J. Hoogeveen

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS243814:1

Vakgebied(en)

Schenk- en erfbelasting (V)

Schenk- en erfbelasting / Erfbelasting

Schenk- en erfbelasting / Schenkbelasting

Brondocumenten

Beroepschrift, Hoge Raad, 29-05-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 29-05-2020

ECLI:NL:HR:2020:867, Uitspraak, Hoge Raad, 29-05-2020

ECLI:NL:HR:2020:993, Uitspraak, Hoge Raad, 29-05-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 28-05-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 28-05-2020

ECLI:NL:PHR:2019:827, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 21-08-2019

Wetgeving

Art. 35d lid 1 onderdeel a en c Successiewet 1956

Essentie

Bedrijfsopvolgingsregeling. Schenking aanmerkelijkbelangaandelen. Binnen bezitstermijn gekochte activa en passiva van andere onderneming

Samenvatting

Belanghebbende heeft in 2014 een schenking gekregen van zijn vader, bestaande uit certificaten van aandelen die 20% van het aandelenkapitaal vertegenwoordigen in een holding. De certificaten behoorden bij de vader tot een aanmerkelijk belang. De holding houdt alle aandelen in E BV, die op haar beurt 55% bezit van de aandelen in H Holding BV. H Holding BV houdt alle aandelen in onder meer F BV, die een onderneming drijft. Zij heeft in 2013 alle activa en passiva gekocht van G BV. Voor de Rechtbank was in geschil of de bedrijfsopvolgingsregeling kan worden toegepast op de waarde van de aan belanghebbende geschonken certificaten voor zover die betrekking heeft op G BV. De Rechtbank heeft die vraag ontkennend beantwoord.

HR: In de parlementaire geschiedenis van art. 35c Successiewet 1956 zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de

aanname dat de wetgever voor de uitleg van het begrip 'gedeelte van een onderneming' heeft willen afwijken van de inhoud van dat begrip voor de heffing van inkomstenbelasting.

Indien op het tijdstip van de verkrijging een onderneming of een gedeelte daarvan wordt verkregen, of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft, is niet van belang hoe het vermogen van die onderneming in de loop van de tijd aan zijn samenstelling ten tijde van de verkrijging is geraakt. Ingeval een gehele onderneming wordt verkregen (of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), behoeft niet te worden onderzocht of en in hoeverre daarin (zelfstandige) gedeelten zijn te onderscheiden. Dat is anders indien in de onderneming van de BV meerdere ondernemingen zijn te onderscheiden.

In een geval waarin krachtens schenking een onderneming wordt verkregen (dan wel (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), staat aan toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling dus niet in de weg de eventuele omstandigheid dat een deel van het vermogen van die onderneming is verkregen in de vijf jaar voorafgaande aan de verkrijging en toen een zelfstandige onderneming was.

In het oordeel van de Rechtbank dat G na aankoop is opgegaan in de H-groep en ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming was te identificeren ligt besloten dat G deel uitmaakt van de door die groep gedreven onderneming. Dan is dus niet van belang of en in hoeverre G als een gedeelte van die onderneming was aan te merken of in de vijf jaren voorafgaande aan de verkrijging zo'n gedeelte was.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van

[X1] te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 19 februari 2019, nr. HAA 17/4392, betreffende een aan belanghebbende opgelegde aanslag in de schenkbelasting. De uitspraak van de Rechtbank is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Advocaat-Generaal R.L.H. IJzerman heeft op 21 augustus 2019 geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2019:827).

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van de middelen

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Belanghebbende heeft in 2014 een schenking gekregen van zijn vader, bestaande uit certificaten van aandelen die 20 procent van het aandelenkapitaal vertegenwoordigen in [E] Holding B.V. (hierna: de Holding). De certificaten behoorden bij de vader tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001.

2.1.2

De Holding houdt alle aandelen in [E] B.V., die op haar beurt 55 procent bezit van de aandelen in [H] Holding B.V. [H] Holding B.V. houdt alle aandelen in onder meer [F] B.V. (hierna: de BV). De BV drijft een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001. Zij heeft in 2013 alle activa en passiva gekocht van [G] B.V. (hierna: [G]).

2.2.1

Voor de Rechtbank was in geschil of de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) van Hoofdstuk IIIA Successiewet (hierna: SW) kan worden toegepast op de waarde van de aan belanghebbende geschonken certificaten, voor zover die waarde betrekking heeft op [G].

2.2.2

De Rechtbank heeft geoordeeld dat de BOR niet van toepassing is voor zover de waarde van de geschonken certificaten betrekking heeft op [G]. Daartoe heeft de Rechtbank overwogen dat [G] ten tijde van de aankoop door de BV een zelfstandige onderneming was en dat met betrekking tot [G] niet is voldaan aan de in artikel 35d, lid 1, aanhef en letter a, SW vereiste bezitstermijn van vijf jaar. Aan dat oordeel doet volgens de Rechtbank niet af dat [G] ten tijde van de schenking was opgegaan in de onderneming van de BV en dat geen sprake is van misbruik.

2.3

Het tweede middel betoogt dat de Rechtbank ten onrechte ervan is uitgegaan dat elke verwerving van (een zelfstandig deel van) een onderneming ertoe leidt dat voor dat deel een nieuwe bezitstermijn gaat lopen.

2.4.1

Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

2.4.2

Artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW, in samenhang met artikel 35c, lid 1, aanhef en letter a, SW, bepaalt dat voor de toepassing van de BOR bij de schenking van (certificaten van) aandelen in een vennootschap die bij de schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang, vereist is dat die vennootschap een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan. Tevens is onder meer vereist dat de vennootschap gedurende vijf jaar de in artikel 35c SW bedoelde onderneming dreef (art. 35d, lid 1, aanhef en letter c, SW, hierna: de vijfjaarstermijn).

2.4.3

In de parlementaire geschiedenis van artikel 35c SW zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de aanname dat de wetgever voor de uitleg van het begrip 'gedeelte van een onderneming' heeft willen afwijken van de inhoud van dat begrip voor de heffing van inkomstenbelasting. Uit de jurisprudentie die over dat begrip is gewezen voor de inkomstenbelasting volgt dat daarmee wordt bedoeld een evenredig deel van een objectieve onderneming zoals een firma- of maatschapsaandeel, of een gedeelte van een onderneming dat in de onderneming een zekere zelfstandigheid bezit en naar zijn aard een zelfstandig bedrijf kan vormen.^[1]

2.4.4

Voor de beantwoording van de vraag of voor toepassing van de BOR een onderneming wordt verkregen of een gedeelte daarvan, dan wel of de vennootschap waarvan (certificaten van) aandelen worden verkregen een onderneming drijft, is beslissend de situatie op het tijdstip van de verkrijging. Indien op dat tijdstip een onderneming wordt verkregen als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan, of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001, houdt de tekst van de wet naar zijn bewoordingen in dat niet van belang is hoe het vermogen van die onderneming in de loop van de tijd aan zijn samenstelling ten tijde van de verkrijging is geraakt. In het bijzonder kan aan de woorden "of een gedeelte daarvan" niet de betekenis worden toegekend dat ingeval een gehele onderneming wordt verkregen (of (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), moet worden onderzocht of en in hoeverre daarin (zelfstandige) gedeeltes zijn te onderscheiden. Steun voor een dergelijke lezing van de artikelen 35c, lid 1, aanhef en letter a, en 35d, lid 1, SW kan ook niet worden gevonden in de totstandkomingsgeschiedenis ervan. Opmerking verdient dat dat anders is indien in de onderneming van de BV meerdere ondernemingen als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001 zijn te onderscheiden.

2.4.5

In een geval waarin krachtens schenking een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 wordt verkregen (dan wel (certificaten van) aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft), staat aan toepassing van de BOR dus niet in de weg de eventuele omstandigheid dat een deel van het vermogen van die onderneming is verkregen in de vijf jaar voorafgaande aan de verkrijging en toen een zelfstandige onderneming was. De andersluidende opvatting van de Rechtbank is onjuist. De omstandigheid dat de toenmalige staatssecretaris van Financiën bij een latere gelegenheid in het kader van de behandeling van een voorstel van wet dat ook de BOR betrof^[2] ervan blijk gaf deze opvatting over de uitleg van artikel 35c, lid 1, aanhef en letter a, SW, te huldigen, doet aan een en ander niet af.

2.4.6

In het oordeel van de Rechtbank dat [G] na aankoop is opgegaan in de [H]-groep en ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming was te identificeren ligt besloten het oordeel dat [G] deel uitmaakt van de door die groep gedreven onderneming. Dan is dus niet van belang of en in hoeverre [G] als een gedeelte van die onderneming was aan te merken of in de vijf jaren voorafgaande aan de verkrijging zo'n gedeelte was.

2.4.7

De Rechtbank heeft haar oordeel dat de BOR niet van toepassing is voor zover de waarde van de geschonken certificaten

betrekking heeft op [G] uitsluitend gebaseerd op de overwegingen dat [G] ten tijde van de aankoop in 2013 een zelfstandige onderneming was. Uit hetgeen in 2.4.6 is overwogen volgt dat dat oordeel berust op een onjuiste rechtsopvatting. Het middel slaagt.

2.4.8

De overige middelen kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze middelen is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

2.5

Het beroep in cassatie is gegrond. De Hoge Raad kan de zaak afdoen. Bij deze stand van zaken is tussen partijen niet in geschil dat de aangifte kan worden gevolgd en dat over de bedragen geen geschil is, zoals is vermeld in het proces-verbaal van de zitting van de Rechtbank. De aanslag in de schenkbelasting moet dienovereenkomstig worden verminderd.

3. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie en de Inspecteur in de kosten van het geding voor de Rechtbank en in verband met de behandeling van het bezwaar. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de zaak met nummer 19/01695 met de onderhavige zaak samenhangt in de zin van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie gegrond,
- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank en de uitspraak van de Inspecteur,
- vermindert de aanslag tot een aanslag overeenkomstig de aangifte,
- draagt de Staatssecretaris van Financiën op aan belanghebbende te vergoeden het griffierecht dat belanghebbende voor de behandeling van het beroep in cassatie heeft betaald van € 128,
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op € 984,50 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand,
- draagt de Inspecteur op aan belanghebbende te vergoeden het bij de Rechtbank betaalde griffierecht ter zake van de behandeling van de zaak voor de Rechtbank van € 46, en
- veroordeelt de Inspecteur in de kosten van belanghebbende voor het geding voor de Rechtbank, vastgesteld op € 787,50 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand en in de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 196 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Voorgaande uitspraak

RECHTBANK Noord-Holland, Meerv. belastingk., 19 februari 2019 (Nr. 17/4392)

Uitspraak

in de zaak enz.;

1. (...)

Beoordeling van het geschil

10.

Artikel 35b, vijfde lid, van de Successiewet 1956 (tekst 2014, hierna: SW) luidt als volgt:

- "5. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingvereiste, bedoeld in artikel 35e."

11.

Artikel 35c, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW luidt als volgt:

- "1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:
- a.
een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;"

12.

Artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW luidt als volgt:

- "1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:
- a.
ondernemer was in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, bedoelde onderneming;"

13.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW de schenker gedurende vijf jaren tot de schenking ondernemer moet zijn geweest met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW bedoelde onderneming. Dat is een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 of een gedeelte daarvan. De rechtbank leidt daaruit af dat de wetgever hiermee bedoelt een zelfstandige onderneming of een gedeelte daarvan.

14.

Dat het oordeel van de rechtbank aansluit bij de bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, E, p. 61*):

"De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was."

Deze passage is weliswaar ontleend aan de parlementaire behandeling 2016-2017 naar aanleiding van het wetsvoorstel ter reparatie van de gevolgen van een arrest van de Hoge Raad, maar gaat over de uitleg van de bezitstermijn zoals die met ingang van 1 januari 2010 geldt.

15.

Tussen partijen is niet in geschil dat [G] ten tijde van de aankoop van de activa en passiva op 18 september 2013 een zelfstandige onderneming was. Aangezien [D] ten tijde van de schenking op 19 december 2014 nog geen vijf jaren ondernemer was met betrekking tot [G] is niet aan de bezitstermijn voldaan en is de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing op het belang van de geschonken aandelen in [G]. Dat [G] na de aankoop is opgegaan in de [H] groep en ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming te identificeren was, doet daar niet aan af. Dat geen sprake is van misbruik, leidt evenmin tot een ander oordeel. De bezitstermijn heeft weliswaar een anti-misbruikarakter, maar er moet in alle gevallen aan deze termijn zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling, ook in gevallen waarin gesteld noch gebleken is dat sprake is van enig misbruik.

16.

Gelet op het vorenoverwogene dient het beroep ongegrond te worden verklaard.

Proceskosten

17.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van belanghebbende:

Middel I

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank naar deze wettelijke bepaling verwijst terwijl in de voorliggende casus geen sprake was van schenking van een onderneming in de zin van artikel 3.4 of 3.5 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, maar van een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, zodat getoetst had moeten worden aan artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Toelichting middel I

1.

In de voorliggende casus is sprake van schenking van aandelen behorend tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, zie het onderdeel 'Feiten' in de bestreden uitspraak. De Rechtbank verwijst in zijn beoordeling onder 11. en 12. evenwel naar wetsbepalingen die betrekking hebben op de onderneming respectievelijk de ondernemer in de zin van artikel 3.2 respectievelijk 3.4 en 3.5 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Niet verwezen wordt naar de bepalingen die zien op het aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

2.

Hoewel ook voor de beoordeling van een schenking van aanmerkelijkbelangaandelen begrippen uit de sfeer van de winst uit onderneming (met name het begrip ondernemingsvermogen) van belang zijn, is toch duidelijk sprake van verschillende regelingen, die dus goed moeten worden onderscheiden en toegepast. De Rechtbank past ten onrechte de regels voor schenking van een inkomstenbelasting-onderneming toe op de schenking van een aanmerkelijk belang.

3.

Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

Middel II

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank ten onrechte aanneemt dat elke verwerving van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming ertoe leidt dat voor dat deel een nieuwe bezitstermijn gaat lopen, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Toelichting middel II

1.

Middel II wordt voorgesteld voor het geval dat Middel I faalt, bijvoorbeeld omdat Uw Raad de foutieve verwijzing van de Rechtbank wenst te corrigeren of aan te vullen dan wel veronderstelt dat de Rechtbank heeft bedoeld te verwijzen naar artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956 respectievelijk artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956.

2.

De Rechtbank baseert zijn beslissing blijkens onderdeel 14. van de uitspraak met name op de parlementaire behandeling in 2016-2017 van het wetsvoorstel ter reparatie van de gevolgen van een arrest van Uw Raad over indirecte belangen. Het is onjuist en in strijd met de rechtszekerheid om bij de uitleg van een wettelijke bepaling waarde – en zelfs beslissende waarde – toe te kennen aan uitlatingen die zijn gedaan bij de parlementaire behandeling van een wetswijziging twee jaar na het belastbare feit (de schenking). Dit geldt nog sterker nu die wetswijziging 1^a over een ander onderwerp handelde dan de bezitstermijn en 2^a ten doel had de uitleg die Uw Raad eerder aan de wet had gegeven, te overrulen.

3.

Artikel 35d, eerste lid, letter c, van de Successiewet 1956 stelt de eis dat *'het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef.'* Met *'de daar bedoelde onderneming'* wordt verwezen naar artikel 35c, eerste lid, letter c, van de

Successiewet 1956, waar het begrip ondernemingsvermogen wordt gedefinieerd. De wettekst dwingt op geen enkele wijze tot de conclusie dat het verwerven van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming leidt een nieuwe bezitstermijn. Ik lees het aldus dat artikel 35c van de Successiewet 1956 een toetsing inhoudt op het *moment* van de schenking. Op dat moment moet sprake zijn van ondernemingsvermogen, wat in geval van schenking van aanmerkelijkbelangaandelen betekent dat de BV een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 moet drijven. Daarnaast ziet artikel 35c van de Successiewet 1956 op de omvang van de vrijstelling. Bovenop deze *tijdstip*toetsing komen de beide bezitseisen van artikel 35d van de Successiewet 1956: de schenker moet de aandelen vijf jaar in bezit hebben en de BV moet de onderneming vijf jaar drijven. Deze bezitseisen zien, anders dan de tijdstip-toetsing van artikel 35c van de Successiewet 1956 niet op een moment, maar op een periode en kennen derhalve hun eigen criteria.

4.

De wetsgeschiedenis wijst niet in een andere richting. In de parlementaire behandeling zijn de bezitseisen genoemd, maar niet expliciet toegelicht. Wel wordt in de Memorie van Toelichting (Tweede Kamer 2008-2009, 31 930, nr. 3, pagina 45-46) opgemerkt dat *'de bezitstermijn beoogt misbruik van de regeling te voorkomen.'* De Nota naar aanleiding van het Verslag (Tweede Kamer 2008-2009, 31 930, nr. 9, pagina 102-103) vermeldt dat de bezitseis een dubbel doel dient:

'De bezitseis is aan de ene kant bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te definiëren; er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Aan de andere kant heeft de bezitstermijn ook een anti-misbruikarakter. Dit betekent dat de bezitseis materieel moet worden ingevuld.'

Dit laatste uitgangspunt wordt concreet vertaald door artikel 9 Uitvoeringsregeling SW, waarin onder meer is vastgelegd dat ook aan de bezitstermijn is voldaan als de BV nog geen vijf jaar bestaat maar de schenker de onderneming daarvoor als eenmanszaak dreef. Ook de figuur van de preferente aandelen komt aan bod, waarbij wordt opgemerkt dat *'de erflater respectievelijk schenker gedurende de bezitstermijn een 'echte ondernemer' moet zijn geweest.'*

Ik lees hierin geen aanwijzing voor een star en statisch ondernemingsbegrip, wél de zorg om misbruik te voorkomen. En die zorg richt zich er met name op dat moet worden voorkomen dat (materieel) beleggingsvermogen onder de vrijstelling wordt gebracht. Het moet gaan om 'echt ondernemingsvermogen', maar nergens staat dat dat 'echte ondernemingsvermogen' ook vijf jaar in die exacte vorm in bezit moet zijn geweest.

5.

Bij de 'materiële invulling' van de bezitseis (zie de hiervoor geciteerde zin: *'Dit betekent dat de bezitseis materieel moet worden ingevuld.'*) past voorts uitstekend de uitleg dat het gaat om de identiteit van de onderneming. Zie hierna onder nummer 8.

6.

De Rechtbank is van oordeel dat bij aanschaf van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan een nieuwe bezitstermijn gaat lopen. Ik acht dit criterium ongeschikt voor deze toets. Men neme als voorbeeld een transportonderneming die een nieuwe vrachtwagen aanschaf en een chauffeur aanneemt om deze besturen. Hierdoor zou geen nieuwe bezitstermijn gaan lopen. Maakt men evenwel een deal met een zzp-er die tot dan toe als zogeheten eigenrijder met zijn eigen vrachtwagen rijdt, waarbij men vrachtwagen en chauffeur beide overneemt, dan zou hiervoor wél een nieuwe bezitstermijn gaan lopen, puur omdat voor de *verkoper* het een zelfstandige onderneming was. Toepassing van dit criterium is derhalve onlogisch en het leidt tot ongerijmde uitkomsten.

7.

Een even ongerijmd effect doet zich voor ten aanzien van de zogeheten overnamekas. Deze vormt ondernemingsvermogen en kan dus met de onderneming meegeschonken worden. Wordt de kas evenwel vóór de schenking te gelde gemaakt, dan zou voor de overgenomen onderneming een nieuwe bezitstermijn gaan lopen? Dat zou absurd zijn.

8.

Gelukkig is er een alternatieve uitleg van de bezitseis mogelijk, die wél aansluit bij de economische realiteit, zonder ruimte te bieden voor misbruik. Ik verwijs hiervoor naar mijn bijdrage 'De indirect-bezitseis van art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet: identiek of identiteit?' aan de Bavinck-bundel (in verband met de vindbaarheid opgenomen onder de bijlagen). In dat opstel heb ik de starre en beperkte uitleg van de indirect-bezitseis door de Belastingdienst bekritiseerd. Veel beter passend bij zowel de tekst als de ratio van dit artikel is mijns inziens een benadering vanuit de identiteit van de geschonken of geërfde onderneming. Die onderneming moet reeds vijf resp. één jaar worden gedreven en mag in die periode niet wezenlijk van aard zijn veranderd. In het onderhavige geval is [G] na de overname opgegaan in de onderneming van [F] en was [G] ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming identificeerbaar. De onderneming van [F] is door de overname van [G] qua aard, opbouw en identiteit niet veranderd.

9.

Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

Middel III

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank ten onrechte aanneemt dat de bezitser ook aan de vrijstelling in de weg staat als er geen sprake is van misbruik, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Toelichting middel III

1.

In onderdeel 15. van de uitspraak erkent de Rechtbank dat de bezitser 'weliswaar een anti-misbruikskarakter' heeft, maar toch van toepassing is in de onderhavige casus ondanks dat er geen sprake is van misbruik. Naar mijn mening is dit in strijd met de bedoelingen van de wetgever.

2.

Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

Op voormelde gronden

Concludeer ik namens belanghebbende tot vernietiging van de bestreden uitspraak van de Rechtbank alsmede verzoek ik Uw Raad te bepalen dat het griffierecht aan belanghebbende wordt gerestitueerd en tevens dat de Staat wordt veroordeeld in de door belanghebbende gemaakte kosten van het geding, als volgens de wet.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. IJzerman:

1. Inleiding

1.1

Heden neem ik conclusie in de zaak met nummer 19/01680 naar aanleiding van het beroep in cassatie van de heer [X1], belanghebbende, tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland (hierna: de Rechtbank).^[1] Tevens neem ik hier conclusie in de zaak met nummer 19/01695^[2] naar aanleiding van het beroep in cassatie van mevrouw [X2], eveneens belanghebbende, tegen de uitspraak van de Rechtbank.^[2] Tegen beide uitspraken van de Rechtbank is door belanghebbenden (sprong)cassatie ingesteld.

1.2

Op 19 december 2014 hebben belanghebbenden van hun vader, [D] (hierna: de schenker), door schenking ieder 20% verkregen van het aandelenkapitaal in [E] Holding B.V. (hierna: de Holding), bestaande uit de (certificaten van letter-) aandelen B en C, (hierna: de schenking). De waarde van de geschonken aandelen in de Holding, inclusief haar deelnemingen, bedroeg in totaal € 4.642.763. De B aandelen zijn geschonken aan [X2], de dochter van de schenker. De C aandelen zijn geschonken aan [X1], de zoon van de schenker.

1.3

De Inspecteur heeft in het kader van de berekening van schenkbelasting geweigerd de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: de BOR) toe te passen, zoals neergelegd in artikel 35b en volgende van de Successiewet 1956 (hierna: de SW), voor zover de waarde van de geschonken aandelen ziet op een aangekochte onderneming door het via de Holding gehouden indirect aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) in [F] B.V. Deze vennootschap heeft op 18 september 2013 van [G] B.V. de activa en passiva gekocht, op dat moment een zelfstandige materiële onderneming vormend in de zin van artikel 3.2 van de Wet IB 2001 (hierna: de aangekochte onderneming). De waarde van het uiteindelijke belang in de aangekochte onderneming ten tijde van de schenkingen is bij elk van de belanghebbenden € 43.532 (20% x € 217.660).

1.4

Partijen verschillen van mening over de toepassing van de bezitstermijn, zoals neergelegd in artikel 35d, eerste lid, van de SW. De aangekochte onderneming was op het moment van de schenking korter dan vijf jaren in het bezit van het indirecte aanmerkelijk belang, [F] B.V.

1.5

De Rechtbank is van oordeel dat de schenker ten tijde van de schenking nog geen vijf jaren ondernemer was met betrekking tot de aangekochte onderneming en dat niet is voldaan aan de bezitstermijn, waardoor de BOR in zoverre niet van toepassing is op de aan belanghebbenden geschonken aandelen in de Holding.

1.6

Het oordeel van de Rechtbank is gebaseerd op uitleg van de bezitstermijn, zoals neergelegd in artikel 35d, lid 1, onderdeel a van de SW. Belanghebbenden komen daartegen thans in cassatie op met drie middelen.

1.7

Heden neem ik eveneens conclusie in de zaak 19/00189 waarin de Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft geoordeeld over de bezitstermijn, zoals neergelegd in artikel 35d, lid 1, onderdeel c van de SW, met betrekking tot de door een holdingmaatschappij verworven indirecte aanmerkelijke aandelenbelangen.^[3]

1.8

De opbouw van deze conclusie is verder als volgt. In onderdeel 2 is de uitspraak van de Rechtbank weergegeven. Onderdeel 3 bevat een uiteenzetting van het geding in cassatie. Onderdeel 4 omvat een overzicht van de relevante wetgeving, parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie. In onderdeel 5 worden de middelen van belanghebbenden beoordeeld; gevolgd door de conclusie in onderdeel 6.^[4]

2. De feiten en het geding in feitelijke instantie

2.1

De uitspraak van de Rechtbank in de zaak van de heer [X1], met zaaknummer HAA 17/4392 luidt als volgt:

Procesverloop

Verweerder heeft aan eiser een aanslag schenkbelasting opgelegd van € 18.722.

Verweerder heeft bij uitspraak op bezwaar de aanslag gehandhaafd.

Eiser heeft daartegen beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 januari 2019 te Haarlem. De zaak is gelijktijdig behandeld met de zaak van de zus van eiser met zaaknummer HAA 17/4394.

(...)

Feiten

1.

[D] bezat op 19 december 2014 100% van het aandelenkapitaal in [E] Holding B.V. De waarde van de aandelen bedroeg op 19 december 2014 € 4.642.763. Het aandelenkapitaal van [E] Holding B.V. bestond op 19 december 2014 uit letteraandelen: 60% A-aandelen, 20% B-aandelen en 20% C-aandelen.

2.

Eiser heeft op 19 december 2014 een schenking ontvangen van zijn vader, [D], bestaande uit 8 certificaten van aandelen C genummerd C1 tot en met C8. Dat betreft 20% van het aandelenkapitaal in [E] Holding B.V.

3.

[E] Holding B.V. heeft 100% van de aandelen in [E] B.V. [E] B.V. heeft 55% van de aandelen in [H] Holding B.V.

4.

[H] Holding B.V. heeft 100% van de aandelen in [H] Audit B.V. en 85% van de aandelen in [F] B.V.

5.

Op 18 september 2013 heeft [F] B.V. de activa en passiva van [G] B.V. (hierna: [G]) gekocht. Op 19 december 2014 is de waarde van de gekochte onderneming € 465.583. Het belang van [E] Holding B.V. in de gekochte onderneming is op 19 december 2014 € 217.660 (55% x 85% x € 465.583). Het belang van de geschonken aandelen in de gekochte onderneming is € 43.532 (20% x € 217.660).

Geschil

6.

In geschil is of de bedrijfsopvolgingsregeling kan worden toegepast op het belang van de geschonken aandelen in [G] van € 43.532. Meer in het bijzonder is in geschil of op 18 september 2013 een bezitstermijn van vijfjaren is gaan lopen voor de aangekochte activa en passiva van [G].

7.

Eiser stelt dat uit de wettekst niet volgt dat bij de aankoop van een zelfstandige onderneming een nieuwe bezitstermijn gaat lopen. De wet is bedoeld om misbruik tegen te gaan. Daarvan is in dit geval geen sprake. Er is sprake van uitbreiding van de bestaande onderneming. [G] is opgegaan in de [H]-groep en was ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming te identificeren. Gelet op de tekst en de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling dient de bezitstermijn te worden benaderd vanuit de identiteit van de geschonken onderneming. Gekeken moet worden of de aard van die onderneming in de vijf jaren voorafgaand aan de schenking niet wezenlijk van aard is veranderd. Daar wordt in dit geval aan voldaan. De gehele verkrijging dient derhalve onder de bedrijfsopvolgingsregeling te vallen.

8.

Verweerder stelt dat de bezitstermijn ook ziet op activa en passiva die kunnen worden beschouwd als zelfstandig deel van een onderneming. Dat is hier het geval, zodat voor de gekochte activa en passiva van [G] op 18 september 2013 een bezitstermijn van vijf jaren is gaan lopen. Omdat de schenking op 19 december 2014 heeft plaatsgevonden, is voor dit deel van de verkrijging niet aan de bezitstermijn voldaan en daarom is de bedrijfsopvolgingsregeling daarop niet van toepassing.

9.

Voor het overige verwijst de rechtbank naar de gedingstukken.

Beoordeling van het geschil

10.

Artikel 35b, vijfde lid, van de Successiewet 1956 (tekst 2014, hierna: SW) luidt als volgt:

"5. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijfjaren voldoet aan het voortzettingvereiste, bedoeld in artikel 35e."

11.

Artikel 35c, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW luidt als volgt:

"1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:
a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;"

12.

Artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW luidt als volgt:

"1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijfjaren tot de schenking: a. ondernemer was in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, bedoelde onderneming;"

13.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW de schenker gedurende vijfjaren tot de schenking ondernemer moet zijn geweest met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW bedoelde onderneming. Dat is een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 of een gedeelte daarvan. De rechtbank leidt daaruit af dat de wetgever hiermee bedoelt een zelfstandige onderneming of een gedeelte daarvan.

14.

Dat het oordeel van de rechtbank aansluit bij de bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, E, p. 61*):

"De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven

indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijfjaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was.” Deze passage is weliswaar ontleend aan de parlementaire behandeling 2016-2017 naar aanleiding van het wetsvoorstel ter reparatie van de gevolgen van een arrest van de Hoge Raad, maar gaat over de uitleg van de bezitstermijn zoals die met ingang van 1 januari 2010 geldt.

15.

Tussen partijen is niet in geschil dat [G] ten tijde van de aankoop van de activa en passiva op 18 september 2013 een zelfstandige onderneming was. Aangezien [D] ten tijde van de schenking op 19 december 2014 nog geen vijf jaren ondernemer was met betrekking tot [G] is niet aan de bezitstermijn voldaan en is de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing op het belang van de geschonken aandelen in [G]. Dat [G] na de aankoop is opgegaan in de [H]-groep en ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming te identificeren was, doet daar niet aan af. Dat geen sprake is van misbruik, leidt evenmin tot een ander oordeel. De bezitstermijn heeft weliswaar een anti-misbruikarakter, maar er moet in alle gevallen aan deze termijn zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling, ook ingevallen waarin gesteld noch gebleken is dat sprake is van enig misbruik.

16.

Gelet op het vorenoverwogene dient het beroep ongegrond te worden verklaard.

Proceskosten

17.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

2.2

De uitspraak van de Rechtbank in de zaak van mevrouw [X2], met zaaknummer bij de Rechtbank HAA 17/4394, is bijna identiek aan de hiervoor opgenomen uitspraak. Het gaat in de zaak van mevrouw [X2] om de schenking van de (certificaten van) de aandelen B, waar het in het vorige onderdeel in de zaak van de heer [X1] een schenking betrof van de (certificaten van) de aandelen C. Het betreft beide een schenking, met gelijke waarde, in dezelfde (holding) vennootschap. De andersluidende overweging 2 luidt als volgt:

2.

Eiseres heeft op 19 december 2014 een schenking ontvangen van haar vader, [D], bestaande uit 8 certificaten van aandelen B genummerd BI tot en met B8. Dat betreft 20% van het aandelenkapitaal in [E] Holding B.V.

3. Het geding in cassatie

3.1

Belanghebbenden hebben tijdig en ook overigens op regelmatige wijze beroep in cassatie ingesteld tegen de uitspraken van de Rechtbank op grond van artikel 28, derde lid van de Algemene Wet Inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR), met schriftelijke instemming van Onze Minister. De staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) heeft een verweerschrift ingediend.

3.2

Belanghebbenden hebben drie cassatiemiddelen voorgesteld:

Middel I

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank naar deze wettelijke bepaling verwijst terwijl in de voorliggende casus geen sprake was van schenking van een onderneming in de zin van artikel 3.4 of 3.5 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, maar van een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, zodat getoetst had moeten worden aan artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Middel II

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank ten onrechte aanneemt dat elke verwerving van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming ertoe leidt dat voor dat deel een nieuwe bezitstermijn gaat lopen, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

Middel III

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht, meer in het bijzonder van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956, doordat de Rechtbank ten onrechte aanneemt dat de bezitser ook aan de vrijstelling in de weg staat als er geen sprake is van misbruik, waardoor de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed is.

3.3

Ter toelichting op het eerste middel hebben belanghebbenden aangevoerd:

1.

In de voorliggende casus is sprake van schenking van aandelen behorend tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001, zie het onderdeel 'Feiten' in de bestreden uitspraak. De Rechtbank verwijst in zijn beoordeling onder 11. en 12. evenwel naar wetbepalingen die betrekking hebben op de onderneming respectievelijk de ondernemer in de zin van artikel 3.2 respectievelijk 3.4 en 3.5 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001. Niet verwezen wordt naar de bepalingen die zien op het aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001.

2.

Hoewel ook voor de beoordeling van een schenking van aanmerkelijkbelangaandelen begrippen uit de sfeer van de winst uit onderneming (met name het begrip ondernemingsvermogen) van belang zijn, is toch duidelijk sprake van verschillende regelingen, die dus goed moeten worden onderscheiden en toegepast. De Rechtbank past ten onrechte de regels voor schenking van een inkomstenbelasting-onderneming toe op de schenking van een aanmerkelijk belang.

3.

Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

3.4

Ter toelichting op het tweede middel hebben belanghebbenden aangevoerd:

1.

Middel II wordt voorgesteld voor het geval dat Middel I faalt, bijvoorbeeld omdat Uw Raad de foutieve verwijzing van de Rechtbank wenst te corrigeren of aan te vullen dan wel veronderstelt dat de Rechtbank heeft bedoeld te verwijzen naar artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder c, van de Successiewet 1956 (...).

2.

De Rechtbank baseert zijn beslissing blijkens onderdeel 14. van de uitspraak met name op de parlementaire behandeling in 2016-2017 van het wetsvoorstel ter reparatie van de gevolgen van een arrest van Uw Raad over indirecte belangen. Het is onjuist en in strijd met de rechtszekerheid om bij de uitleg van een wettelijke bepaling waarde – en zelfs beslissende waarde – toe te kennen aan uitspraken die zijn gedaan bij de parlementaire behandeling van een wetswijziging twee jaar na het belastbare feit (de schenking). Dit geldt nog sterker nu die wetswijziging 1e over een ander onderwerp handelde dan de bezitstermijn en 2e ten doel had de uitleg die Uw Raad eerder aan de wet had gegeven, te overrulen.

3.

Artikel 35d, eerste lid, letter c, van de Successiewet 1956 stelt de eis dat "het lichaam waarop het aanmerkelijk belang

betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijftien, de daar bedoelde onderneming dreef." Met 'de daar bedoelde onderneming' wordt verwezen naar artikel 35c, eerste lid, letter c, van de Successiewet 1956, waar het begrip ondernemingsvermogen wordt gedefinieerd. De wettekst dwingt op geen enkele wijze tot de conclusie dat het verwerven van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming leidt een nieuwe bezitstermijn. Ik lees het aldus dat artikel 35c van de Successiewet 1956 een toetsing inhoudt op het moment van de schenking. Op dat moment moet sprake zijn van ondernemingsvermogen, wat in geval van schenking van aanmerkelijkbelangaandelen betekent dat de BV een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet op de Inkomstenbelasting 2001 moet drijven. Daarnaast ziet artikel 35c van de Successiewet 1956 op de omvang van de vrijstelling. Bovenop deze tijdstip-toetsing komen de beide bezitstermijnen van artikel 35d van de Successiewet 1956: de schenker moet de aandelen vijftien jaar in bezit hebben en de BV moet de onderneming vijf jaar drijven. Deze bezitstermijnen zien, anders dan de tijdstip-toetsing van artikel 35c van de Successiewet 1956 niet op een moment, maar op een periode en kennen derhalve hun eigen criteria.

4.

De wetsgeschiedenis wijst niet in een andere richting. In de parlementaire behandeling zijn de bezitstermijnen genoemd, maar niet expliciet toegelicht. Wel wordt in de Memorie van Toelichting (Tweede Kamer 2008-2009, 31 930, nr. 3, pagina 45-46) opgemerkt dat "de bezitstermijn beoogt misbruik van de regeling te voorkomen." De Nota naar aanleiding van het Verslag (Tweede Kamer 2008-2009, 31 930, nr. 9, pagina 102-103) vermeldt dat de bezitstermijn een dubbel doel dient:

"De bezitstermijn is aan de ene kant bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te definiëren; er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Aan de andere kant heeft de bezitstermijn ook een anti-misbruik karakter. Dit betekent dat de bezitstermijn materieel moet worden ingevuld."

Dit laatste uitgangspunt wordt concreet vertaald door artikel 9 Uitvoeringsregeling SW, waarin onder meer is vastgelegd dat ook aan de bezitstermijn is voldaan als de BV nog geen vijftien jaar bestaat maar de schenker de onderneming daarvoor als eenmanszaak dreef. Ook de figuur van de preferente aandelen komt aan bod, waarbij wordt opgemerkt dat "de erflater respectievelijk schenker gedurende de bezitstermijn een 'echte ondernemer' moet zijn geweest."

Ik lees hierin geen aanwijzing voor een star en statisch ondernemingsbegrip, wél de zorg om misbruik te voorkomen. En die zorg richt zich er met name op dat moet worden voorkomen dat (materieel) beleggingsvermogen onder de vrijstelling wordt gebracht. Het moet gaan om 'echt ondernemingsvermogen', maar nergens staat dat dat 'echte ondernemingsvermogen' ook vijf jaar in die exacte vorm in bezit moet zijn geweest.

5.

Bij de 'materiële invulling' van de bezitstermijn (zie de hiervoor geciteerde zin: "Dit betekent dat de bezitstermijn materieel moet worden ingevuld.") past voorts uitstekend de uitleg dat het gaat om de identiteit van de onderneming. Zie hierna onder nummer 8.

6.

De Rechtbank is van oordeel dat bij aanschaf van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan een nieuwe bezitstermijn gaat lopen. Ik acht dit criterium ongeschikt voor deze toets. Men neme als voorbeeld een transportonderneming die een nieuwe vrachtwagen aanschaf en een chauffeur aanneemt om deze besturen. Hierdoor zou geen nieuwe bezitstermijn gaan lopen. Maakt men evenwel een deal met een zzp'er die tot dan toe als zogeheten eigenrijder met zijn eigen vrachtwagen rijdt, waarbij men vrachtwagen en chauffeur beide overneemt, dan zou hiervoor wél een nieuwe bezitstermijn gaan lopen, puur omdat voor de verkoper het een zelfstandige onderneming was. Toepassing van dit criterium is derhalve onlogisch en het leidt tot ongerijmde uitkomsten.

7.

Een even ongerijmd effect doet zich voor ten aanzien van de zogeheten overnamekas. Deze vormt ondernemingsvermogen en kan dus met de onderneming meegeschonken worden. Wordt de kas evenwel vóór de schenking te gelde gemaakt, dan zou voor de overgenomen onderneming een nieuwe bezitstermijn gaan lopen? Dat zou absurd zijn.

8.

Gelukkig is er een alternatieve uitleg van de bezitstermijn mogelijk, die wél aansluit bij de economische realiteit, zonder ruimte te bieden voor misbruik. Ik verwijs hiervoor naar mijn bijdrage 'De indirect- bezitstermijn van art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet: identiek of identiteit?' aan de Bavinck-bundel (in verband met de vindbaarheid opgenomen onder de bijlagen). In dat opstel heb ik de starre en beperkte uitleg van de indirect-bezitstermijn door de Belastingdienst bekritiseerd. Veel beter passend bij zowel de tekst als de ratio van dit artikel is mijns inziens een benadering vanuit de identiteit van de geschonken of geërfde onderneming. Die onderneming moet reeds vijf resp. één jaar worden gedreven en mag in die periode niet wezenlijk van aard zijn veranderd. In het onderhavige geval is [G] na de overname opgegaan in de

onderneming van [F] en was [G] ten tijde van de schenking niet meer als afzonderlijke onderneming identificeerbaar. De onderneming van [F] is door de overname van [G] qua aard, opbouw en identiteit niet veranderd.

9.

Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

3.5

Ter toelichting op het derde middel hebben belanghebbenden aangevoerd:

1. In onderdeel 15. van de uitspraak erkent de Rechtbank dat de bezitser "weliswaar een anti-misbruikarakter" heeft, maar toch van toepassing is in de onderhavige casus ondanks dat er geen sprake is van misbruik. Naar mijn mening is dit in strijd met de bedoelingen van de wetgever.
2. Gelet op het voorgaande is de beslissing onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

4. Wetteksten, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur

Wetgeving

4.1

Artikel 35b van de SW luidde in 2014:

1. Indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort als bedoeld in artikel 35c, dat wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging als bedoeld in het vijfde lid, wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling verleend (...)
5. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingvereiste, bedoeld in artikel 35e.

4.2

Artikel 35c van de SW luidde in 2014:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:
 - a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan; (...)
 - c. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b, en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:
 - 1° bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, en
 - 2° het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1° toegerekende waarde; (...)
5. Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, hield, een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:
 - a. erflater of schenker in dat andere lichaam indirect een aanmerkelijk belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of (...)
7. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen zijn de artikelen 4.3 tot en met 4.5a van de Wet inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing.
8. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van dit artikel.

4.3

Als gevolg van het nagenoemde arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016 is artikel 35c van de SW, nadat de schenking in de casus van belanghebbenden al had plaatsgevonden, als volgt gewijzigd:^[5]

1. In de aanhef van het vijfde lid wordt «een belang heeft» vervangen door: direct of indirect een belang heeft.
2. Onder vernummering van het zesde tot en met achtste lid tot zevende tot en met negende lid wordt na het vijfde lid een lid ingevoegd, luidende:
6. Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam.

4.4

Artikel 35d van de SW luidt sinds 1 januari 2010:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een (...) schenker verstaan (...) een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:
 - a. ondernemer was in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, bedoelde onderneming;
 - b. (...)
 - c. aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef of de daar bedoelde medegerechtigdheid bezat, en het in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2°, bedoelde beleggingsvermogen niet in deze periode via een storting in het lichaam is ingebracht;
 - d. (...)
2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van dit artikel.

4.5

Artikel 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: URSE) luidde in 2014:

1. Deze regeling geeft uitvoering aan de artikelen 16, derde lid, 17, tweede lid, 33, onder 5° en 6°, 33a, 35b, eerste lid, 35c, vijfde, en achtste lid, 35d, tweede lid, 35e, zesde lid, 73 en 75, eerste lid, van de Successiewet 1956.
2. (...)

4.6

Artikel 7, derde lid URSE luidt sinds 1 januari 2010 als volgt:

Indien ingevolge artikel 35c, vijfde lid, van de wet bezittingen en schulden van een lichaam voor een gedeelte worden toegerekend aan een ander lichaam, worden deze bezittingen en schulden voor de in artikel 35b, eerste lid, van de wet bedoelde bepaling van de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming, voor het geheel in aanmerking genomen voor zover zij ondernemingsvermogen vormen als bedoeld in artikel 35c van de wet.

4.7

In artikel 9 URSE is een aantal uitzonderingen neergelegd voor situaties waarin strikt genomen niet is voldaan aan de bezitstermijn in artikel 35d, eerste lid van de SW, maar zulks materieel bezien wel het geval is. Artikel 9 URSE luidt sinds 1 januari 2010 als volgt:

1. Aan de periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, is mede voldaan:
 - a. ingeval de erflater of schenker een onderneming drijft die eerder werd gedreven door een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en welke onderneming met toepassing van artikel 14c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 door de erflater of schenker is voortgezet of mede voortgezet: indien de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker wordt gedreven en de periode waarin hij aandeelhouder was in bedoelde naamloze of besloten vennootschap tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt;
 - b. ingeval de erflater of schenker aanmerkelijkbelanghouder is en het aanmerkelijk belang betrekking heeft op een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die een onderneming drijft die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven en welke onderneming met toepassing van

artikel 3.65 van de Wet inkomstenbelasting 2001 is omgezet in bedoelde vennootschap: indien de periode van aanmerkelijkbelanghouder en de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt;

c.

ingeval de erflater of schenker medegerechtigde is in de zin van artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet inkomstenbelasting 2001 en die medegerechtigdheid betrekking heeft op een onderneming die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven: indien de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven ten minste één, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren, bedroeg;

d.

ingeval de erflater of schenker resultaat uit een werkzaamheid geniet met betrekking tot een onroerende zaak en de onroerende zaak eerder deel uitmaakte van het ondernemingsvermogen van een voor rekening van de erflater of schenker gedreven onderneming: indien de periode van het genieten van resultaat uit een werkzaamheid en de periode van ondernemerschap tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt.

2. In geval van een aandelenfusie als bedoeld in artikel 3.55 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden voor de toets of is voldaan aan de periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, de bezitsperiode van de verkregen aandelen en de bezitsperiode van de afgestane aandelen bij elkaar gevoegd als ware het één periode. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing bij een juridische splitsing als bedoeld in artikel 3.56 van de Wet inkomstenbelasting 2001, alsmede bij een juridische fusie als bedoeld in artikel 3.57 van die wet.
3. In geval van preferente aandelen als bedoeld in artikel 35c, vierde lid, van de wet is aan de periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, mede voldaan indien de bezitsperiode van de gewone aandelen tenminste één jaar, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren, bedroeg.
4. (...)

4.8

Artikel 3.2 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) luidt:

Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen (...).

Parlementaire geschiedenis

4.9

In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de oude bedrijfsopvolgingsregeling, dus voor de invoering van de BOR zoals wij deze sinds 1 januari 2010 kennen, wordt het volgende opgemerkt over het voorkomen van oneigenlijk gebruik:^[6] Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik dient voor de kwijtschelding van schenkingsrecht ook een eis gesteld te worden aan de periode voorafgaande aan de schenking van de onderneming gedurende welke de schenker de over te dragen onderneming heeft gedreven, respectievelijk gedurende welke de schenker het in het kader van bedrijfsopvolging overgaande aanmerkelijkbelangaandelenpakket heeft gehouden. Een oneigenlijk gebruik van de regeling zou erin kunnen bestaan dat iemand aanmerkelijkbelangaandelen koopt om deze aandelen binnen korte tijd in plaats van contanten ter besparing van schenkingsrecht aan zijn kinderen te schenken.

4.10

In de memorie van toelichting op de BOR is in de toelichting op artikel 35c van de SW aangegeven dat met ingang van 1 januari 2010 – ook voor aanmerkelijkbelangaandelen – wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de Wet IB 2001.^[7] De voorgestelde omschrijving van het kwalificerende ondernemingsvermogen beoogt ten eerste meer rechtsvormneutraliteit te bereiken. De huidige wettelijke omschrijving haakt voor de verkrijging van een persoonlijke onderneming aan bij het ondernemingsbegrip uit de Wet inkomstenbelasting 2001. Indien aanmerkelijkbelangaandelen worden verkregen, eist de huidige regeling dat de vennootschap een onderneming drijft in de zin van artikel 2, eerste lid, onderdeel e, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Er bestaat geen volledige overeenstemming tussen deze twee ondernemingsbegrippen. Zo sluit de huidige verwijzing naar de vennootschapsbelasting aandelen in een BV waarvan de enige bezitting een commanditaire deelname is, uit van de bedrijfsopvolgingsregeling omdat de BV in dat geval geen onderneming drijft in de zin van genoemd artikel 2, eerste lid, onderdeel e. Het voorstel beoogt een uniforme toets aan te leggen, zodat de rechtsvorm tot zo min mogelijk verschil in fiscale behandeling leidt. Of sprake is van een materiële onderneming blijft overigens een feitelijke kwestie, zodat de vraag of daarvan sprake is steeds zal moeten beoordeeld aan de hand van de feiten van het onderhavige geval. Aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting leidt ertoe dat meer duidelijkheid ontstaat over de vraag wanneer een vennootschap een onderneming drijft, omdat over de vraag of

sprake is van een materiële onderneming van de inkomstenbelasting meer jurisprudentie voorhanden is dan in de vennootschapsbelasting. De eis dat een lichaam zich niet feitelijk mag bezighouden met beleggingsactiviteiten kan door de aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip van de inkomstenbelasting vervallen. Steeds zal moeten worden beoordeeld of de activiteiten een materiële onderneming zouden vormen voor de inkomstenbelasting.

(...)

De eis dat de aandelen bij de schenker of erflater tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3, met uitzondering van de artikelen 4.10 en 4.11 van de Wet inkomstenbelasting 2001 hebben behoord, is de volgende maatregel die ertoe strekt dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De faciliteit is alleen van toepassing als van een ondernemer wordt verkregen. Dat is bij aanmerkelijkbelangaandelen alleen aan de orde als de schenker of erflater een «echt» aanmerkelijk belang had in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001.

(...)

Een van de doelstellingen van dit wetsvoorstel is de verkrijging van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam. Het komt regelmatig voor dat het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang houdt, zelf geen onderneming drijft maar wel gerechtigd is tot een dochtervennootschap waarin een onderneming wordt gedreven. Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling wordt daarom voorgesteld, dat als de verkrijger een indirect aanmerkelijk belang verkrijgt in een lichaam dat een onderneming drijft, de bezittingen en schulden van dat lichaam worden toegerekend aan de houdstermaatschappij. Daarmee worden de ondernemingsactiviteiten naar het niveau van de houder getrokken. De toets van artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, vindt vervolgens met inachtneming van deze consolidatie plaats. Een en ander vindt thans plaats op grond van artikel 7a van de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956, waarin is aangegeven dat de bezittingen en de schulden van de werkmaatschappij mogen worden toegerekend aan het lichaam waarin de aandelen worden verkregen indien dat lichaam het beleid uitoefent in de werkmaatschappij. Deze zogenoemde beleidseis is verduidelijkt bij beleidsbesluit 1. Met dit voorstel komt die beleidseis te vervallen en zal alleen worden aangesloten bij de eis van het verkrijgen van een indirect aanmerkelijk belang. Dit leidt niet alleen tot meer gelijkheid met de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam, maar ook tot meer duidelijkheid omtrent het antwoord op de vraag wanneer toerekening mag plaatsvinden. Krachtens het zevende lid zullen de bepalingen omtrent de toerekening zoveel mogelijk in een ministeriële regeling worden ondergebracht.

4.11

In de memorie van toelichting op de BOR is in de toelichting op artikel 35d van de SW over de bezitstermijn het volgende vermeld:^[9]

Dit artikel regelt de eisen die gelden voor de schenker of erflater van wie het ondernemingsvermogen wordt verkregen. Voor gevallen waarin de faciliteit toepassing vindt bij schenking geldt thans de eis dat, kort gezegd, het ondernemingsvermogen gedurende een periode van vijf jaren in bezit moet zijn geweest van de schenker. In lijn hiermee wordt bij schenking van een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel geëist dat dit vermogensbestanddeel gedurende een periode van vijf jaren vóór de schenking tot een werkzaamheid van de schenker moet hebben behoord en gedurende die periode dienstbaar moet zijn geweest aan de onderneming van het lichaam. Met betrekking tot het in aanmerking te nemen beleggingsvermogen wordt geëist dat dit beleggingsvermogen niet in de afgelopen vijf jaren via een storting in het lichaam is ingebracht. Hierdoor wordt voorkomen dat indien in het beleggingsvermogen gebruikelijke mutaties plaatsvinden, de bezitstermijn een probleem zou zijn. Wel wordt voorkomen dat voor de schenking het beleggingsvermogen in het lichaam via een kapitaalinjectie wordt «opgepompt». De bezitstermijn beoogt misbruik van de regeling te voorkomen. Bij invoering van de huidige regeling werd verondersteld dat in geval van overlijden geen sprake zou zijn van misbruik omdat overlijden, anders dan schenking, veelal niet voorzienbaar is. In de praktijk is echter gebleken dat in gevallen waarin het overlijden wel voorzienbaar was, het belaste vermogen van de toekomstige erflater werd omgezet in (deels) onbelast ondernemingsvermogen. Dit zijn niet de bedrijfsverdrachten waarvoor de regeling is bedoeld. Vandaar dat in geval van overlijden ook een bezitstermijn wordt voorgesteld. Anders dan bij schenking wordt een termijn van één jaar voldoende geacht.

In de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 zullen krachtens de delegatiebepaling van het tweede lid, regelingen worden getroffen voor de bepaling of is voldaan aan de bezitstermijn. Daarin wordt bijvoorbeeld geregeld dat als de schenker of erflater eerst IB-ondernemer is geweest en vervolgens aanmerkelijkbelanghouder in een actief lichaam, voor de berekening van de bezitsperiode beide periodes meetellen.

4.12

Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de BOR volgt:^[9]

Door de leden van de CDA-fractie wordt gevraagd op welke wijze oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsregeling wordt tegengegaan. Oneigenlijk gebruik wordt tegengaan doordat de regeling meer wordt toegespitst op de verkrijging van reëel ondernemingsvermogen. Ook wordt een bezitstermijn ingevoerd van één jaar voor bedrijfsopvolgingen bij overlijden om te voorkomen dat in het zicht van overlijden belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen zonder dat sprake is van een reële bedrijfsuitoefening en dus een reële bedrijfsverdracht. Bij schenking van ondernemingsvermogen bedraagt

de vereiste bezitstermijn vijf jaar.

4.13

Uit de voornoemde nota naar aanleiding van het verslag volgt tevens:^[10]

Artikel 35d van de Successiewet 1956

De leden van de CDA-fractie en de ChristenUnie alsmede de leden van de fractie van de PvdA, onder verwijzing naar het commentaar van het NOB en RB, vragen hoe wordt omgegaan met de voorafgaande bezitseris in enkele onderscheiden situaties. Onder andere wordt gevraagd naar de situatie waarin de aandelen minder dan vijf jaar bestaan en de situatie waarin de verkrijger een onderneming krachtens erfrecht heeft verkregen en vervolgens binnen een jaar zelf overlijdt. De bezitseris is aan de ene kant bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te definiëren; er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Aan de andere kant heeft de bezitstermijn ook een anti-misbruikarakter. Dit betekent dat de bezitseris materieel moet worden ingevuld. Indien de aandelen bijvoorbeeld pas drie jaar bestaan, maar voorafgaande aan die periode de onderneming minimaal twee jaar voor rekening en risico van de huidige aanmerkelijkbelanghouder werd gedreven, is voldaan aan de bezitseris. De Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 voorziet reeds hierin. Indien echter de aandelen slechts drie jaar bestaan en de onderneming in de BV ook pas drie jaar bestaat, bestaat in geval van schenking geen reden om de faciliteit te verlenen. Evenmin bestaat reden om de faciliteit te verlenen indien gedurende de referentieperiode de aandelen van de schenker of erflater zijn omgezet in preferente aandelen. Het is uitdrukkelijk de bedoeling van de bedrijfsopvolgingsregeling alleen in reële gevallen de faciliteiten te verlenen. Dit betekent dat de schenker respectievelijk de erflater gedurende de bezitstermijn een «echte ondernemer» moet zijn geweest. Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, behoudens in de een zogenoemde vruchtgebruik/bloot eigendomsituatie, welke situatie naar haar aard meebrengt dat de waardemutaties en inkomsten bij twee verschillende subjecten liggen. Indien aan de eis van «echt ondernemerschap» is voldaan en de aandelen worden vervolgens in het kader van een bedrijfsopvolging omgezet in preferente aandelen, is het niet zo dat de referentieperiode opnieuw gaat lopen. Materieel is immers aan de bezitstermijn voldaan. Deze situatie zal in de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 worden uitgezonderd van de bezitstermijn.

In geval van overlijden van de verkrijger binnen een jaar nadat hijzelf de onderneming heeft verkregen krachtens erfrecht, wordt naar de letter van de wet niet voldaan aan de bezitstermijn in geval van overlijden en zouden zijn erfgenamen geen vruchtvol beroep op de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen doen. In deze gevallen lijkt echter van misbruik geen sprake te zijn, zodat ik deze situatie ook in de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 zal regelen. Hierbij kan de opvolger, in antwoord op een andere vraag van de leden van de CDA-fractie en de ChristenUnie, ook de partner van de erflater zijn. De bedrijfsopvolgingsregeling is van toepassing op iedere verkrijger en stelt dus geen eisen aan verwantschap tussen erflater en verkrijger. Het is mijn voornemen om de uitzonderingen in de huidige Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 te laten bestaan en verder te bezien of zij moeten worden aangepast of aangevuld.

4.14

Uit de toelichting op artikel 9 van de URSE volgt:^[11]

Artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is een voortzetting van artikel 7b van de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956. Genoemd artikel 7b voorzag in een tweetal gevallen waarin mede aan de bezitseris (die tot 1 januari 2010 alleen bestond voor het schenkingsrecht) werd voldaan. Dit zijn de gevallen waarin binnen de referentieperiode inbreng van een IB-onderneming in een BV heeft plaatsgevonden en waarin binnen die periode uitbreng van de onderneming uit een BV naar de IB-sfeer heeft plaatsgevonden. Er is een aantal redenen waarom per 1 januari 2010 aanpassing ten opzichte van genoemd artikel 7b nodig is.

Ten eerste is aanpassing nodig vanwege de vanaf 1 januari 2010 geldende bezitseris voor de erfbelasting. Ten tweede is een aantal situaties toegevoegd waarin ook aan de bezitsperiode wordt geacht te zijn voldaan. Het betreft hier een uitbreiding van de twee reeds geregelde situaties, waarin strikt juridisch gezien niet wordt voldaan aan de vereiste bezitsperiode, maar materieel gezien wel. Hierbij is aangesloten bij de fiscaal geruisloze doorschuifsituaties. Ten derde leiden de wijzigingen in de Successiewet 1956 ten aanzien van het gefaciliteerde ondernemingsvermogen ertoe dat een uitbreiding nodig is.

In het eerste lid, onderdeel a, van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is per 1 januari 2010 de geruisloze terugkeer uit de BV geregeld. In het eerste lid, onderdeel b, van dat artikel is per die datum de geruisloze omzetting in een BV geregeld. Het eerste lid, onderdeel c, van genoemd artikel betreft een bepaling die ziet op situaties die nu nog niet geregeld zijn. Dit betreft situaties waarin een deelname in een vennootschap onder firma wordt omgezet in een commanditaire deelname, alsmede het aangaan door een ondernemer van een samenwerkingsverband met een ander waarbij de ander beherend vennoot wordt en de ondernemer voortaan commanditaire vennoot is. In dat geval is geregeld

dat voor de alsdan ontstane medegerechtigdheid geen nieuwe bezitstermijn gaat lopen. Deze aanpassing is nodig vanwege het feit dat een medegerechtigdheid met ingang van 1 januari 2010 alleen nog maar kwalificeert indien deze een voorzetting vormt van een eerder voor rekening van de erflater (gedurende één jaar) of schenker (gedurende vijf jaar) gedreven IB-onderneming.

Ook het eerste lid, onderdeel d, van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting betreft een nieuwe situatie. Dit betreft de situatie waarin een ondernemer zijn onderneming inbrengt in een BV, met uitzondering van een onroerende zaak. Vanaf het moment dat de BV tot stand komt, wordt de onroerende zaak verhuurd aan de BV en is sprake van een terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Met betrekking tot de onroerende zaak gaat geen nieuwe bezitsperiode lopen voor zover de onroerende zaak binnen de onderneming van de BV wordt gebruikt. In al deze situaties van het eerste lid is steeds sprake van een wijziging van de 'juridische huls' waarin de onderneming wordt gedreven, maar wijzigt er materieel gezien niets, zodat er voor de nieuw ontstane situatie geen nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Voor deze gevallen worden daarom de perioden van 'materieel ondernemerschap' ten aanzien van de onderneming bij elkaar geteld (of doorgeschoven) voor de beoordeling of is voldaan aan de bezitseis van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaar (bij schenking).

Het tweede lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is, vergeleken met de regeling tot 1 januari 2010, ook nieuw. Dat lid heeft in de eerste plaats betrekking op de situatie waarin de erflater of schenker betrokken is geweest bij een aandelenfusie. Had erflater een aanmerkelijk belang in BV 1, en heeft BV 2 met behulp van een aandelenfusie BV 1 overgenomen, dan heeft erflater vanaf het moment van de fusie aandelen BV 2. Ook in die situatie wordt de bezitsperiode van aandelen BV 1 samengevoegd met de bezitsperiode van aandelen BV 2, voor de beoordeling of is voldaan aan de bezitseis van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaar (bij schenking). Voor situaties van een juridische splitsing en juridische fusie regelt dit tweede lid hetzelfde. Aangezien wordt verwezen naar artikel 35d, eerste lid, van de Successiewet 1956, zal steeds ook voldaan moeten zijn aan de eis dat de onderneming voor een aaneengesloten periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, voor rekening van de (nieuwe en oude) vennootschap moet zijn gedreven.

Het derde lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting betreft de situatie waarin omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen heeft plaatsgevonden. Aan de bezitsperiode is dan ook voldaan indien de gewone aandelen in de periode voor de omzetting naar preferente aandelen gedurende de vereiste periode van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaren (bij schenking), tot het vermogen van de erflater of schenker behoorden. In dat geval is zijn preferente aandeelhouderschap te zien als voortgezet ondernemerschap. Met betrekking tot het houden van de preferente aandelen gaat dus ook hier geen nieuwe bezitstermijn lopen.

Het vierde lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bevat een voorziening voor het geval de erflater overlijdt binnen een jaar nadat hij zelf krachtens erfrecht of krachtens schenking ondernemingsvermogen heeft verkregen. (...).

4.15

Naar aanleiding van het na te noemen arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016 over de BOR bij onder meer de toerekening van indirecte belangen kleiner dan 5% is op Prinsjesdag 2017 reparatiewetgeving verschenen waarmee de BOR in de SW met terugwerkende kracht naar 1 juli 2016 is aangepast. In de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris zich uitgelaten over de bezitstermijn in de BOR. Daarbij zij opgemerkt dat de hierna opgenomen parlementaire behandeling is verschenen nadat de schenking in de onderhavige procedure al had plaatsgevonden.

4.16

In de memorie van toelichting is – meer in het algemeen – het volgende opgemerkt:^[12]

Het komt regelmatig voor dat het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang houdt een holding is die zelf geen onderneming drijft, maar wel is gerechtigd tot een dochtervennootschap waarin een onderneming wordt gedreven (de werkmaatschappij). Aangezien de beoordeling of sprake is van ondernemingsvermogen plaatsvindt op het niveau van de holding en niet op het niveau van de werkmaatschappij, zou – gegeven de eis dat de holding een onderneming moet drijven – in een dergelijk geval de faciliteit zonder nadere regelgeving niet van toepassing zijn. Om die reden is geregeld dat onder voorwaarden de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij aan de holding worden toegerekend (de toerekeningsregel). Vervolgens vindt op holdingniveau de toets plaats of de holding een onderneming drijft en zo ja, met welk vermogen zij dat doet. Op deze wijze wordt dus het ondernemingsvermogen wel gefaciliteerd en het beleggingsvermogen niet. De hiervoor beschreven regeling geldt in beginsel alleen indien de erflater of de schenker een indirect aanmerkelijk belang had in de werkmaatschappij. (...) Met de eis dat sprake moet zijn van een indirect aanmerkelijk belang bij de erflater of de schenker heeft de wetgever beoogd een gelijke behandeling te bewerkstelligen tussen de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang en de verkrijging van een indirect gehouden aanmerkelijk belang. Voor de toepassing van de zogenoemde doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 geldt mutatis mutandis hetzelfde.

4.17

In de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven dat de bezitseis ook van toepassing is op een aan de holding

toegerekende onderneming:^[13]

De leden van de fractie van de SP vragen naar aanleiding van een opmerking in de memorie van toelichting in welke gevallen volgens het kabinet wel voldaan moet worden aan de bezits- en voortzettingseis. Het kabinet is van mening dat indien het aandelenbelang op grond van de vermogensetikettering van zichzelf kwalificeert als bedrijfsmiddel, dat daarop de bezits- en voortzettingseis niet van toepassing zijn. Dit is ook een reden geweest om tot wetswijziging over te gaan. Wat het kabinet in de memorie van toelichting heeft willen aangeven, is dat niet in alle gevallen de vermogensetikettering in beeld komt. Indien de toerekeningsregel van toepassing is, moet er op grond van artikel 35c, vijfde lid, van de Successiewet 1956 (SW 1956) worden toegerekend. Op de in dit geval toegerekende onderneming, of een gedeelte daarvan, is zowel de bezitseis als de voortzettingseis van toepassing. Dit geldt ook als het aandelenbezit voor de holding van zichzelf kwalificeert als ondernemingsvermogen. Als voorbeeld kan worden gewezen op het geval dat een holding reeds 60% van de werkmaatschappij bezit en vervolgens de resterende 40% koopt. Door de toerekeningsregel drijft de holding dus eerst 60% van de onderneming en koopt er vervolgens 40% bij. Voor deze 40% gaat een nieuwe termijn voor de bezits- en voortzettingseis lopen. Het is naar de mening van het kabinet dus niet zo dat het 40%-aandelenpakket bij de holding ondernemingsvermogen vormt van de aan haar op grond van het 60%-belang toegerekende onderneming. In het onderhavige wetsvoorstel wordt deze zienswijze zeker gesteld doordat op grond van het voorgestelde nieuwe zesde lid van artikel 35c van de SW 1956 het aandelenbelang nooit zelfstandig als bedrijfsmiddel kan kwalificeren voor de BOR.

(...)

De vraag van de leden van de fractie van de VVD of het klopt dat een belang in een passieve holding die uitsluitend een belang heeft in een actieve vennootschap van minder dan 5%, ook na het arrest van de Hoge Raad, niet zal kwalificeren voor faciliteiten omdat de holding dan zelf geen onderneming drijft, kan bevestigend worden beantwoord. Met betrekking tot de vraag van deze leden of het klopt dat het arrest van de Hoge Raad alleen gevolgen heeft als de holding reeds een materiële onderneming drijft, kan worden geantwoord dat het arrest (alleen) gevolgen heeft als de holding zelf een materiële onderneming drijft of deze geacht wordt een onderneming te drijven doordat de bezittingen en schulden van een deelneming worden toegerekend omdat de schenker of erflater daarin een aanmerkelijk belang houdt. In het verlengde hiervan vragen deze leden of het klopt dat daarmee een wetswijziging niet echt nodig is. Dat laatste klopt niet. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven en hiervoor is herhaald, is reparatie nodig om ervoor te zorgen dat directe en indirecte aanmerkelijkbelangposities gelijk worden behandeld, beleggingsvermogen niet onder de BOR kan vallen en de bezitstermijn en voortzettingseis van toepassing zijn, alsmede ter voorkoming van een stijging van de uitvoeringslasten en ter voorkoming van een budgettaire derving.

4.18

In een brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer inzake het Belastingplan 2017 is het volgende opgemerkt over de bezitseis voor bijgekochte aandelen:^[14]

De heer Omtzigt vraagt op basis van welke wettelijke bepaling er voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting (BOR) een nieuwe termijn gaat lopen voor de bezitseis voor bijgekochte aandelen. Dat is op basis van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Successiewet 1956 (SW 1956). Daarin staat kort gezegd dat voor de toepassing van de BOR onder erflater of schenker wordt verstaan degene die gedurende één jaar respectievelijk vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956 en dat het lichaam gedurende de bezitstermijn de daar bedoelde onderneming dreef. Hieruit volgt dat voor bijgekochte aandelen een nieuwe termijn gaat lopen. Indien de aandelen in de werkmaatschappij worden bijgekocht door de holding, is sprake van een indirect aanmerkelijk belang. Hierop is de toerekeningsregel van toepassing. Als gevolg daarvan drijft de holding bij fictie een onderneming. Voor zover de holding aandelen in de werkmaatschappij koopt, koopt zij dus als het ware een gedeelte van een onderneming. Net als het geval is in de winstsfeer, gaat voor de aanschaf van dit gedeelte van de toegerekende onderneming ook een nieuwe bezitstermijn lopen. Voor de reeds in bezit zijnde aandelen blijft uiteraard de oorspronkelijke termijn lopen. Dit vind ik ook een wenselijke uitwerking van de wetgeving. Hiermee wordt voorkomen dat privévermogen of beleggingsvermogen vlak voor schenken of overlijden aangewend wordt voor het bijkopen van aandelen, om zodoende de BOR op dit vermogen te kunnen toepassen.

4.19

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heeft de Staatssecretaris van Financiën opnieuw opgemerkt dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitstermijn gaat lopen:^[15]

De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer

moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was. Indien bijvoorbeeld een vennoot in een vennootschap onder firma een firma-aandeel van 30% heeft en vervolgens het firma-aandeel van de andere vennoot overneemt, gaat voor deze 70% een nieuwe bezitseris gelden. Niet alleen past dat binnen de ratio van de BOR en de bezitseris om alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, maar ook binnen de tweede doelstelling van de bezitseris, te weten het voorkomen van misbruik. Een en ander werkt hetzelfde indien geen sprake is van een IB-ondernemer maar van aanmerkelijkbelanghouder. Omdat in dat geval de aanmerkelijkbelanghouder niet de onderneming drijft, maar het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, geldt een dubbele bezitseris (artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956). Ten eerste moet de schenker of erflater de aandelen minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, hebben gehouden. Ten tweede moet het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben de onderneming, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956, gedurende minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, hebben gedreven. In geval van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang zal het lichaam deze onderneming bij fictie drijven als gevolg van de toerekeningsregel van artikel 35c, vijfde lid, van de SW 1956. Overigens heeft de rechtbank Den Haag onlangs beslist dat de bezitseris zich ook uitstrekt over zelfstandige delen van een onderneming.

Jurisprudentie

4.20

In zijn arrest van 22 april 2016 heeft de Hoge Raad niet geoordeeld over de bezitstermijn bij indirect aanmerkelijk belang, waar het in de kern in de onderhavige procedure om gaat. Wel heeft de Hoge Raad geoordeeld over de toerekening aan de houdstermaatschappij bij achtereenvolgens indirecte belangen van ten minste 5%, vermogensbestanddelen bij de houdstermaatschappij en indirecte belangen kleiner dan 5%.^[16]

2.3.1.

Uit artikel 35c, lid 5, letter a, SW vloeit voort dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de BV belangen aanhoudt die voor de erflater indirect gehouden aanmerkelijke belangen vormen, voor de toepassing van hoofdstuk IIIA van de SW moeten worden toegerekend aan de BV. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat dit geldt voor de bezittingen en schulden van de onder 2.1.3 vermelde overige actieve vennootschappen waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang hield en waarop de BOR, naar buiten geschil is, van toepassing is. Dit brengt mee dat voor de toepassing van de BOR ervan moet worden uitgegaan dat de BV een (materiële) onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001.

2.3.2.

Tot het ondernemingsvermogen van de onderneming die de houdstermaatschappij na de hiervoor omschreven toerekening geacht wordt te drijven, kunnen op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij zelf behoren (vgl. *Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13*, blz. 27). Hiermee wordt zoveel mogelijk een uniforme behandeling bereikt van enerzijds gevallen waarin het vermogen aan een besloten vennootschap toebehoort, en anderzijds gevallen waarin het vermogen toebehoorde aan de erflater zelf (vgl. HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, ECLI:NL:HR:2010:BL0193, *BNB* 2010/286). Er bestaat geen aanleiding om een aandelenbelang hierbij anders te behandelen dan andere vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij.

(...)

2.4

Het tweede middel richt zich tegen 's Hofs oordeel dat de bezittingen en de schulden van [D] niet op grond van artikel 35c, lid 5, SW kunnen worden toegerekend aan de BV. De Inspecteur heeft in hoger beroep niet bestreden het oordeel van de Rechtbank dat de ondernemingsactiviteiten van [D] in het verlengde liggen van de (concern)activiteiten van de BV en dat het belang in [D], indien artikel 35c, lid 5, SW daarop niet van toepassing is, voor de toepassing van artikel 35c, lid 1, letter c, SW tot het ondernemingsvermogen van de BV kan worden gerekend. Daarmee zou gegrondverklaring van het tweede middel, wat er ook zij van het daarbij bestreden oordeel van het Hof omtrent artikel 35c, lid 5, letter b, SW, niet tot een andere uitkomst kunnen leiden dan voortvloeit uit gegrondbevinding van het eerste middel. Omdat het eerste middel slaagt behoeft het tweede middel derhalve geen bespreking.

4.21

Het Gerechtshof Den Haag heeft op 19 juli 2017 geoordeeld dat op het indirecte aanmerkelijk belang in deze casus, waarbij sprake was van meer dan normaal actief vermogensbeheer met betrekking tot een vastgoedportefeuille, is voldaan aan de dubbele bezitseris van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW. Het eerste bezitsvereiste heeft betrekking op de

periode waarin het aanmerkelijk belang van de geschonken aandelen in het bezit was van de schenker. Het tweede bezitsvereiste heeft betrekking op de periode waarop het lichaam waarop het geschonken aanmerkelijk belang betrekking heeft de onderneming dreef:^[17]

5.5.

Met betrekking tot de onroerende zaken [E], [F] en [G] te [H], behorende tot de besloten vennootschap [M] B.V. is voldaan aan de dubbele bezitseis (artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), zodat ook daarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is. De dubbele bezitseis geldt omdat ingeval van aanmerkelijk belang de aanmerkelijkbelanghouder niet de onderneming drijft, maar het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben. Vaststaat dat [D] vanaf 21 september 2005 de deelneming ter grootte van 33,33 percent van de aandelen in [M] B.V. bezit, zodat de schenker de aandelen minimaal vijf jaar heeft gehouden, waarmee is voldaan aan het eerste bezitsvereiste. Het Hof acht aannemelijk dat [D] de deelneming in 2005 heeft verworven met het oogmerk vastgoed te ontwikkelen, te bouwen en te vermarkten of te verhuren op de wijze waarop [D] dat in 2014 in het samenwerkingsverband van [M] B.V. nog steeds doet, zodat het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben ([M] B.V.), de onderneming (artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), gedurende minimaal vijf jaar heeft gedreven, waarmee is voldaan aan het tweede bezitsvereiste. Ten tijde van de schenking maakten de onroerende zaken [E], [F] en [G] als vastgoed in ontwikkeling en aanbouw deel uit van de onderneming van het lichaam [M] en voldeden tezamen met de andere activa en passiva in dat verband aan het (tweede) bezitsvereiste. Uit de gedingstukken komt niet naar voren dat het oogmerk heeft bestaan met deze onroerende zaken, al dan niet in ontwikkeling of aanbouw buiten het verband van de onderneming van [M] zelfstandig deel te nemen aan het economisch verkeer om met redelijke verwachting daaruit een duurzame opbrengst te verkrijgen. Het complex is geen zelfstandige onderneming en derhalve niet onderworpen aan de bezitseis. Interne compensatie is niet aan de orde.

4.22

Uit het oordeel van 3 april 2018 van het Gerechtshof Den Haag volgt over de bezitstermijn bij een indirect belang dat korter dan vijf jaren werd gehouden:^[18]

7.5

Het Hof acht verder van belang dat de toetsen worden uitgevoerd op de activiteiten van alle maatschappen en vennootschappen waarin de BV ten tijde van de schenking een aanmerkelijk belang heeft met uitzondering van die van [J], dit laatste omdat de BV het aanmerkelijk belang in [J] op het tijdstip van schenking korter dan vijf jaar had (artikel 35d van de SW 1956).

Literatuur

4.23

Redactie Vakstudie Nieuws heeft in haar aantekening bij de nota naar aanleiding van het verslag bij Overige fiscale maatregelen 2017 over de bezitstermijn bij indirecte belangen het volgende opgemerkt:^[19]

In art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 is opgenomen dat aan de bezitstermijn wordt voldaan, indien de schenker gedurende vijf jaren tot de schenking (of de erflater één jaar voorafgaande aan zijn vererving) de aanmerkelijkbelanghouder was van de aanmerkelijkbelangaandelen en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende deze vijf jaren (respectievelijk één jaar) de (toegerekende) onderneming dreef. In de wettekst is niet opgenomen dat het indirecte belang gedurende vijf jaren (respectievelijk één jaar) voorafgaande aan de schenking (respectievelijk vererving) in bezit moet zijn. In de praktijk is bekend dat de Belastingdienst de bezitseis in holdingstructuren op eigen wijze nader invult. De Belastingdienst meent dat de vijfjaarsperiode (respectievelijk eenjaarsperiode) ook geldt voor indirect gehouden belangen. Deze zienswijze neemt de staatssecretaris in deze nota nu over. Van belang hierbij is op te merken dat de staatssecretaris deze invulling geeft als uitvoerder en niet als wetgever. Bij de totstandkoming van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 is hierover namelijk niets opgemerkt. Ook in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35c lid 4 (oud) SW 1956 en art. 26 lid 7 (oud) IW 1990 (de voorlopers van het huidige art. 35d SW 1956) is over deze zienswijze niets te vinden. Uit de wetsgeschiedenis van laatstgenoemde bepaling blijkt wel dat de voorwaarde strekte tot voorkoming van misbruik.

Los van de vraag of deze interpretatie juist is, roept deze zienswijze bij ons de volgende vragen op:

1. Voor wie geldt de bezitstermijn van het indirecte belang? Dient de aanmerkelijkbelanghouder het indirecte belang gedurende vijf jaren (indirect) in bezit te hebben gehad of dient de vennootschap waarvan de aandelen vererven of worden geschonken het aandelenbelang in bezit te hebben gehad? Stel: dga/schenker heeft via zijn holding A 60% in een werkmaatschappij W. Tevens houdt hij (om hem moverende redenen) 40% in werkmaatschappij W via holding B. Deze structuur bestaat al langer dan vijf jaren. Op enig moment draagt holding B een 30%-belang in werkmaatschappij W over aan holding A gevolgd door een schenking door de dga van de aandelen holding A aan zijn kind. Indirect is de gehele onderneming van werkmaatschappij W gedreven door de dga/schenker. Bij een materiële invulling van de bezitseis, zou de BOR op het totale belang van

toepassing moeten zijn.

2. Als een overnamekas (= ondernemingsvermogen) wordt omgezet in een indirect kwalificerend belang (= ondernemingsvermogen), gaat er dan opnieuw een bezitstermijn lopen voor het indirecte belang? (...)'

Gezien de andersluidende standpunten in de literatuur en commentaar van beroepsorganisaties is het wachten op de eerste procedure met betrekking tot de bezitstermijn voor indirecte kwalificerende belangen.

Beleid

4.24

Het besluit Schenk- en erfbelasting. Bedrijfsopvolgingsregeling van 17 januari 2013 bevat het gepubliceerde beleid over de huidige BOR dat ten tijde van de schenking in de onderhavige procedure bekend was. In onderdeel 3.11 heeft de Staatssecretaris van Financiën het volgende opgemerkt over de bezitseis:^[20]

Door de gewijzigde voorwaarden per 1 januari 2010 voor de BOR past de praktijk de (aandelen)structuren aan. Regelmatig is mij verzocht daarbij de bezitseis voor de erfbelasting (een jaar) of schenkbelasting (vijf jaar) buiten beschouwing te laten. De bezitseis is een antimisbruikbepaling om te voorkomen dat niet-ondernemingsvermogen in het zicht van het overlijden of een schenking wordt omgezet in kwalificerend ondernemingsvermogen. Daarbij past het niet om voor de huidige BOR af te wijken van de duidelijke bezitseis. Verzoeken om van de bezitseis af te wijken, wijs ik daarom af. Hierop geldt één uitzondering. Het gaat om de situatie waarin de bedrijfsopvolging al in gang was gezet via preferente aandelen, waarbij op 31 december 2009 nog werd voldaan aan de toen geldende voorwaarden voor de BOR, maar per 1 januari 2010 niet meer. (...)

4.25

Bij het Ministerie van Financiën is een verzoek op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB-verzoek) binnen gekomen om informatie openbaar te maken met betrekking tot het niet gepubliceerde beleid inzake de bedrijfsopvolgingsregeling in het kader van de erfbelasting. Als gevolg daarvan is op 23 juli 2018 informatie openbaar gemaakt.^[21] Hieruit volgt onder meer dat de Belastingdienst het standpunt inneemt dat ook bij verlettering van (al lange tijd in het bezit zijnde aandelen) een nieuwe bezitstermijn begint te lopen. Hieronder heb ik een passage opgenomen waarin het standpunt van de Belastingdienst naar voren komt inzake het bezitsvereiste bij gekochte activa en passiva.

BOR. Bezitsvereiste. BV met recent gekochte van activa en passiva

Vraag:

Hoe wordt getoetst of aan het bezitsvereiste wordt voldaan als een vennootschap in de periode van het bezitsvereiste, activa en passiva van een (andere) onderneming koopt.

Casusomschrijving

Vader bezit al jaren alle aandelen van Holding X. Deze bezit al even lang alle aandelen van deelneming Y. In de deelneming wordt sinds jaar en dag een onderneming gedreven. Vader schenkt alle aandelen van zijn holding aan zijn zoon. Twee jaar voorafgaand aan deze schenking heeft de deelneming een deel van de activa en activiteiten van een ander bedrijf gekocht. Dit betreft soortverwante activiteiten aan die van deelneming Y zelf. In de koopovereenkomst is opgenomen dat een koopsom van € 90.000 wordt betaald voor o.a. goodwill, gereedschappen, aanwezige en lopende offertes, opdrachtbevestigingen, onderhoudscontracten e.d. Door deze koop is de bestaande onderneming uitgebreid. De gehele koopsom is als goodwill op de balans van de deelneming opgenomen. Men heeft wel vaker activa en passiva van een andere onderneming gekocht.

Antwoord:

Wanneer een onderneming wordt uitgebreid met een zelfstandig gedeelte van een andere onderneming, moet het 'nieuwe gedeelte' zelfstandig worden getoetst aan het bezitsvereiste. Het maakt daarbij niet uit of het bijgekochte gedeelte aansluit bij de reeds gedreven onderneming. Tevens is niet van belang of de aankoop is gefinancierd met eigen liquide middelen die zonder deze aankoop kwalificeerden als tijdelijke overvloedige liquide middelen aangehouden als overnamekas.

Literatuur

4.26

De Redactie Vakstudie Nieuws heeft het volgende geannoteerd over het standpunt van de Belastingdienst inzake het bezitsvereiste bij recent gekochte activa en passiva.^[22]

Uit (...) blijkt dat de bezitstermijn wordt getoetst op (het zelfstandige onderdeel van) de onderneming die binnen deze termijn wordt aangekocht. Indien dit binnen de bezitstermijn van één jaar (voor het overlijden) respectievelijk vijf jaar (voor de schenking) is aangekocht, is de BOR hierop niet van toepassing. Hof Den Haag lijkt eveneens van mening te zijn dat het

belang in een dochtervennootschap dat minder dan vijf jaren tot het vermogen van de holding behoorde, niet in aanmerking komt voor de BOR, omdat niet was voldaan aan de bezitseis (zie Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, V-N 2018/44.10, het cassatieberoep is helaas ingetrokken). Zie ook Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, V-N 2017/62.20, waarin het hof iets soortgelijks lijkt te oordelen (in r.o. 5.5, laatste volzin), zij het dat in die zaak naar het oordeel van het hof geen sprake was van een (indirecte) zelfstandige onderneming.

Uit het bovenstaand antwoord blijkt dat, als een overnamekas (zijnde ondernemingsvermogen) daadwerkelijk voor de aankoop waarvoor die kas is aangehouden, wordt gebruikt, de BOR niet gelijk van toepassing is op de nieuw aangekochte activiteiten maar pas na één respectievelijk vijf jaar. Dit standpunt lijkt ons niet in alle situaties houdbaar. Er wordt ondernemingsvermogen (overnamekas) omgezet in ander ondernemingsvermogen. Indien de overgenomen activiteiten in het verlengde liggen van de reeds bestaande onderneming, is geen andere/nieuwe onderneming gestart. Er is nog steeds sprake van een en dezelfde onderneming (die is uitgebreid). Mogelijk is dit anders, als de slager met zijn overnamekas een schoenenwinkel koopt. Alsdan wijzigt immers het karakter en de aard van de onderneming.(...)

Slotaantekening

Het gepubliceerde document biedt een blik op het interne koers die de Belastingdienst vaart ten aanzien van de BOR. Hierbij moet worden bedacht dat de antwoorden slechts een mening zijn van de Belastingdienst. De nu vrijgegeven antwoorden zijn op onderdelen in onze ogen onjuist dan wel vatbaar voor discussie. (...)

5. Beoordeling

5.1

Ter inleiding op de beoordeling van de middelen van belanghebbenden merk ik het volgende op over de BOR in de SW. De BOR heeft, kort gezegd, tot doel de overgang van familiebedrijven naar een volgende generatie te faciliteren. Daarbij moet het gaan om reële situaties, het moet niet zo zijn dat ouders eerst met privévermogen bedrijfsvermogen (bij)kopen en dat vervolgens gefacilieerd zouden kunnen schenken aan kinderen.^[23] Op verzoek van de verkrijger wordt met de BOR, tot bepaalde wettelijke begrenzingen, een voorwaardelijke vrijstelling van schenkbelasting verleend indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort. Zie artikel 35b van de SW voor de omvang van het ondernemingsvermogen dat in aanmerking komt voor de vrijstelling. Wat onder ondernemingsvermogen wordt begrepen is bepaald in artikel 35c van de SW. Ten aanzien van de schenker geldt dat deze dient te voldoen aan een bezitstermijn van vijf jaren, zoals neergelegd in artikel 35d van de SW. Het betreft hier een voorwaardelijke vrijstelling omdat deze afhankelijk is van het voortzetten van de onderneming door de verkrijger, als vereist ingevolge artikel 35e van de SW.^[24]

5.2

Deze procedure heeft betrekking op het ondernemingsvermogen, als bedoeld in artikel 35c van de SW en met name de bezitstermijn bij de schenker, van vijf jaren tot de schenking, als vereist ingevolge artikel 35d van de SW.

5.3

In het eerste middel klagen belanghebbenden over het aanleggen van een verkeerd toetsingskader door de Rechtbank op grond van artikel 35d, eerste lid, onderdeel a van de SW. Dienaangaande merk ik op dat in de onderhavige procedures geen sprake is van een schenking van een onderneming in de zin van artikel 3.4 of 3.5 van de Wet IB 2001, maar van een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet op de IB 2001, zodat getoetst had moeten worden aan artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW. De beslissing is daardoor volgens belanghebbenden onbegrijpelijk dan wel onvoldoende naar de eisen der wet met redenen omkleed.

5.4

Artikel 35d, eerste lid, de onderdelen a en c van de SW luiden ten tijde van de schenking:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:
 - a. ondernemer was in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, bedoelde onderneming;
(...)
 - c. aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef of de daar bedoelde

medegerechtigdheid bezat, en het in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2°, bedoelde beleggingsvermogen niet in deze periode via een storting in het lichaam is ingebracht;

5.5

Ik zal eerst ingaan op het in dit geval juist te achten toetsingskader gebaseerd op onderdeel c.

5.6

Opgemerkt moet worden dat artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW nauw samenhangt met het aan de vrijstelling onderworpen ondernemingsvermogen, zoals neergelegd in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c van de SW.

5.7

De Holding, waarvan de aandelen worden geschonken, is meer dan vijf jaren in het bezit van de schenker zodat is voldaan aan het (eerste) bezitsvereiste uit artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.^[25.]

5.8

Het door de Holding gehouden indirecte belang in [F] B.V., welke vennootschap op 18 september 2013 een onderneming heeft aangekocht, is vanuit het perspectief van de schenker te bezien als een indirect aanmerkelijk belang (tenminste 5%) als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001.^[26.]

5.9

De vermogensbestanddelen, de bezittingen en de schulden van de aangekochte onderneming worden met de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid van de SW en artikel 7, derde lid van de URSE toegerekend aan de Holding, waarvan de aandelen zijn geschonken.

5.10

Het voor de vrijstelling van de BOR in aanmerking komende ondernemingsvermogen sluit voor het aanmerkelijk belang aan bij het ondernemingsbegrip ingevolge artikel 3.2 van de Wet IB 2001.^[27.]

5.11

Een van de doelstellingen van de BOR is de verkrijging van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk aandelenbelang in een actief lichaam.^[28.]

5.12

Door de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid van de SW worden de bezittingen en schulden van het indirect aanmerkelijk belang, waartoe in casu de aangekochte onderneming behoort, toegerekend aan de Holding. Daarmee wordt bewerkstelligd dat de ondernemingsactiviteiten, zo gezegd, naar het niveau van de Holding worden getrokken.^[29.] Voor de Holding geldt een (tweede) bezitseis van vijf jaren voor het drijven van een onderneming in geval van de schenking als in de onderhavige procedure blijktens de tekst van artikel 35d, lid 1, onderdeel c van de SW.^[30.]

5.13

De Hoge Raad heeft op 22 april 2016 onder meer geoordeeld over de toerekening van het ondernemingsvermogen bij een indirect aanmerkelijk belang aan een houdstermaatschappij. Overweging 2.3.1 luidt:^[31.]

2.3.1.

Uit artikel 35c, lid 5, letter a, SW vloeit voort dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de BV belangen aanhoudt die voor de erflater indirect gehouden aanmerkelijke belangen vormden, voor de toepassing van hoofdstuk IIIA van de SW moeten worden toegerekend aan de BV. (...). Dit brengt mee dat voor de toepassing van de BOR ervan moet worden uitgegaan dat de BV een (materiële) onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001.

5.14

De Rechtbank heeft echter het volgende toetsingskader aangelegd:

13.

De rechtbank overweegt dat op grond van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW de schenker gedurende vijftien jaren tot de schenking ondernemer moet zijn geweest met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, aanhef en onder a, van de SW bedoelde onderneming. Dat is een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 of een gedeelte daarvan. De rechtbank leidt daaruit af dat de wetgever hiermee bedoelt een zelfstandige onderneming of een gedeelte daarvan.

(...)

15.

(...) Aangezien [D] ten tijde van de schenking op 19 december 2014 nog geen vijfjaren ondernemer was met betrekking tot [G] is niet aan de bezitstermijn voldaan en is de bedrijfsopvolgingsregeling niet van toepassing op het belang van de geschonken aandelen in [G]. (...).

5.15

De Rechtbank heeft, anders dan in het zojuist aangehaalde arrest van de Hoge Raad, getoetst aan artikel 35d, eerste lid, onderdeel a van de SW. Dat lijkt mij, als gezegd, niet het juiste toetsingskader. In de motivering van de Rechtbank wordt voorbijgegaan aan de eerder genoemde (tweede) bezitstermijn van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW. Wetstechnisch klopt dat niet, maar of dit belanghebbenden in casu kan baten staat te bezien.

5.16

De Rechtbank had naar mijn mening moeten beoordelen of ten tijde van de schenking op het niveau van de Holding (indirect) vijf jaren of meer een materiële onderneming werd gedreven in de zin van artikel 3.2 van de Wet IB 2001.^[32] Het gaat daarbij om de aangekochte onderneming die voor de toepassing van de BOR aan de Holding wordt toegerekend. Die zelfstandige onderneming kan naar ik meen niet meegenomen worden in een al langer bestaande, meer omvattende, onderneming bij de Holding. Aldus geldt op het niveau van de Holding, een afzonderlijke bezitstermijn voor het drijven van deze aangekochte onderneming, ingevolge artikel 35c, eerste lid, onderdeel c van de SW, de eerder genoemde tweede bezitstermijn.^[33] Aan de bezitstermijn van vijf jaren bij de schenking is hier niet voldaan nu de onderneming op 18 september 2013 is aangekocht en de aandelen in de Holding op 19 december 2014 aan belanghebbenden zijn geschonken.

5.17

Hoewel de Rechtbank mijns inziens uitgaat van een toetsingskader op basis van een ander onderdeel van artikel 35d, eerste lid van de SW ben ik van mening dat dit belanghebbenden niet kan baten. Ook in het door mij gehanteerde toetsingskader wordt namelijk niet voldaan aan de bezitstermijn van vijf jaren.^[34] Daarop stuit het eerste middel af.

5.18

In het tweede middel klagen belanghebbenden over een schending van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW, doordat de Rechtbank ten onrechte aanneemt dat elke verwerving van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming ertoe leidt dat voor dat deel een nieuwe bezitstermijn gaat lopen.

5.19

Het tweede middel is voorgesteld voor het geval dat het eerste middel faalt, bijvoorbeeld omdat de Hoge Raad de foutieve verwijzing van de Rechtbank wenst te corrigeren of aan te vullen dan wel veronderstelt dat de Rechtbank heeft bedoeld te verwijzen naar artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.

5.20

Ik ben van mening dat het tweede middel het lot van het eerste middel moet delen. Het naar mijn mening juiste toetsingskader is aan bod gekomen in de beoordeling van het eerste middel. Het is inderdaad zo dat de verwerving van de aangekochte onderneming door de Holding ertoe leidt dat voor dat deel een nieuwe bezitstermijn is gaan lopen.

5.22

In overweging 15 heeft de Rechtbank het volgende overwogen:

(...). Dat geen sprake is van misbruik, leidt evenmin tot een ander oordeel. De bezitstermijn heeft weliswaar een anti-misbruikarakter, maar er moet in alle gevallen aan deze termijn zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling, ook in gevallen waarin gesteld noch gebleken is dat sprake is van enig misbruik.

5.23

Ik acht deze overweging juist. Het bestrijden van misbruik van de BOR is weliswaar de achterliggende reden voor aanscherping van de wettelijke vereisten geweest, maar de tot stand gekomen wetteksten zijn bepalend en daarin wordt geen afzonderlijke voorwaarde van misbruik gesteld. Dat lijkt mij op zich al beslissend, maar ik merk over het kader nog het volgende op.

5.24

Uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de huidige BOR komt naar voren dat het gevaar van misbruik, ook

wel onder de noemer van oneigenlijk gebruik, dient te worden voorkomen.^[35] Dat is in lijn met oudere parlementaire geschiedenis over de toenmalige bedrijfsopvolgingsregeling, waarin eveneens een bezitstermijn gold voor de schenker, teneinde oneigenlijk gebruik te voorkomen bij een schenking van een onderneming, door voorafgaand aan de schenking aanmerkelijk belangaandelen te kopen en deze in plaats van contanten (aan kinderen) te schenken.^[36]

5.25

Na de onderhavige schenking op 19 december 2014 is nadere parlementaire geschiedenis verschenen over de bezitstermijn en indirect aanmerkelijk belang. De aanleiding daarvoor was het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016^[37], dat onder meer ingaat op toerekening van indirecte belangen kleiner dan 5%. Omdat het oordeel van de Hoge Raad over het indirecte belang van kleiner dan 5% volgens de wetgever niet gewenst was, is reparatiewetgeving verschenen. Die heeft geleid tot een aanpassing in artikel 35c van de SW.^[38] In de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris van Financiën, naar aanleiding van Kamervragen, zich breder uitgelaten over de bezitstermijn en indirect aanmerkelijk belang in de BOR. Uit deze parlementaire behandeling blijken uitlatingen over de bezitstermijn die erop neer komen dat voor uitbreidingen van (zelfstandige delen) van een onderneming, zoals bij het aankopen van aandelen in een indirect aanmerkelijk belang (tenminste 5%), een nieuwe bezitstermijn gaat lopen. Het is de bedoeling om ten eerste alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en ten tweede om misbruik te voorkomen, zoals het omzetten van privévermogen of beleggingsvermogen vlak voor schenken door dit aan te wenden voor het aankopen van aandelen om zo de BOR op dit vermogen te kunnen toepassen.^[39] Het komt mij voor dat hetgeen hier nader is gezegd over de bezitstermijn geen nieuws was.

5.26

Over hetgeen belanghebbenden in de toelichting op het tweede middel opmerken over de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de huidige BOR waaruit belanghebbenden afleiden dat de bezitstermijn in casu meer materieel zou moeten worden ingevuld, merk ik het volgende op.^[40]

5.27

In tegemoetkomingen op de bezitstermijn is voorzien in artikel 9 URSE, krachtens de delegatiebepaling van artikel 35d, tweede lid van de SW. Het betreft wijzigingen van de juridische huls waarin de onderneming wordt gedreven, zonder materiële verandering van verhoudingen.^[41] Daarbij gaat het om situaties zoals de geruisloze inbreng van een onderneming in de inkomstenbelasting naar een aanmerkelijk belang in een NV of BV. Koop van aandelen of van alle activa en passiva van een onderneming worden in dit kader niet genoemd.

5.28

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de bezitstermijn een anti- misbruikarakter heeft en dat de bezitstermijn materieel moet worden ingevuld.^[42] Deze zinsnede moet naar ik meen gelet op dezelfde parlementaire geschiedenis in samenhang worden gelezen met de voorloper van deze delegatiebepaling waarin een beperkte tegemoetkoming gold op de bezitstermijn. Met de invoering van de huidige BOR heeft een uitbreiding plaatsgevonden op de situaties met een tegemoetkoming op de bezitstermijn. Uit de toelichting op artikel 9 URSE volgt dat de uitbreiding ziet op fiscaal geruisloze doorschuifsituaties.^[43] Ten tweede is een aantal situaties toegevoegd waarin ook aan de bezitsperiode wordt geacht te zijn voldaan. Het betreft hier een uitbreiding van de twee reeds geregelde situaties, waarin strikt juridisch gezien niet wordt voldaan aan de vereiste bezitsperiode, maar materieel gezien wel. Hierbij is aangesloten bij de fiscaal geruisloze doorschuifsituaties.

5.29

Er is bij de koop van de aangekochte onderneming geen gebruik gemaakt van een situatie als genoemd in artikel 9 URSE. Ik zie niet in waarom deze specifieke tegemoetkomingen zouden moeten worden opgerekt zodat iedere koop van een zelfstandige materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 van de Wet IB 2001 onder het bereik van de vrijstelling van schenk- en erfbelasting van de BOR zou komen te vallen.

5.30

Naderhand gepubliceerd beleid van de Belastingdienst maakt dat naar mijn mening in deze procedure inhoudelijk niet anders.^[44]

5.31

Een en ander betekent dat ook het derde middel faalt.

6. Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van belanghebbenden ongegrond dient te worden verklaard.

In het bovenstaande arrest en in het arrest HR 29 mei 2020, nr. 19/00189, *BNB 2021/2** staat de werking van de bezitseis van art. 35d Successiewet 1956 jo. art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling centraal. In beide arresten ziet de schenking op aandelen in een holding. Deze holding drijft niet zelf een onderneming maar de deelnemingen die zij houdt wel. Aangezien de schenker in beide gevallen een indirect aanmerkelijk belang heeft in deze werkmaatschappijen, is de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 Successiewet 1956 van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat de holding bij fictie een onderneming drijft. Gedurende de vereiste bezitsperiode van – in casu – vijf jaar vindt een uitbreiding van de toegerekende onderneming plaats. In het hier besproken arrest neemt de werkmaatschappij namelijk van een derde een onderneming over middels een activa/passivatransactie (activa-passiva-arrest). In het hierna in *BNB 2021/2** opgenomen arrest koopt de holding van de schenker aandelen in twee werkmaatschappijen (deelnemingenarrest). De ene werkmaatschappij is in die zaak gekocht van de schenker en de andere van een derde. In deze noot richt ik mij op het oordeel van de Hoge Raad over de toepassing van de bezitseis op de uitbreiding van de onderneming in de holding. In mijn noot onder het hierna opgenomen deelnemingenarrest ga ik vooral in op de werking van art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting.

1.

De Hoge Raad geeft in beide arresten op een aantal punten duidelijkheid over de werking van de bedrijfsopvolgingsregeling en in het bijzonder over de daarvoor geldende bezitseis. Zie hierna de punten 2 t/m 9. Of het oordeel van de Hoge Raad ook geldt voor de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid van de erflater of schenker tot de objectieve onderneming (in het lichaam) gedurende de bezitsperiode, is naar mijn mening nog niet duidelijk. Althans, ik betwijfel of de Hoge Raad de mogelijke gevolgen voor de uitbreiding van deze subjectieve gerechtigdheid bewust heeft aanvaard, gelet op de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling en de bezitseis (punten 10 t/m 20).

2.

Hoewel beide arresten betrekking hebben op de bezitseis voor de onderneming van een lichaam, zijn de bewoordingen van de Hoge Raad zo algemeen dat zijn oordelen ook gelden voor het geval dat de schenker of erflater een IB-ondernemer was. Dit is vanuit de beoogde rechtsvormneutraliteit ook juist.

3.

De bezitseis voor een aanmerkelijkbelanghouder in art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet 1956 strekt zich uit over de aandelen die de erflater of schenker direct houdt, en over de – toegerekende – onderneming van het lichaam. Dit betekent dat de erflater of schenker gedurende een of vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder moet zijn geweest van de verkregen aandelen, en dat het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben gedurende dezelfde periode de – aan dat lichaam toegerekende – onderneming moet drijven. De bezitstermijn vereist strikt genomen dus niet dat de erflater of schenker gedurende de vereiste bezitsperiode indirect aanmerkelijkbelanghouder was.

4.

Op het eerste gezicht lijkt een bezitstermijn op de toegerekende onderneming van een holding tot dezelfde uitkomst te leiden als een bezitstermijn op het indirect gehouden belang in de werkmaatschappij sec. Vereist is namelijk dat de holding gedurende de vereiste bezitsperiode de onderneming drijft. Ervan uitgaande dat de holding zelf geen onderneming drijft, moet de toerekeningsregel gedurende de bezitsperiode van toepassing zijn en daarvoor moet de erflater of schenker een indirect aanmerkelijk belang (of een op juiste wijze verwaterd aanmerkelijk belang) hebben. Materieel gezien geldt dan toch de eis dat de erflater of schenker gedurende de bezitsperiode een indirect aanmerkelijk belang heeft. De uitkomst is echter niet altijd hetzelfde. Een verschil in uitkomst ontstaat in de situatie waarin het indirecte belang betrekking heeft op een lichaam dat zelf geen onderneming drijft, maar het vermogen van dat lichaam wel ondernemingsvermogen vormt binnen de aan de holding toegerekende onderneming. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de holding binnen de bezitstermijn aandelen aanschaf in een BV die het bedrijfspand bezit waarin de holding – langer dan één of vijf jaar – de aan haar toegerekende onderneming drijft. Als de bezitstermijn zou zien op het indirect gehouden belang, zou het bedrijfspand niet kwalificeren bij een vererving of schenking binnen één of vijf jaar na aanschaf van de aandelen in de onroerendgoed-BV. Via de route van de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 Successiewet 1956 is dat wel het geval. Na toerekening van alle activa en passiva drijft de holding bij fictie een onderneming en het pand behoort tot het ondernemingsvermogen daarvan. Deze uitwerking is ook juist omdat feitelijk sprake is van de aanschaf van een vermogensbestanddeel van de onderneming en daarop ziet de bezitseis niet.^[1] Na dit arrest lijkt een verschil in uitwerking zich ook te manifesteren in geval van een uitbreiding van een indirect gehouden belang in een BV die een onderneming drijft (zie punt 18).

5.

In geval van een herstructurering kan de situatie zich voordoen dat de bezitstermijn opnieuw begint te lopen, terwijl er materieel gezien niets wijzigt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een toekomstige erflater of schenker zijn aandelen in een werkmaatschappij inbrengt in een nieuw opgerichte holding. Voor dit soort situaties heeft de wetgever een voorziening willen treffen, mits de herstructurering plaatsvindt tegen aandelen en de gerechtigdheid tot de onderneming niet wijzigt. De wetgever spreekt in deze van 'doorschuiven naar zichzelf'. De voorzieningen en de daarvoor geldende voorwaarden zijn voor de bezitseys opgenomen in art. 9 lid 1 en lid 2 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Voor een geslaagd beroep daarop moeten de spelregels van deze bepalingen in acht worden genomen, ook als de gerechtigdheid tot de onderneming in materiële zin geen wijziging ondergaat. Zie hierover nader mijn noot in *BNB 2021/2**.

6.

De vraag of een onderneming wordt verkregen of aandelen in een lichaam dat een onderneming drijft, moet worden beantwoord op het moment van de verkrijging (activa-passiva-arrest, r.o. 2.4.4, eerste volzin). Een ander tijdstip laat zich naar mijn mening ook niet denken. Bij de beoordeling of sprake is van een onderneming en wat tot het ondernemingsvermogen behoort, kunnen uiteraard feiten en omstandigheden die zich op een eerder moment hebben voorgedaan van belang zijn.

7.

De toets of de erflater of schenker op het verkrijgingsmoment ten aanzien van de onderneming (in het lichaam) voldoet aan de bezitseys, moet volgens de Hoge Raad per objectieve onderneming plaatsvinden. Hoewel de tekst van art. 35c Successiewet 1956 is gericht op de enkele objectieve onderneming, brengen doel en strekking dit met zich mee (activa-passiva-arrest, r.o. 2.4.5 laatste volzin en deelnemingen-arrest, r.o. 2.4.3).^[2] Ik acht dit oordeel juist. De hele bedrijfsopvolgingsregeling is geschreven vanuit de enkele objectieve onderneming. Bevat een verkrijging meerdere ondernemingen, dan moet de bedrijfsopvolgingsregeling – en de daarvoor geldende voorwaarden – op ieder van die verkregen ondernemingen worden toegepast. Het past ook niet om in het geval waarin de erflater of schenker voor één objectieve onderneming zou voldoen aan de bezitstermijn, daaraan het gevolg te verbinden dat hij ook voor alle andere tot de verkrijging behorende ondernemingen daaraan voldoet.^[3]

8.

Op grond van art. 35c lid 1 onderdeel a en onderdeel c Successiewet 1956 voldoet het lichaam aan de ondernemingseis indien het een – toegerekende – onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, of een gedeelte daarvan. In het activa-passiva-arrest, r.o. 2.4.3 geeft de Hoge Raad aan dat 'een gedeelte van een onderneming' voor de toepassing van art. 35c Successiewet 1956 hetzelfde moet worden uitgelegd als voor de inkomstenbelasting. Dit oordeel is naar mijn mening juist. De wetgever heeft niet aangegeven iets anders te bedoelen en daarvoor bestaat vanuit de ratio van de bedrijfsopvolgingsregeling ook geen reden. In beide arresten doet de situatie zich voor dat niet de gehele objectieve onderneming aan de holding wordt toegerekend, omdat ofwel sprake is van een vennootschap onder firma, ofwel omdat de holding niet alle aandelen in de werkmaatschappij bezit. De holdings van beide schenkers drijven dus – na toerekening – een evenredig deel van de objectieve onderneming(en). De Hoge Raad merkt deze evenredige delen terecht aan als objectieve ondernemingen in de zin van art. 35c lid 1 onderdeel c jo. onderdeel a Successiewet 1956.

9.

Tot zo ver is het activa-passiva-arrest helder en naar mijn mening juist. Ook onderschrijf ik het eindoordeel van de Hoge Raad in r.o. 2.4.5 dat ertoe leidt dat in casu geen bezitstermijn geldt voor de aangeschafte activa en passiva. Daarbij ga ik ervan uit dat feitelijk vaststaat dat de overgenomen onderneming is opgegaan in de toegerekende bestaande onderneming van de holding en niet meer als zelfstandig deel binnen die onderneming te identificeren is. Beoordeeld op het verkrijgingsmoment is alsdan sprake van gekochte 'losse' vermogensbestanddelen en daarvoor geldt de bezitstermijn niet (zie ook punt 4).

10.

De Hoge Raad had het bij deze beslissing kunnen laten, maar dat doet hij niet. Zijn oordeel in r.o. 2.4.4 van het activa-passiva-arrest heeft een ruimer bereik. Daarin lijkt hij namelijk te oordelen dat de bezitseys nooit geldt voor een uitbreiding van de bestaande objectieve onderneming met een gedeelte daarvan. Alleen als het aangeschafte gedeelte een nieuwe objectieve onderneming betreft, die dus niet opgaat in de bestaande objectieve onderneming, is dit anders zo begrijp ik het arrest van de Hoge Raad.

11.

De letterlijke bewoordingen van de wet leiden volgens de Hoge Raad tot deze conclusie en de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35c lid 1 onderdeel a jo. art. 35d lid 1 onderdeel a en c Successiewet 1956 geeft volgens de Hoge Raad geen steun voor een andere lezing daarvan (activa-passiva-arrest, r.o. 2.4.4, tweede en derde volzin).

12.

Anders dan de Hoge Raad oordeelt, laten de bewoordingen van de wet naar mijn mening wel een andere lezing toe. Art. 35d lid 1 onderdeel c verwijst immers naar art. 35c lid 1 onderdeel c en die bepaling verwijst naar lid 1 onderdeel a van art. 35c Successiewet 1956 waarin aan het slot 'of een gedeelte daarvan' is opgenomen. Mijs inziens valt daarin te lezen dat art. 35d Successiewet 1956 wel van toepassing is op de aanschaf van een gedeelte van een onderneming binnen de bezitstermijn. In de procedures die leidden tot de thans besproken arresten las zowel Rechtbank Noord-Holland,^[4] als Rechtbank Zeeland-West-Brabant^[5] de wettekst ook op die manier. A-G IJzerman sluit zich in zijn conclusie daarbij aan.^[6] In gelijke zin Hof Den Haag 19 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429 (r.o. 5.5) en 3 april 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:794 (r.o. 7.5 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3757 tegen welke uitspraak hoger beroep loopt (zie punt 20). Zo eenduidig als de Hoge Raad het doet voorkomen, zijn de bewoordingen van de wet dus niet. Nu de bewoordingen een andere lezing mogelijk maken, zou de bedoeling van de wetgever van belang moeten zijn.

13.

De Hoge Raad toetst aan de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35d lid 1 Successiewet 1956 en oordeelt dat daaraan geen steun kan worden ontleend voor de andere in r.o. 2.4.4 geschetste lezing van art. 35c lid 1 onderdeel a jo. art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet 1956. De wetgever heeft inderdaad nergens uitdrukkelijk aangegeven dat de bezitstermijn ook geldt voor de aanschaf van een gedeelte van een onderneming, althans niet voor de wetwijziging in 2016; het omgekeerde ook niet overigens. Duidelijk is wel dat de wetgever alleen reële bedrijfsopvolgingen heeft willen faciliteren en misbruik heeft willen voorkomen. Ook heeft hij een gelijke behandeling van direct en indirect gehouden belangen voorgestaan. Het oordeel van de Hoge Raad doet geen recht aan deze doelstellingen en leidt tot ongerijmdheden die de wetgever niet voor ogen kan hebben gehad. Naar mijn mening kent de Hoge Raad voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling te veel gewicht toe aan de uitbreiding van de objectieve onderneming en te weinig aan de subjectieve relatie van de erfflater of schenker tot die objectieve onderneming. Ik licht een en ander hierna toe.

14.

Het oordeel van de Hoge Raad inzake de uitbreiding van de objectieve onderneming is vanuit de inkomstenbelasting bezien juist. Als een ondernemer een extra filiaal aanschaf, breidt hij zijn objectieve onderneming uit. Het filiaal gaat op in de bestaande objectieve onderneming. Dat dit filiaal feitelijk een zelfstandig deel van een onderneming vormt en eventueel blijft vormen binnen die objectieve onderneming, is een irrelevant gegeven voor de inkomstenbelasting. Als een vennoot zijn subjectieve gerechtigdheid in een vennootschap onder firma vergroot met bijvoorbeeld 40%, betekent dit eveneens dat zijn objectieve onderneming groter wordt. Had hij bijvoorbeeld materieel gezien eerst 10% van de debiteuren, van de voorraad van het bedrijfspand en de schulden, dan heeft hij na de uitbreiding 50% daarvan. Het aangeschafte evenredige deel is ook niet meer apart te identificeren binnen de objectieve onderneming van de ondernemer. Voor de uitbreiding van een indirect belang in een werkmaatschappij geldt ten aanzien van het vergroten van de objectieve onderneming van het lichaam mutatis mutandis hetzelfde. Voor zover het aandelenbelang van de holding in de werkmaatschappij toeneemt, vindt de toerekeningsregel meer toepassing. Hierdoor wordt dus een groter deel van de onderneming van de werkmaatschappij aan de holding toegerekend. De facto breidt de holding haar subjectieve onderneming en daarmee haar objectieve onderneming met een evenredig deel uit. Dat de uitbreiding van de bestaande objectieve onderneming met een gedeelte daarvan tot meer ondernemingsvermogen leidt als bedoeld in art. 35c Successiewet 1956 klopt dus. Dat op die uitbreiding de bezitsei van art. 35d Successiewet 1956 niet van toepassing is, acht ik daarentegen niet juist, zeker niet wat betreft de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid tot de objectieve onderneming.

15.

Hoewel in beide arresten de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid tot de objectieve onderneming (in het lichaam) feitelijk niet aan de orde was, zijn de bewoordingen van r.o. 2.4.4 dermate algemeen dat zij ook zouden kunnen gelden voor een dergelijke uitbreiding. Deze uitleg zou betekenen dat de bezitsei bijvoorbeeld niet van toepassing is op de uitbreidingen in de volgende drie situaties:

- a. Een IB-ondernemer die gedurende een of vijf jaar voor 1% gerechtigd was tot een IB-onderneming breidt zijn gerechtigdheid uit naar 100%.
- b. Een lichaam dat als vennoot gedurende een of vijf jaar voor 1% gerechtigd was tot een onderneming breidt zijn gerechtigdheid uit naar 100%.
- c. Een holding van een 100% aanmerkelijkbelanghouder die gedurende een of vijf jaar een 5%-belang van de

onderneming van de werkmaatschappij krijgt toegerekend, breidt haar 5%-aandelenbelang uit naar 100% waardoor de holding 100% van de onderneming in de werkmaatschappij krijgt toegerekend.

16.

In alle drie de situaties drijven de erflater/schenker en het lichaam gedurende de vereiste bezitsperiode een objectieve onderneming. Door deze subjectieve uitbreiding wijzigt de objectieve onderneming niet; de uitbreiding gaat op in de bestaande – toegerekende – objectieve onderneming. De uitzondering van de Hoge Raad voor meerdere objectieve ondernemingen is dus niet aan de orde. Binnen deze uitleg is de duur tussen de uitbreiding en de schenking of het overlijden een irrelevant feit. Gegeven het objectieve karakter van de bezitstermijn en de uitspraak Hof Amsterdam 19 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH3916 inzake de toepassing van de bezitseris bij overlijden in geval van een Natuurschoonwet-lichaam, lijkt het evenmin een probleem te zijn als de gerechtigdheid of de aandelen worden gekocht van de toekomstige verkrijger of van een lichaam waarvan die verkrijger de aandelen houdt.

17.

Deze gevolgen zijn in strijd met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling en de bezitseris. Vanuit de inkomstenbelasting geredeneerd, begrijp ik zoals hiervoor aangegeven goed dat in de drie hiervoor opgenomen situaties de schenker of erflater – via het lichaam – de objectieve onderneming al dreef en dat de uitbreiding van zijn subjectieve gerechtigdheid slechts leidt tot een uitbreiding van zijn objectieve onderneming. Voor de bedrijfsopvolgingsregeling moet echter niet alleen de uitbreiding van die objectieve onderneming centraal staan, maar ook de vraag of sprake is van een bedrijfsopvolging. Inherent aan een bedrijfsopvolging is dat de erflater of schenker de over te dragen onderneming al enige tijd – al dan niet via een lichaam – voor zijn rekening en risico drijft. Een bedrijfsopvolging vereist een duurzame ondernemersrelatie tussen de erflater/schenker aan de ene kant en de onderneming aan de andere kant (zie ook art. 35b lid 5 Successiewet 1956). Een schenker of erflater die gedurende de bezitstermijn zijn subjectieve gerechtigdheid tot een objectieve onderneming uitbreidt, zou voor die uitbreiding pas een kwalificerende ondernemer voor de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen en moeten zijn vanaf het moment van de uitbreiding. Een ondernemer die voor vijf jaar 1% gerechtigd is tot de objectieve onderneming en deze gerechtigdheid uitbreidt naar 100%, is voor 99% eerst na die uitbreiding aan te merken als een bedrijfsoverdrager in de zin van de bedrijfsopvolgingsregeling. Deze benadering doet ook recht aan de anti-misbruikdoelstelling in art. 35d Successiewet 1956. Het doel van de bezitseris is immers ook om te voorkomen dat in het zicht van overlijden of schenking belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen. Niet valt in te zien waarom dat wel zou gelden als iemand geen onderneming drijft, vervolgens een onderneming koopt en deze schenkt, of geen aandelen heeft, vervolgens 100% aandelen in een actieve BV koopt en de aandelen schenkt en niet voor de onder punt 15 genoemde gevallen.

18.

Dat de Hoge Raad doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling wel van stal haalt bij de aanschaf van een nieuwe objectieve onderneming en dat niet zou doen bij de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid tot die objectieve onderneming vind ik moeilijk voor te stellen. Dit geldt te meer omdat de bezitseris naar de bewoordingen van de wet wel geldt voor een uitbreiding van direct gehouden aandelen in een werkmaatschappij. Art. 35d lid 1 onderdeel c jo. art. 35c lid 1 onderdeel c Successiewet 1956 vereisen namelijk dat de erflater of schenker gedurende de bezitsperiode voorafgaand aan de vererving of schenking aanmerkelijkbelanghouder is geweest van de verkregen aanmerkelijkbelangvermogensbestanddelen. Indien een erflater of schenker zijn directe aandelenbelang van 5% in een actieve BV uitbreidt naar 100%, start vanaf dat moment dus een nieuwe bezitstermijn voor die 95%. De nieuw aangeschafte aandelen liften – terecht – niet mee op de bezitstermijn van het 5%-aandelenpakket, omdat voor de extra aangeschafte 95% de erflater/schenker eerst na die aanschaf aan te merken is als 'de ondernemer' voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling. Vanwege het feit dat de wetgever direct en indirect gehouden belangen zoveel als mogelijk gelijk heeft willen behandelen, heeft hetzelfde te gelden voor de uitbreiding van een indirect gehouden aanmerkelijk belang in een werkmaatschappij. Het gaat er mijns inziens niet zo zeer om dat de holding haar objectieve onderneming uitbreidt, maar dat de erflater of schenker materieel gezien zijn subjectieve relatie tot die onderneming in het lichaam vergroot. Voor de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid van de IB-ondernemer zou mutatis mutandis hetzelfde moeten gelden. Naast hetgeen ik hiervoor heb aangegeven dwingt ook de gewenste rechtsvormneutraliteit daartoe.

19.

Overigens speelt de relatie tussen de ondernemer en zijn objectieve onderneming wel een rol bij de beoordeling of sprake is van een gedeeltelijke staking voor de inkomstenbelasting en voor bijvoorbeeld de mogelijke toepassing van de stakingsfaciliteiten. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad betreffende het stakingsbegrip voor de inkomstenbelasting blijkt dat een afname in de subjectieve gerechtigdheid een gedeeltelijke staking inhoudt, ook als gelijktijdig een evenredig aandeel in een andere objectieve onderneming wordt overgenomen (zie o.a. HR 6 oktober 1971, nr. 16 564, *BNB*).

1971/242* en HR 20 februari 2009, nr. 42 803, *BNB* 2009/115*). Voor een overdracht van een zelfstandig deel van de onderneming geldt dat alleen als de verkoop van het zelfstandige deel niet gevolgd wordt door een soortgelijke aanschaf. Is dat wel het geval, dan wijzigt de onderneming niet, blijft de identiteit gelijk en daarmee is geen sprake van een (gedeeltelijke) staking; zie o.a. HR 18 januari 1984, nr. 22 127, *BNB* 1984/169* en HR 28 oktober 2005, nr. 41 369, *BNB* 2006/34*. Het maakt dus uit of een objectieve onderneming alleen qua samenstelling verandert (geen staking) of dat de subjectieve gerechtigdheid tot die objectieve onderneming wijzigt (wel gedeeltelijke staking). Deze jurisprudentie zou naar mijn mening ook van belang kunnen en moeten zijn voor de toepassing van art. 35d Successiewet 1956, alleen dan voor de aanschafkant; de 'start' van het ondernemerschap.

20.

Mijn conclusie is dat zowel 1) de bewoordingen van de wet als 2) de bedoeling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en 3) om misbruik te voorkomen, alsmede 4) de gewenste gelijke behandeling van direct en indirect gehouden belangen en tot slot 5) de gewenste rechtsvormneutraliteit ertoe zouden moeten leiden dat de bezitser in ieder geval van toepassing is op de uitbreiding van de subjectieve gerechtigdheid tot de objectieve onderneming van de erflater of schenker.

21.

Wat nu de precieze gevolgen zijn van dit arrest, zal wellicht duidelijk worden nadat de Hoge Raad zijn oordeel heeft moeten geven over de kwestie die speelde bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant 20 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3757 en die thans bij het hof ligt. In die zaak houdt de holding van schenker 49% van de aandelen in D BV. D BV houdt op haar beurt diverse deelnemingen waarin enerzijds hoorcentra en anderzijds optiekcentra worden geëxploiteerd. Na een ruziesplitsing stijgt de gerechtigdheid van de holding in de deelnemingen met daarin de hoorcentra van 49% naar 100%. Als twee jaar later de aandelen worden geschonken, verleent de inspecteur de bedrijfsopvolgingsregeling voor 49%. De rechtbank acht dit juist en het is nu aan het hof om zijn oordeel te geven, uiteraard met inachtneming van onderhavig arrest. Mijn verwachting is dat deze kwestie in ieder geval bij de Hoge Raad komt.

22.

Mijn kritiek op het arrest van de Hoge Raad moet niet zo worden uitgelegd dat ik de bezitstermijn van een of vijf jaar omarm. Deze objectieve termijnen sanctioneren situaties waarvoor de bedrijfsopvolgingsregeling niet is bedoeld en andersom. Beide situaties zijn ongewenst. Voor een uitgebreidere weergave van deze kritiek en de mogelijke oplossingen daarvoor, verwijs ik naar A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', *TFO* 2019/160.

[1.]

Op dezelfde datum heeft de Hoge Raad arrest gewezen in zaak 19/01695, die voor zover van belang identiek is aan deze zaak. Wij nemen dat arrest niet op in *BNB. Red.*

Voetnoten "Uitspraak"

[1.]

HR 29 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2542; HR 18 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8681.

[2.]

Kamerstukken I 2016/17, 34552, E, p. 61.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Rechtbank Noord-Holland 19 februari 2019, nr. HAA 17/4392.

[*]

Niet opgenomen in *BNB. Red.*

[2.]

Rechtbank Noord-Holland 19 februari 2019, nr. HAA 17/4394.

[3.]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 november 2018, nr. BRE 17/677, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631.

[4.]

De in deze conclusie opgenomen citaten uit jurisprudentie en literatuur zijn meestal zonder daarin voorkomende voetnoten opgenomen. Citaten met een tekstbewerking, zoals onderstrepingen, vet- of cursiefzettingen, zijn veelal als onbewerkt weergegeven. In citaten voorkomende witregels zijn soms weggelaten.

[5.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 2, p. 8-9.

[6.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8

[7.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42-45.

[8.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45-46.

[9.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19.

[10.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103.

[11.]

Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting van 17 december 2009, nr. DB 2009-175, *Stcrt.* 2009, 20619.

[12.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 3, p. 10-11.

[13.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 7, p. 18-19.

[14.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 19, p. 15.

[15.]

Kamerstukken I 2016/17, 34 552, E, p. 61.

[16.]

HR 22 april 2016, nr. 15/02845, ECLI:NL:HR:2016:705.

[17.]

Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429.

[18.]

Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, ECLI:NL:GHDHA:2018:794.

[19.]

Redactie Vakstudie Nieuws, noot in *V-N* 2016-58.5.

[20.]

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2013, 2175.

[21.]

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2018/07/23/wob-verzoek-naar-beleid-over-de-bedrijfsopvolgingsregeling-ihkv-de-erfbelasting>.

[22.]

Intern beleid Belastingdienst over bedrijfsopvolgingsregeling vrijgegeven op grond van WOB, *V-N* 2018/59.11, met noot Redactie Vakstudie Nieuws.

[23.]

Zie 4.11.

[24.]

Vgl. art. 35b van de SW, zoals opgenomen in onderdeel 4.1 van deze conclusie.

[25.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, als opgenomen in onderdeel 4.21 van deze conclusie.

[26.]

Zie artikel 4.6 onderdeel a Wet IB 2001. Vgl. de onderdelen 3 - 5 Rechtbank, opgenomen in onderdeel 2.1 van deze conclusie.

[27.]

In de oude bedrijfsopvolgingsregeling werd voor aandelen in een vennootschap aangesloten bij het ondernemingsbegrip in artikel 2, lid 1 sub e van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Daarvan heeft de wetgever blijkens de memorie van toelichting bij de invoering van de huidige BOR expliciet afstand gedaan door ook bij een vennootschap uit te gaan van het ondernemingsbegrip uit de Wet IB 2001, teneinde rechtsvormneutraliteit te bereiken. Zie onderdeel 4.10 van deze conclusie.

[28.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45; zie onderdeel 4.11.

[29.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45; zie 4.11.

[30.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, r.o. 5.5; zie 4.21.

[31.]

Zie 4.20.

[32.]

Vgl. Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43, als opgenomen in onderdeel 4.10 van deze conclusie.

[33.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, r.o. 5.5 en Hof Den Haag 3 april 2018, r.o. 7.5; zie 4.21 en 4.22.

[34.]

Dat is ook consequent in het licht van de in onderdeel 5.1 genoemde doelstelling van de BOR.

[35.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45-46 en Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19, als opgenomen in de onderdelen 4.11 en 4.12 van deze conclusie.

[36.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8; zie onderdeel 4.9.

[37.]

Zie 4.20.

[38.]

Zie 4.3.

[39.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 7, p. 18-19, Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 19, p. 15 en Kamerstukken I 2016/17, 34 552, E, p. 61, zie ook de onderdelen 4.17 en 4.19 van deze conclusie.

[40.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103; zie ook 4.13.

[41.]

Zie 4.14.

[42.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103; vgl. 4.13.

[43.]

Zie 4.14.

[44.]

Zie 4.24 - 4.26.

Voetnoten "Noot"

[1.]

En daarop zou hij ook niet moeten zien. De bezitstermijn voor een terbeschikkinggesteld bedrijfspand in art. 35c lid 1 Successiewet 1956 zou overigens ook moeten vervallen.

[2.]

De Hoge Raad verwijst in deze rechtsoverweging naar art. 35d lid 1 onderdeel d Successiewet 1956. Bedoeld zal zijn onderdeel c.

[3.]

Terzijde merk ik nog op dat hoewel het uitgangspunt is dat art. 35b Successiewet 1956 en de daarin opgenomen 100%-vrijstelling per objectieve onderneming worden toegepast, daarop in geval van een holdingstructuur – ten onrechte – inbreuk wordt gemaakt. Deze beoogde inbreuk is in art. 7 lid 3 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting overigens niet juist verwoord. Zie A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'De 100%-vrijstelling: aanpassen of afschaffen (II)', *WFR* 2016/183.

[4.]

Rechtbank Noord Holland 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089 r.o. 13.

[5.]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, r.o. 4.3 t/m 4.5.

[6.]

Concl. A-G IJzerman 21 augustus 2019, ECLI:NL:PHR:2019:827.

Bedrijfsopvolgingsregeling. Schenking aanmerkelijkbelangaandelen. Binnen bezitstermijn door (klein)dochtervennootschap gekochte aandelen

HR 29-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:990, m.nt. M.J. Hoogeveen

Instantie

Hoge Raad

Datum

29 mei 2020

Magistraten

Mrs. De Groot, Van Loon, Wortel, Beukers-van Dooren, Cools

Zaaknummer

19/00189

Conclusie

A-G IJzerman

Noot

M.J. Hoogeveen

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS244549:1

Vakgebied(en)

Erfrecht / Algemeen

Brondocumenten

Beroepschrift, Hoge Raad, 29-05-2020

ECLI:NL:HR:2020:990, Uitspraak, Hoge Raad, 29-05-2020

ECLI:NL:PHR:2019:825, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 21-08-2019

Wetgeving

Art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet 1956

Essentie

Bedrijfsopvolgingsregeling. Schenking aanmerkelijkbelangaandelen. Binnen bezitstermijn door (klein)dochtervennootschap gekochte aandelen

Samenvatting

Belanghebbende heeft in 2014 een schenking gekregen van zijn ouders, bestaande uit alle aandelen in een beheer BV. Deze BV hield ten tijde van de schenking alle aandelen in E BV. Zij heeft deze aandelen op 24 november 2009 gekocht van de vader van belanghebbende die die BV in 2007 had opgericht. Voorts hield de beheer BV ten tijde van de schenking alle aandelen in H BV, die in 2010 50% hield van de aandelen in F BV. H BV heeft die aandelen in 2010 verworven. Zowel E BV als F BV dreef een materiële onderneming. Voor de Rechtbank was in geschil of de bedrijfsopvolgingsregeling kan worden toegepast op de waarde van de aan belanghebbende geschonken aandelen voor zover die waarde betrekking had op de aandelen in E BV en F BV. De Rechtbank heeft die vraag ontkennend beantwoord.

HR: De bezitseis van de bedrijfsopvolgingsregeling strekt in dit geval niet verder dan dat de vader ten tijde van de schenking gedurende vijf jaren aanmerkelijkbelanghouder moet zijn geweest van de beheer BV. Aan die eis is voldaan.

Het strookt met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling om de voor die regeling geldende ondernemingseis toe te passen op iedere afzonderlijke (toegerekende) onderneming van de beheer BV. Het oordeel van de Rechtbank dat voor de ondernemingen van E BV en F BV niet is voldaan aan de op de ondernemingseis betrekking hebbende vijfjaarseis, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige feitelijk.

De Rechtbank is kennelijk ervan uitgegaan dat het geval dat een houdstermaatschappij aandelen in een (klein)dochtermaatschappij verkrijgt door koop, niet gelijk is aan de gevallen die in de Uitvoeringsregeling schenk- en

erfbelasting worden genoemd, waarin wordt geacht aan de vijftiaarsperiode te zijn voldaan. Dat uitgangspunt is juist, zodat belanghebbendes beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaat.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van

[X] te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 30 november 2018, nr. BRE 17/677, betreffende een aanslag in de schenkbelasting. De uitspraak van de Rechtbank is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank beroep in cassatie ingesteld. Het beroepsschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Advocaat-Generaal R.L.H. IJzerman heeft op 21 augustus 2019 geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2019:825).

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van het middel

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Belanghebbende heeft op 15 januari 2014 een schenking gekregen van zijn ouders, [A] (hierna: de vader) en [B], bestaande uit alle aandelen in [C] B.V. (hierna: Beheer BV).

2.1.2

Beheer BV hield ten tijde van de schenking alle aandelen in [E] B.V. (hierna: [E] BV). Zij heeft deze aandelen op 24 november 2009 gekocht van de vader die die BV in 2007 had opgericht.

Voorts hield Beheer BV ten tijde van de schenking alle aandelen in [H] B.V. welke vennootschap in 2010 50 procent hield van de aandelen in [F] B.V. (hierna: [F] BV). [H] B.V. heeft die aandelen in 2010 verworven.

2.1.3

Zowel [E] BV als [F] BV dreef een materiële onderneming.

2.2.1

Voor de Rechtbank was in geschil of de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) van hoofdstuk IIIA van de Successiewet (hierna: SW) kan worden toegepast op de waarde van de aan belanghebbende geschonken aandelen voor zover die waarde betrekking had op de aandelen in [E] BV en [F] BV.

2.2.2

De Rechtbank heeft geoordeeld dat de BOR niet van toepassing is voor wat betreft de aandelen [E] BV en [F] BV, omdat de tekst, het doel en de strekking van de wet ertoe leiden dat voor elke objectieve onderneming of een gedeelte daarvan de bezitser afzonderlijk moet worden beoordeeld, en ten aanzien van [E] BV en [F] BV niet aan de vereiste bezitstermijn van vijf jaar is voldaan. Het beroep van belanghebbende op het gelijkheidsbeginsel, inhoudende dat het tijdsbestek waarin de aandelen in [E] BV rechtstreeks door de vader werden gehouden moet worden meegeteld, faalt volgens de Rechtbank. Er is niet gekozen voor een fiscaal geruisloze doorschuiving waarvoor een tegemoetkoming in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitvoeringsregeling) is geregeld. Dat die tegemoetkoming is beperkt tot situaties van fiscaal geruisloze doorschuiving acht de Rechtbank begrijpelijk, aangezien bij een geruisloze doorschuiving geen en bij een ruisende doorschuiving wél contanten beschikbaar komen.

2.3

Het eerste middel richt zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat de BOR niet van toepassing is voor zover de waarde

van de verkrijging is toe te rekenen aan de belangen van Beheer BV in [E] BV en [F] BV. Het middel betoogt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de eis dat de schenker van de aandelen gedurende tenminste vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder was (de bezitseis) en de eis dat de vennootschap de onderneming gedurende vijf jaar moet hebben gedreven (de ondernemingseis). Voor de toets of aan de ondernemingseis is voldaan, moet binnen de geconsolideerde balans van Beheer BV en haar (klein)dochtermaatschappijen worden beoordeeld of de activiteiten van [E] BV en [F] BV zelfstandige ondernemingen vormden waarvoor aan de ondernemingseis moet worden voldaan. De Rechtbank heeft in haar uitspraak in het midden gelaten of de activiteiten van [E] BV en [F] BV moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer BV, geconsolideerd gezien, drijft, dan wel als zelfstandige ondernemingen, hoewel belanghebbende voor de Rechtbank uitdrukkelijk heeft gesteld dat de activiteiten van [E] BV en [F] BV, geconsolideerd gezien, als (zelfstandige) gedeelten van de onderneming van Beheer BV moeten worden beschouwd, aldus het middel.

2.4.1

Het middel wordt terecht voorgesteld voor zover het inhoudt dat in dit geval op het niveau van Beheer BV moet worden beoordeeld of aan de vijfjaarseis is voldaan (de ondernemingseis), en niet op het niveau van de schenkers (de bezitseis). De bezitseis van artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW strekt in dit geval niet verder dan dat de vader ten tijde van de schenking gedurende vijf jaren aanmerkelijkbelanghouder moet zijn geweest van Beheer BV. Aan die eis is voldaan. Het middel kan echter, gelet op het navolgende, niet tot cassatie leiden.

2.4.2

Voor toepassing van de BOR is vereist dat Beheer BV gedurende vijf jaar de in artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW bedoelde onderneming dreef (art. 35d, lid 1, aanhef en letter c, SW, hierna: de vijfjaarstermijn). Artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW verwijst voor het begrip onderneming naar letter a van dat artikellid, waaruit volgt dat onder onderneming wordt verstaan een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001.

2.4.3

De Rechtbank heeft geoordeeld dat de indirecte belangen van Beheer BV in [E] BV respectievelijk [F] BV zijn aan te merken als meerdere objectieve ondernemingen. Deze ondernemingen zijn niet ondernemingen van Beheer BV, maar voor de toepassing van de BOR worden zij ingevolge het vijfde lid van artikel 35c SW wel aan haar toegerekend. Het vijfde lid bewerkstelligt daardoor dat Beheer meer dan één onderneming drijft, en niet, zoals het uitgangspunt is van artikel 35c, lid 1, aanhef en letter c, SW een onderneming. Het strookt dan met doel en strekking van de BOR om de ondernemingseis van art. 35d, lid 1, aanhef en letter d, SW toe te passen op iedere afzonderlijke (toegerekende) onderneming van Beheer BV. Het oordeel van de Rechtbank dat voor de ondernemingen van [E] BV en [F] BV niet is voldaan aan de vijfjaarseis van artikel 35d, lid 1, aanhef en letter c, SW, geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderungen van feitelijke aard, voor het overige in de cassatieprocedure niet op juistheid worden onderzocht.

2.5

Het tweede middel komt op tegen het oordeel van de Rechtbank dat belanghebbendes beroep op het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 van de Grondwet faalt. Het middel betoogt dat de periode dat de vader aandeelhouder was in [E] BV van 2007 tot de verkoop aan Beheer BV in 2009, meegeteld moet worden voor de beoordeling of aan de vijfjaarstermijn is voldaan, omdat een dergelijke toerekening in artikel 9 Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 is voorzien voor vergelijkbare gevallen. Dit middel faalt. De Rechtbank is er in haar oordeel kennelijk vanuit gegaan dat het geval dat een houdstermaatschappij aandelen in een (klein)dochtermaatschappij verkrijgt door koop, niet gelijk is aan de gevallen die worden bestreken door artikel 9 Uitvoeringsregeling Successiewet 1956. Dat uitgangspunt is juist.

2.6

Al hetgeen hiervoor is overwogen leidt ertoe dat het beroep in cassatie ongegrond moet worden verklaard.

3. Proceskosten

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.

Voorgaande uitspraak

RECHTBANK Zeeland-West-Brabant, Meerv. belastingk., 30 november 2018 (Nr. 17/0677)

Uitspraak

in het geding enz.;

1. (...)

4. Beoordeling van het geschil

Wettelijk kader

4.1.1.

Op grond van artikel 35b, eerste lid, van de SW wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling verleend, indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort als bedoeld in artikel 35c, dat wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging als bedoeld in het vijfde lid.

In het vijfde lid van artikel 35b van de SW is bepaald dat onder een bedrijfsopvolging wordt verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste als bedoeld in artikel 35e.

4.1.2.

Artikel 35c, eerste lid, van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

- "1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:
- a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;
 - b. (...);
 - c. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, (...), en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:
 - 1°. bedoelde onderneming (...), en
 - 2°. het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1° toegerekende waarde;
- (...)"

4.1.3.

Het vijfde lid van artikel 35c van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

"Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, hield, een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:

- a. de erflater of schenker in dat andere lichaam indirect een aanmerkelijk belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001, (...)"

4.1.4.

Artikel 35d, eerste lid, van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

- "1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een (...) schenker verstaan een (...) schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:

(...)

c.

aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van (...) vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef (...)"

4.1.5.

In artikel 9, eerste lid, van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitvoeringsregeling) zijn uitzonderingen op de in artikel 35d, eerste lid, van de SW gestelde bezitseis geformuleerd.

4.1.6.

Artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) bepaalt:

"Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen (paragraaf 3.2.2) verminderd met de ondernemersaftrek (paragraaf 3.2.4) en de MKB-winstvrijstelling (paragraaf 3.2.5)."

Toepassing van de bezitseis

4.2.

Partijen zijn het erover eens – en de rechtbank oordeelt niet anders – dat [E BV] en [F BV] op individueel niveau een materiële onderneming drijven. [Beheer BV] drijft met toepassing van de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid, van de SW ook al langer dan vijf jaar een materiële onderneming. Partijen houdt slechts verdeeld of de in artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW geformuleerde bezitseis enkel van toepassing is op de onderneming van de houdster. Indien aan die eis is voldaan, is tevens in geschil of een binnen die bezitstermijn verworven indirect belang opgaat in de reeds bestaande onderneming, zoals belanghebbende stelt, dan wel deze bezitseis ook van toepassing is op de via [Beheer BV] gehouden indirecte aandelenbelangen in [E BV] en [F BV].

4.3.

De rechtbank overweegt dat in artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW wordt verwezen naar artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW en dat in laatstgenoemd artikel (indirect) wordt verwezen naar artikel 3.2 van de Wet IB 2001. Uit artikel 3.2 van de Wet IB 2001 blijkt dat sprake kan zijn van meerdere objectieve ondernemingen. Uit de bewoordingen van artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW dat verwijst naar 'een onderneming' of 'een gedeelte daarvan' leidt de rechtbank daarom af dat de wetgever hierbij het oog heeft op een objectieve onderneming (of een gedeelte daarvan).

4.4.

In het onderhavige geval is sprake van meerdere objectieve ondernemingen of gedeelten daarvan. Dat de activiteiten van de indirect gehouden belangen in elkaars verlengde liggen doet hieraan niet af.

4.5.

De tekst van de wet leidt naar het oordeel van de rechtbank ertoe dat voor elke objectieve onderneming of een gedeelte daarvan de bezitseis afzonderlijk moet worden toegepast. Omdat de indirecte belangen in [E BV] en [F BV] als zodanig kwalificeren, dient voor beide belangen derhalve aan de bezitseis te zijn voldaan.

4.6.

De rechtbank acht deze interpretatie ook in overeenstemming met doel en strekking van de wet. De wetgever beoogt met de bezitseis te voorkomen dat in het zicht van een schenking (of overlijden) eenvoudig (belast) privévermogen of beleggingsvermogen kan worden omgezet in vrijgesteld ondernemingsvermogen. Indien de bezitseis wordt uitgelegd zoals belanghebbende dat voorstaat zou een houdstervenootschap die voldoet aan het bepaalde in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW met het oog op het overlijden van of schenking door de aandeelhouder haar beleggingsvermogen kunnen omzetten in ondernemingsvermogen door belangen in andere 'ondernemende' vennootschappen aan te schaffen.

4.7.

Dat het oordeel van de rechtbank aansluit bij de bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de volgende passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken I 2016/17, 34 552, E, p. 61*):

"De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was."

Deze passage is ontleend aan de parlementaire behandeling 2016-2017 naar aanleiding van de invoering van artikel 35c, zesde lid, van de SW. De betreffende passage gaat echter over de uitleg van de bezitseis zoals die met ingang van 1 januari 2010 geldt en werpt daarmee ook licht op de uitleg van de bezitseis voor onderhavig geval.

4.8.

De tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever leiden tot de conclusie dat de indirecte belangen in [E BV] en [F BV] eveneens aan de bezitseis moeten voldoen.

4.9.

Belanghebbende beroept zich op een brede toepassing van het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016, nr. 15/02845, ECLI:NL:HR:2016:705. Hij voert aan dat dit arrest weliswaar ziet op indirecte aandelenbelangen die geen aanmerkelijk belang vormen, maar volgens hem valt niet in te zien waarom dit arrest niet ook van toepassing zou zijn op indirecte aandelenbelangen welke wel een aanmerkelijk belang vormen.

4.10.

De rechtbank volgt belanghebbende hierin niet. Indien voornoemd arrest ertoe strekt dat belanghebbendes aandelenbelang geëtiketteerd moet worden volgens de vermogensetiketteringsregels dan kan dit hem niet baten, omdat in zijn situatie sprake is van een indirect aandelenbelang, waarvoor de wet naar het oordeel van de rechtbank een uitputtende regeling geeft in artikel 35c, vijfde lid, van de SW. Daarnaast stond in dit arrest niet ter discussie dat het aandelenbelang langer dan vijf jaar in bezit was en is niet aan de orde gekomen of het aandelenbelang kon worden beschouwd als een zelfstandig deel van de onderneming.

Gelijkheidsbeginsel

4.11.

Belanghebbende heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat artikel 9 van de Uitvoeringsregeling van toepassing moet worden geacht op – de verwerving van – de aandelen in [E BV]. Indien dat niet mogelijk is, is volgens belanghebbende sprake van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Belanghebbende voert aan dat ook in andere dan de in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling opgenomen gevallen een onderneming meer dan vijf jaar direct of indirect voor rekening en risico van de schenker kan zijn gedreven. Hij beroept zich op een gelijke behandeling, in die zin dat het tijdsbestek waarin de aandelen in [E BV] rechtstreeks door [A] werden gehouden, meegeteld moet worden voor de beoordeling of aan de bezitseis is voldaan.

4.12.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Staatssecretaris van Financiën in zijn besluit van 17 december 2009, nr. DB 2009-175 (Staatscourant 2009, nr. 20619) er bij de tegemoetkoming in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling uitdrukkelijk voor gekozen om aan te sluiten bij de fiscale geruisloze doorschuifsituaties. Dat komt de rechtbank ook begrijpelijk voor, omdat bij een geruisloze doorschuiving geen contanten beschikbaar komen. Bij een ruisende inbreng/fusie is dat veelal wel het geval, welke middelen aangewend kunnen worden om de verschuldigde belasting te voldoen. Nu belanghebbende niet voor een fiscaal geruisloze doorschuifmogelijkheid heeft gekozen, maar voor afrekening – en dit juridisch en feitelijk een andere situatie is – is geen sprake van gelijke gevallen. Belanghebbendes beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt daarom.

Conclusie

4.13.

Gelet op het voorgaande oordeelt de rechtbank dat voor de verkrijging van de aandelen in [E BV] en [F BV] niet aan de bezitseis is voldaan, zodat de bedrijfsopvolgingsregeling daarop niet van toepassing is. Voor dat geval is niet in geschil dat de aanslag naar een juist bedrag is opgelegd en het beroep ongegrond dient te worden verklaard.

5. Proceskosten

De rechtbank ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

6. Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van belanghebbende:

Middel I

Schending van art. 35b Successiewet 1956 (hierna verder: SW), art. 35c SW en art. 35d SW, alle in de voor het jaar 2014 geldende tekst, doordat de Rechtbank heeft beslist dat op de verkrijging door de belanghebbende van de aandelen [C] B.V. (hierna verder: Beheer) de vrijstelling van art. 35b SW niet van toepassing is, voor zover de waarde van de verkregen aandelen Beheer is toe te rekenen aan de belangen die Beheer direct respectievelijk indirect houdt in [E] B.V. (hierna verder: [E] en [F] B.V. (hierna: [F])).

Middel II

Schending van art. 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: URSE) in verbinding met art. 35b Successiewet 1956 (hierna verder: SW), art. 35c SW en art. 35d SW, alle in de voor het jaar 2014 geldende tekst, doordat de rechtbank subsidiair heeft beslist dat, voor zover de waarde van de door de belanghebbende verkregen aandelen Beheer, is toe te rekenen aan het door deze vennootschap gehouden belang in [E] de vrijstelling van art. 35b SW ook niet van toepassing is omdat de periode gedurende welke de belanghebbende dat belang zelf hield, niet meetelt bij de beoordeling of de in art. 35d, eerste lid, SW bedoelde periode van vijf jaren is volgemaakt.

Toelichting op middel I

Voor de Rechtbank was primair in geschil of de vrijstelling van art. 35b SW van toepassing is op de waarde van de door de belanghebbende verkregen aandelen Beheer voor zover deze is toe te rekenen aan de door deze vennootschap direct respectievelijk indirect gehouden aandelen in [E] en [F]. Het geschil spitste zich daarbij toe op de vraag of voor de beoordeling of de in art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW gestelde voorwaarde dat de schenker gedurende een periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking een aanmerkelijk belang moet hebben gehad in het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden, is vervuld, de door Beheer direct respectievelijk indirect gehouden belangen in [E] en [F] afzonderlijk in aanmerking moeten worden genomen. Zie onderdeel 4.2 van de uitspraak van de Rechtbank.

De Rechtbank heeft echter door de omschrijving van het geschil in onderdeel 4.2 van haar uitspraak miskend dat de belanghebbende zich in het beroep op het standpunt heeft gesteld dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de periode gedurende welke de geschonken aandelen voorafgaand aan de schenking door de schenker moeten zijn gehouden (de bezitseis) en anderzijds de periode gedurende welke het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden, de in haar uitgeoefende materiële onderneming (in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001) moet hebben gedreven (de ondernemingseis). In het beroep bij de Rechtbank heeft de belanghebbende gesteld dat de bezitseis enkel geldt voor de geschonken aandelen, derhalve enkel voor het door de schenkers gehouden directe aanmerkelijke belang. Volgens de belanghebbende is de ondernemingseis bedoeld om op het niveau van het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden of, in geval van overlijden, vererven, oneigenlijk (dat wil zeggen door de wetgever ongewenst) gebruik van de vrijstelling van art. 35b SW te voorkomen. De bezitseis is bedoeld om op het niveau van de aanmerkelijkbelanghouder oneigenlijk gebruik van de vrijstelling te voorkomen, hetgeen geschiedt door het stellen van een eis aan de periode gedurende welke de geschonken of, in geval van overlijden, de vererfde aandelen in de handen van de schenker respectievelijk de erflater een aanmerkelijk belang hebben gevormd. Omdat het in deze zaak om een schenking van aanmerkelijkbelangaandelen gaat, gaan wij hierna verder uit van de in art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW gestelde voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling van art. 35b SW in geval van schenking en besteden wij aan de voorwaarden bij overlijden verder geen aandacht.

Art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW stelt voor de vrijstelling op grond van art. 35b SW in geval van een schenking van aandelen die voor de schenker een aanmerkelijk belang vormen, de volgende voorwaarden:

1. De schenker moet gedurende een periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking een aanmerkelijk belang hebben gehad in het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden (de bezitseis).
2. Het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden, moet gedurende de periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking een materiële onderneming (in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001) hebben gedreven dan wel een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 hebben gehad (de ondernemingseis).

Daarnaast bevat art. 35d, eerste lid, onderdeel c, SW nog een voorwaarde met betrekking tot het vrij te stellen beleggingsvermogen, welke in deze zaak verder niet aan de orde is.

De belanghebbende heeft zich in het beroep bij de rechtbank op het standpunt gesteld dat de twee eerste hierboven genoemde voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling van art. 35b SW in geval van een schenking van aanmerkelijkbelangaandelen als volgt moeten worden uitgelegd. De eerste voorwaarde, de bezitseis, geldt enkel voor de direct door de schenker gehouden aandelen. Dit betekent in het geval van de belanghebbende dat zijn vader en moeder gedurende de in art. 35d, eerste lid, onderdeel c, SW bedoelde periode van vijf jaar een aanmerkelijk belang moeten hebben gehad in Beheer. Vaststaat dat aan die voorwaarde wordt voldaan. Zie onderdeel 2.1 van de uitspraak van de Rechtbank. Of zij gedurende die periode ook indirect een aanmerkelijk belang hebben gehad in de dochtermaatschappijen

van Beheer, is voor de vervulling van de eerste voorwaarde voor de vrijstelling op grond van art. 35b SW (de bezitseis) niet relevant. Rechtens onjuist is daarom het door de Rechtbank in onderdeel 4.5 van haar uitspraak gegeven oordeel dat voor de indirecte belangen in [E] ([E] BV in de verkorting van de Rechtbank) en [F] afzonderlijk aan de bezitseis moet worden voldaan.

De tweede hierboven genoemde voorwaarde voor de toepassing van de vrijstelling van art. 35b SW, de ondernemingseis, geldt voor het lichaam waarvan de aandelen door de aanmerkelijkbelanghouder worden geschonken (of vererven, hetgeen in deze zaak niet aan de orde is). De eis geldt enkel voor het lichaam waarin de schenker (of erfflater) direct een aanmerkelijk belang heeft. Dit lichaam wordt hierna verder als topmaatschappij aangeduid. In het geval van een schenking moet de topmaatschappij gedurende de vijf jaren waarin de schenker een aanmerkelijk belang in haar moet hebben gehad, een materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 hebben gedreven (dan wel een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a Wet IB 2001 hebben gehad, hetgeen in deze zaak verder niet aan de orde is en daarom verder buiten beschouwing wordt gelaten). Om te beoordelen of aan die eis wordt voldaan, moet voor de topmaatschappij een geconsolideerde balans worden opgesteld. Op die balans moeten worden opgenomen:

1. de bezittingen en de schulden van de topmaatschappij zelf en
2. de bezittingen en de schulden van dochtermaatschappijen van de topmaatschappij naar de verhouding waarin de houder van een aanmerkelijk belang in de topmaatschappij indirect een aanmerkelijk belang heeft in elk van de dochtermaatschappijen.

Vervolgens moet aan de hand van de geconsolideerde balans van de topmaatschappij worden bepaald welke activiteiten deze verricht: in hoeverre verricht zij geconsolideerd gezien ondernemingsactiviteiten en in hoeverre beleggingsactiviteiten? Voor zover zij ondernemingsactiviteiten verricht, gaat het dan om één of meer zelfstandige ondernemingen als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001?

Wanneer aldus is bepaald in hoeverre de topmaatschappij, geconsolideerd gezien, beleggingsactiviteiten verricht dan wel ondernemingsactiviteiten en, in het laatste geval, in hoeverre het hierbij gaat om één of meer zelfstandige ondernemingen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001, moet vervolgens het vermogen op de geconsolideerde balans worden toegerekend aan elk van die activiteiten volgens de regels van de vermogensetikettering. Voor zover het vermogen op de geconsolideerde balans van de topmaatschappij niet kan worden toegerekend aan het vermogen van de onderneming of een van de, ondernemingen van de topmaatschappij, is het beleggingsvermogen. Het komt dan slechts voor de vrijstelling van art. 35b SW in aanmerking voor zover het valt binnen de marge van 5 % van het ondernemingsvermogen van de topmaatschappij als bedoeld in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, 2° SW.

Het voorgaande geldt ook voor door de topmaatschappij gehouden aandelenbelangen in andere vennootschappen die niet op grond van art. 35c, vijfde lid, SW mogen worden geconsolideerd, hetgeen het geval is wanneer de houder van het aanmerkelijk belang in de topmaatschappij niet indirect een aanmerkelijk belang heeft in de vennootschap waarin de topmaatschappij direct of indirect aandelen houdt. Deze belangen konden in de tot 1 juli 2016 geldende tekst van art. 35c SW slechts voor hun volledige waarde delen in de vrijstelling van art. 35b SW wanneer zij op grond van de regels voor de vermogensetikettering konden worden gerekend tot het vermogen van de onderneming of een van de ondernemingen van de topmaatschappij. Dit is hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 22 april 2016, nr. 15/02845, ECLI:NL:HR:2016:705, *BNB 2016/167*, heeft beslist. De wetgever heeft door de wijziging van art. 35c SW met ingang van 1 juli 2016 (invoering art. 35c, zesde lid SW) enkel voor aandelenbelangen die niet op grond van art. 35c, vijfde lid, SW mogen worden geconsolideerd de toerekening ervan aan het vermogen van een onderneming geblokkeerd. Door de invoering van art. 35c, zesde lid, SW met ingang van 1 juli 2016 kunnen dergelijke belangen enkel nog in de vrijstelling van art. 35b SW delen voor zover zij vallen binnen de marge van 5% bedoeld in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, 2° SW.

De belanghebbende heeft dit ook in het beroep bij de Rechtbank betoogd. De Rechtbank heeft dit betoog echter verworpen in de onderdelen 4.9 en 4.10 van haar uitspraak. De Rechtbank heeft aldus echter een rechtens onjuiste beslissing gegeven. Zij heeft met haar oordeel zowel de wettelijke systematiek van art. 35c SW als het genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016 onjuist uitgelegd.

De Rechtbank voert ter ondersteuning van haar beslissing omtrent de toepassing van de bezitseis in onderdeel 4.6 van haar uitspraak aan dat de bezitseis beoogt te voorkomen dat in het zicht van een overlijden of schenking beleggingsvermogen van de topmaatschappij wordt omgezet in deelnemingen in actieve vennootschappen zodat voor dat vermogen ook een beroep op de vrijstelling van art. 35b SW kan worden gedaan. Deze overweging berust op een onjuiste uitleg van hetgeen de belanghebbende in het beroep bij de Rechtbank heeft betoogd. De door de belanghebbende voorgestane uitleg van art. 35c SW, zoals hierboven uiteengezet, maakt niet het door de Rechtbank in onderdeel 4.6 beschreven oneigenlijke gebruik mogelijk. Zoals hierboven beschreven moet in de door de belanghebbende voorgestane uitleg van art. 35c SW eerst een geconsolideerde balans van de topmaatschappij worden opgesteld, op basis waarvan moet worden vastgesteld waaruit de activiteiten van de topmaatschappij bestaan, vormen de activiteiten van een dochtermaatschappij op de geconsolideerde balans van de topmaatschappij een zelfstandige onderneming, dan moet met betrekking tot die onderneming aan de ondernemingseis zijn voldaan, wil met betrekking tot het vermogen van die dochtermaatschappij een beroep kunnen worden

gedaan op de vrijstelling van art. 35b SW. Met andere woorden, als een topmaatschappij binnen de periode van vijf jaren voorafgaande aan een schenking een dochtermaatschappij verwerft wier activiteiten, geconsolideerd bezien, als een zelfstandige onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 moeten worden beschouwd, dan kan het vermogen van die dochtermaatschappij niet voor de vrijstelling van art. 35b SW in aanmerking komen, omdat niet aan de ondernemingseis wordt voldaan. Slechts als de activiteiten van de dochtermaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 die de topmaatschappij al meer dan vijf jaar vóór de schenking, direct of indirect, uitoefent, kan het vermogen van die dochtermaatschappij delen in de vrijstelling van art. 35b SW. Het vermogen van de dochtermaatschappij kan dan worden toegerekend aan het vermogen van de onderneming die al meer dan vijf jaar door de topmaatschappij wordt gedreven. Het gaat dan om een uitbreiding van bestaande activiteiten. Ook bij de uitbreiding van de activiteiten van een onderneming voor de inkomstenbelasting binnen de termijn van vijf jaren voor een schenking van deze onderneming valt het aan die uitbreiding toe te rekenen vermogen onder de vrijstelling van art. 35b SW mits de onderneming al meer dan vijf jaren voorafgaand aan de schenking door de ondernemer werd gedreven.

De Rechtbank beroept zich in onderdeel 4.7 van haar uitspraak voor de ondersteuning van haar beslissing met betrekking tot de bezitseis nog op de parlementaire geschiedenis van het Belastingplan 2017, kamerstuk nr. 34.552, waarbij onder meer art. 35c SW werd gewijzigd. De aangehaalde passage moet echter buiten beschouwing blijven voor de uitleg van hetgeen de wetgever met de invoering van het huidige Hoofdstuk IIIA in 2010 heeft bedoeld. Enkel de parlementaire geschiedenis van de wet waarbij de betreffende wetswijziging tot stand gekomen is, kan licht werpen op hetgeen de wetgever toen met de nieuwe wettelijke regeling heeft beoogd. De staatssecretaris kan niet in zijn hoedanigheid van medewetgever achteraf een uitleg geven aan een wettekst die in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de betreffende bepaling niet is terug te vinden. De Hoge Raad heeft dit ook in eerdere rechtspraak uitdrukkelijk zo beslist.

De Rechtbank heeft in onderdeel 4.3 en 4.5 van haar uitspraak geoordeeld dat de bezitseis ook geldt voor gedeelten van een objectieve onderneming en derhalve ook voor een gedeelte van een objectieve onderneming afzonderlijk moet worden beoordeeld of aan de bezitseis wordt voldaan. Uitgaande van dit oordeel heeft de Rechtbank in haar uitspraak in het midden gelaten of de activiteiten van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft, dan wel als zelfstandige ondernemingen, hoewel de belanghebbende voor de Rechtbank uitdrukkelijk heeft gesteld dat de activiteiten van [E] en [F] geconsolideerd bezien, als (zelfstandige) gedeelten van de onderneming van Beheer moeten worden beschouwd. Zie onderdeel 4.4 van de uitspraak. In cassatie handhaaft de belanghebbende die voor de Rechtbank verdedigde uitleg van de feiten. Uit hetgeen hiervoor is betoogd, volgt dat het voor door de belanghebbende bepleite uitleg van art. 35c SW en art. 35d SW cruciaal is of de activiteiten van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft, dan wel als zelfstandige ondernemingen. De uitspraak van de Rechtbank is daarom in het licht van de door de belanghebbende bepleite uitleg van art. 35c SW en art. 35d SW niet naar behoren gemotiveerd. De Rechtbank had in haar uitspraak moeten beslissen of de activiteiten van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft, dan wel als zelfstandige ondernemingen.

De Rechtbank heeft gemeend een oordeel over de vraag of de ondernemingen van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft, dan wel als zelfstandige ondernemingen, in het midden te kunnen laten op grond van haar uitleg van de tekst van art. 35c, eerste lid, onderdeel a SW. Naar haar oordeel moeten in die tekst onder 'een onderneming als bedoeld in art. 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 of een gedeelte daarvan' ook worden begrepen gedeelten van een onderneming. Zie onderdeel 4.3 van de uitspraak. Die uitleg van de tekst van art. 35c, eerste lid, onderdeel a, SW is evenwel onjuist. Met de woorden 'of een gedeelte daarvan' in art. 35c, eerste lid, onderdeel a, SW is niet bedoeld een zelfstandig gedeelte van een onderneming maar een subjectieve onderneming, zoals een maatschapsaandeel of een aandeel in een vennootschap onder firma. Zoals hiervoor al omstandig betoogd, moet per objectieve onderneming worden beoordeeld of deze al gedurende vijf jaren vóór de schenking door de topmaatschappij is gedreven.

De belanghebbende heeft voor de Rechtbank uitdrukkelijk gesteld dat de activiteiten van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft. Deze stelling is door de inspecteur in het beroep bij de Rechtbank niet althans onvoldoende weersproken. Op grond van hetgeen de Rechtbank heeft vastgesteld, moet er daarom voor het beroep in cassatie van worden uitgegaan dat de activiteiten van [E] en [F] zelfstandige gedeelten vormen van de onderneming die Beheer, geconsolideerd bezien, drijft.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het beroep in cassatie op grond van het eerste middel gegrond moeten worden verklaard.

Toelichting op middel II

Middel II wordt voorgesteld voor het geval dat middel I niet tot cassatie leidt. Het middel is inhoudelijk gelijk aan het subsidiaire standpunt van de belanghebbende in het beroep bij de Rechtbank. Het betreft enkel het gedeelte van de waarde van de geschonken aandelen Beheer dat is toe te rekenen aan de door deze vennootschap gehouden aandelen in [E].

Voor het geval dat het eerste middel niet tot cassatie leidt, voert de belanghebbende als middel tot cassatie aan dat de termijn gedurende welke de aandelen in [E] rechtstreeks werden gehouden door [A] meegeteld moeten worden voor de beoordeling of toch de in art. 35d lid 1 onder c SW genoemde termijn is volgemaakt. Dit middel gaat ervan uit dat de bezitser ook geldt voor een door een schenker (of erflater) indirect gehouden aanmerkelijk belang. Het laat echter onverlet het door de belanghebbende in de toelichting op het eerste cassatiemiddel ingenomen standpunt dat de bezitser enkel geldt voor de door de schenker (of erflater) direct gehouden aandelen.

De belanghebbende baseert zich voor het tweede middel tot cassatie op de ratio van art. 9 URSE. Art. 9, eerste lid, URSE behelst situaties waarin de onderneming door de topmaatschappij van de schenker (of erflater) is overgenomen (of omgekeerd). In deze gevallen telt dan de periode gedurende welke de onderneming direct of indirect voor rekening en risico van de overdrager werd gedreven, mee voor de beoordeling of de in art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW bedoelde termijn is volgemaakt. Art. 9, tweede lid, URSE behelst situaties waarin de schenker (of de erflater) de geschenken (of vererfde) aandelen minder dan vijf jaren dan wel één jaar vóór de schenking of het overlijden heeft verkregen. Als de schenker of de erflater in dit geval de aandelen door een aandelenfusie in de zin van art. 3.55 Wet IB 2001, een op grond van art. 3.57 Wet IB 2001 fiscaal gefaciliteerde fusie in de zin van art. 2:309 BW of een op grond van art. 3.56 Wet IB 2001 fiscaal gefaciliteerde splitsing in de zin van art. 2:334a BW heeft verkregen, telt de periode gedurende welke de schenker of de erflater de afgestane aandelen heeft gehouden, mee voor de beoordeling of aan de bezitser van art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW is voldaan.

De belanghebbende heeft zich in het beroep bij de Rechtbank op het standpunt gesteld dat de uitbreiding van de in art. 35, eerste lid, SW bedoelde termijn op grond van art. 9, eerste lid, URSE met de periode waarin een overgedragen of overgaande onderneming voor rekening van de schenker of erflater gedreven is, ook geldt in andere dan de in die bepaling expliciet genoemde gevallen wanneer deze daarmee vergelijkbaar zijn. Hetzelfde geldt voor de uitbreiding van de in art. 35, eerste lid, SW bedoelde termijn op grond van art. 9, tweede lid, URSE met de periode waarin een schenker of erflater aandelen die als gevolg van een aandelenfusie in de zin van art. 3.55 Wet IB 2001, een op grond van art. 3.57 Wet IB 2001 fiscaal gefaciliteerde fusie in de zin van art. 2:309 BW of een op grond van art. 3.56 Wet IB 2001 fiscaal gefaciliteerde splitsing in de zin van art. 2:334a BW uit zijn vermogen zijn verdwenen, heeft gehouden. Uitgaande van de opvatting dat de bezitser van art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW ook geldt voor een door een schenker (of erflater) indirect gehouden aanmerkelijk belang – quod non, zie de toelichting op het eerste cassatiemiddel –, heeft de belanghebbende zich voor de Rechtbank op het standpunt gesteld dat de uitbreiding van de termijn van vijf jaren respectievelijk één jaar op grond van art. 9 URSE in zijn geval ook geldt voor wat betreft de door Beheer gehouden aandelen [E]. Uit het overzicht van de feiten in Hoofdstuk 2 van belanghebbendes beroepschrift voor de Rechtbank en de vastgestelde feiten onder 2 van de uitspraak van de Rechtbank volgt dat de onderneming van [E] direct of indirect al meer dan vijf jaren voorafgaand aan de schenking voor rekening en risico van de vader van de belanghebbende is gedreven. In onderdeel 5.34 van belanghebbendes beroepschrift voor de Rechtbank is, onweersproken, gesteld dat de schenker de aandelen [E] op 13 december 2007 heeft verkregen, derhalve meer dan vijf jaren voor de in deze zaak in geschil zijnde schenking. Op 24 november 2009 zijn de aandelen [E] door de schenker aan Beheer overgedragen tegen betaling van een koopsom van € 18.000. Dit is eveneens in het beroep niet weersproken. Omdat de aandelen [E] minder dan vijf jaren vóór de hier in geschil zijnde schenking door Beheer zijn verkregen, wordt, als ervan moet worden uitgegaan dat de bezitser van art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW ook geldt voor een door een schenker (of erflater) indirect gehouden aanmerkelijk belang, deze eis met betrekking tot die aandelen niet vervuld. De belanghebbende stelt zich voor dit geval op het standpunt dat de periode waarin de onderneming van [E] direct voor rekening en risico van de schenker is uitgeoefend en de aandelen BV indirect [E] door hem gehouden zijn, op grond van een analoge toepassing van art. 9 URSE ook moeten worden meegeteld voor de beoordeling of de in art. 35c, eerste lid, onderdeel c SW bedoelde termijn van vijf jaren voor de schenking is volgemaakt. Niet in geschil hierbij is dat de aan [E] overgedragen en sindsdien door haar uitgeoefende activiteiten steeds een materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 hebben gevormd. In het beroep in cassatie handhaaft de belanghebbende dit voor de Rechtbank ingenomen standpunt als subsidiair middel.

De belanghebbende stelt zich hierbij op het ook al voor de Rechtbank ingenomen standpunt dat het niet toepassen van art. 9 URSE voor de beoordeling of aan de bezitser van art. 35c, eerste lid, onderdeel c SW is voldaan, een schending is van art. 1 Gw. De belanghebbende wijst er hierbij op dat het toetsingsverbod van art. 120 Gw op art. 9 URSE niet van toepassing is, nu dit geen wet in formele zin is.

Het gaat in zijn geval, evenals in de in art. 9 URSE wel uitdrukkelijk genoemde gevallen, om een geval waarin de onderneming, die door de schenking van de aandelen Beheer indirect overgaat, te weten de onderneming van [E], al meer dan vijf jaren direct of indirect voor rekening en risico van de schenker gedreven is. De belanghebbende herhaalt hierbij hetgeen hij in onderdeel 5.33 van zijn beroepschrift voor de Rechtbank heeft gesteld, te weten dat de wijze waarop Beheer het belang in [E] heeft verkregen, sterke overeenkomsten vertoont met een aandelenfusie. In het licht van de vaststaande feiten is het oneigenlijk gebruik dat de in art. 35d, eerste lid, SW gestelde voorwaarden beogen tegen te gaan, te weten het kort voor een schenking of in het zicht van overlijden verwerven van een onderneming die dan belastingvrij kan worden overgedragen of overgaan, afwezig. Er is daarom sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Art. 9 URSE

vormt aldus een schending van art. 1 Gw.

De Rechtbank heeft het beroep van de belanghebbende op art. 1 Gw opgevat als een beroep op het gelijkheidsbeginsel. In onderdeel 4.12 van haar uitspraak heeft zij dat beroep op het gelijkheidsbeginsel verworpen met de overweging dat bij een geruisloze doorschuiving geen contanten beschikbaar komen. Naar moet worden verondersteld, heeft de Rechtbank hierbij een inbreng van aandelen die niet kwalificeert als een aandelenfusie in de zin van art. 3.55 Wet IB 2001, voor ogen gehad. De belanghebbende had immers in zijn beroepsschrift voor de Rechtbank gesteld dat de verkrijging van de aandelen [E] door Beheer met een aandelenfusie te vergelijken is. Gezien de prijs die Beheer voor de verkrijging van de aandelen [E] heeft betaald (€ 18.000), blijft de belanghebbende in cassatie bij zijn stelling dat de verkrijging van de aandelen [E] door Beheer gelijk moet worden gesteld met een aandelenfusie. De belanghebbende voert hierbij nog aan dat, anders dan de Rechtbank stelt, ook bij een aandelenfusie die wel voldoet aan de daarvoor in art. 3.55 Wet IB 2001 gestelde eisen, een betaling in contanten kan plaatsvinden. Zie art. 3.55, vierde lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Een bijbetaling als in die bepaling bedoeld, brengt evenwel niet mee dat de periode waarin de afgestane aandelen door de schenker (of erfflater) gehouden zijn, niet meer meetelt voor beoordeling of de in art. 35c, eerste lid, onderdeel c SW is volgemaakt.

Op grond van het bovenstaande concludeert de belanghebbende dat, zo het eerste middel niet tot cassatie leidt, het tweede middel tot cassatie moet leiden. Dit houdt in dat de vrijstelling van art. 35b SW dan toch van toepassing is op het gedeelte van de waarde van de geschonken aandelen Beheer dat is toe te rekenen aan het door Beheer gehouden belang in [E].

Conclusie

De belanghebbende concludeert primair dat het eerste door hem aangevoerde middel tot cassatie moet leiden, waardoor de vrijstelling van art. 35b SW ook van toepassing is op het gedeelte van de waarde van de geschonken aandelen Beheer dat is toe te rekenen aan het door Beheer direct en indirect gehouden belang in [E] en [F]. Voor het geval dat het eerste door hem aangevoerde middel niet tot cassatie leidt, concludeert hij dat het tweede middel tot cassatie moet leiden, waardoor de vrijstelling van art. 35b SW toch van toepassing is op het gedeelte van de waarde van de geschonken aandelen Beheer dat is toe te rekenen aan het door Beheer (direct) gehouden belang in [E].

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. IJzerman:

1. Inleiding

1.1

Heden neem ik conclusie in de zaak met nummer 19/00189 naar aanleiding van het beroep in cassatie van [X], belanghebbende, tegen de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant (hierna: de Rechtbank).^[1] Tegen de uitspraak van de Rechtbank is door belanghebbende (sprong)cassatie ingesteld.

1.2

Op 15 januari 2014 heeft belanghebbende van zijn ouders, [A] en [B], (hierna: de schenkers) alle aandelen in [C] B.V. (hierna: Beheer BV) door schenking verkregen (hierna: de schenking). De waarde van de geschonken aandelen Beheer BV, inclusief haar deelnemingen, is vastgesteld op € 472.000. De schenkers hadden de aandelen Beheer BV ten tijde van de schenking meer dan vijf jaren in hun bezit.

1.3

Beheer BV dreef met haar deelnemingen, als geconsolideerd gezien, een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001.^[2] De (uiteindelijke) deelnemingen van Beheer BV dreven op individueel niveau een materiële onderneming. Het gaat daarbij om [E] B.V. (hierna: [E] BV), [F] B.V. (hierna: [F] BV) en [G] B.V. (hierna: [G] BV).

1.4

De Inspecteur heeft in het kader van de berekening van schenkbelasting geweigerd de bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: de BOR) toe te passen, zoals neergelegd in artikel 35b en volgende van de Successiewet 1956 (hierna: de SW), voor zover de waarde van de geschonken aandelen in Beheer BV betrekking heeft op de indirecte belangen in [E] BV en [F] BV.

1.5

[E] BV is door [A], een van de schenkers, opgericht op 13 december 2007. Op 24 november 2009 heeft Beheer BV, alle aandelen in [E] BV gekocht van [A]. De waarde van het indirecte aanmerkelijk belang in [E] BV bedroeg ten tijde van de schenking, op 15 januari 2014, € 67.759.^[3] De uiteindelijke deelneming in [F] BV is op 27 januari 2010 verworven. De

[4.]

waarde van het indirecte aanmerkelijk belang in [F] BV bedroeg ten tijde van de schenking € 236.796.^[4]

1.6

De deelnemingen in [E] BV en [F] BV waren op het moment van de schenking korter dan vijf jaren in het bezit van Beheer BV. Partijen verschillen van mening over de toepassing van de bezitstermijn, zoals neergelegd in artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.

1.7

De Rechtbank is van oordeel dat voor iedere objectieve onderneming of een gedeelte daarvan de bezitstermijn afzonderlijk moet worden toegepast. Omdat de indirecte belangen in [E] BV en [F] BV als zodanig kwalificeren, dient voor beide belangen afzonderlijk aan de bezitstermijn te zijn voldaan. Ook een subsidair beroep op (een ruime toepassing van) artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: URSE) voor het indirecte belang in [E] BV slaagt niet. De Rechtbank heeft de Inspecteur in het gelijk gesteld waar de BOR niet van toepassing is geacht ter zake van de indirect verkregen belangen in [E] BV en [F] BV.

1.8

Het oordeel van de Rechtbank is gebaseerd op haar uitleg van de wettelijk vereiste bezitstermijn van vijf jaren tot de schenking, ingevolge artikel 35d, lid 1, onderdeel c van de SW, bij door een holdingmaatschappij verworven indirecte aanmerkelijk belangen. Belanghebbende komt daartegen in cassatie op met twee middelen.

1.9

Heden neem ik eveneens conclusie in de zaken 19/01680 en 19/01695 waarin de Rechtbank Noord-Holland heeft geoordeeld over de bezitstermijn, zoals neergelegd in artikel 35d, lid 1, onderdeel a van de SW, met betrekking tot de via een indirect aanmerkelijk belang verworven activa en passiva, zijnde een zelfstandige onderneming.^[5]

1.10

De opbouw van deze conclusie is als volgt. In onderdeel 2 is de uitspraak van de Rechtbank weergegeven. Onderdeel 3 bevat een uiteenzetting van het geding in cassatie. Onderdeel 4 omvat een overzicht van de relevante wetgeving, parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie. In onderdeel 5 worden de middelen van belanghebbende beoordeeld; gevolgd door de conclusie in onderdeel 6.^[6]

2. De feiten en het geding in feitelijke instantie

2.1

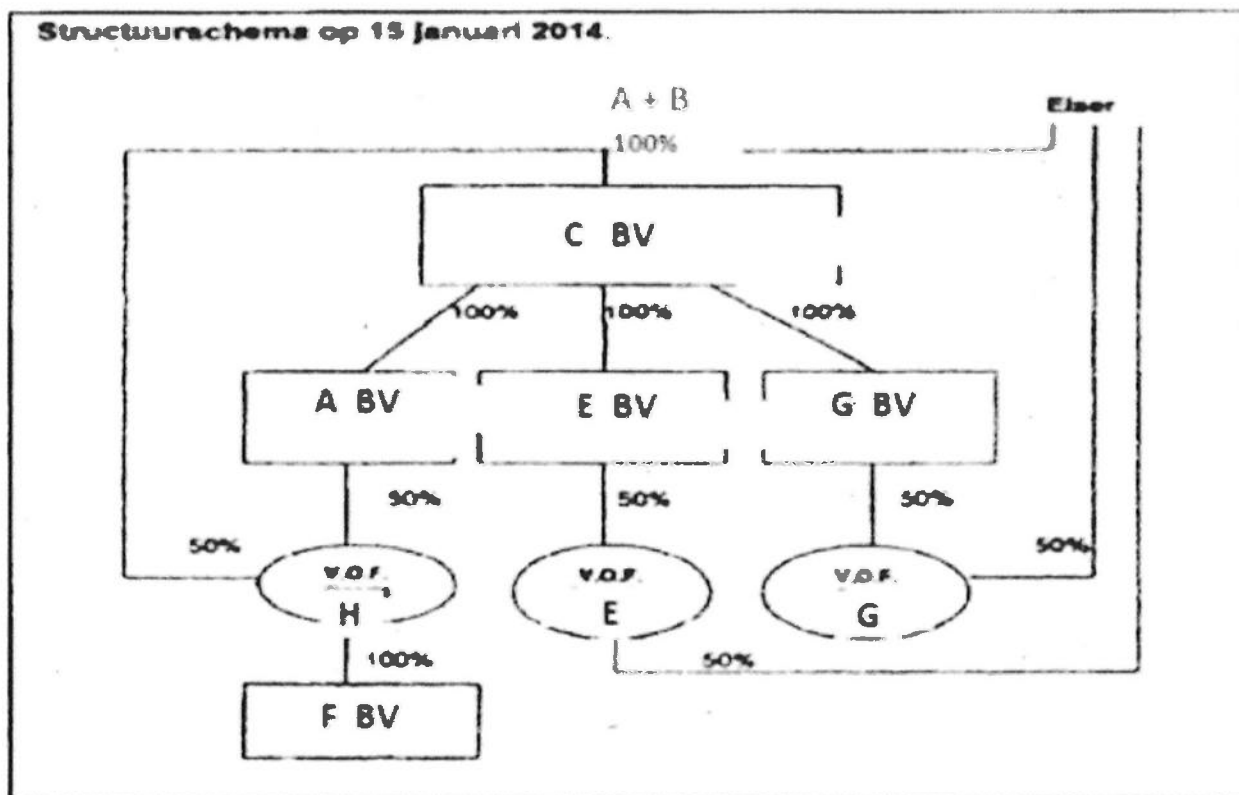
De Rechtbank heeft de feiten als volgt vastgesteld.

2.1.

Op 15 januari 2014 heeft belanghebbende van zijn ouders, [A] en [B], (hierna: de schenkers) alle aandelen in [C] B.V. (hierna: Beheer-BV) geschonken gekregen. De waarde van de aandelen in Beheer-BV is vastgesteld op € 472.000. De schenkers hadden deze aandelen op het moment van schenking meer dan vijf jaar in hun bezit.

2.2.

Voorafgaand aan de schenking hadden de schenkers en belanghebbende onderstaande aandelenbelangen in hun bezit.



2.3.

Beheer-BV dreef met haar deelnemingen ten tijde van de schenking geconsolideerd gezien een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Ook [F] B.V., [E] B.V. (hierna: [E] BV) en [G] B.V. (hierna: [G] BV) dreven (op individueel niveau) een materiële onderneming.

2.4.

De activiteiten van [G] BV bestaan uit het uitoefenen van een assurantiëkantoor en in [H] BV wordt een assurantie-, makelaars- en administratiekantoor uitgeoefend.

2.5.

De activiteiten van [E] BV bestaan uit het geven van onafhankelijk advies op het gebied van hypotheek, financieringen, beleggingen, sparen en verzekeringen. Deze vennootschap is door [A] opgericht op 13 december 2007. Op 24 november 2009 heeft Beheer-BV alle aandelen in [E] BV gekocht van [A]. De waarde van de aandelen in [E] BV bedroeg ten tijde van de schenking € 67.759.

2.6.

Belanghebbende is met terugwerkende kracht tot 1 januari 2009 door middel van oprichting mede-eigenaar geworden van V.O.F. [H], V.O.F. [G] en V.O.F. [E].

2.7.

V.O.F. [H] heeft op 27 januari 2010 de aandelen van [F] BV verworven. De waarde van de aandelen in [F] BV bedroeg ten tijde van de schenking € 236.796.

2.8.

Belanghebbende heeft met dagtekening 15 januari 2014 een aangifte schenkbelasting 2013 ingediend. Op 2 december 2014 is een aanslag schenkbelasting 2013 opgelegd naar een te betalen bedrag van € 81.546. Belanghebbende heeft daartegen bezwaar gemaakt en daarbij aangevoerd dat ten onrechte geen rekening is gehouden met de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Successiewet 1956 (hierna: SW). Naar aanleiding van het bezwaar heeft de inspecteur nadere informatie opgevraagd.

2.9.

Per e-mail van 8 april 2015 heeft belanghebbende aan de inspecteur gemeld dat abusievelijk een schenkingsdatum in 2013

is opgegeven, terwijl de schenking heeft plaatsgevonden in 2014. De aanslag schenkbelasting is als gevolg daarvan verminderd tot nihil.

2.10.

Met dagtekening 13 december 2016 is de aanslag schenkbelasting 2014 opgelegd. Met betrekking tot de aandelen [E] BV en [F] BV is de BOR door de inspecteur geweigerd. Voor het restant (€ 472.000 -/- € 67.759 -/- € 236.796 = € 167.445) is de BOR wel toegekend. De aanslag is opgelegd naar een belaste verkrijging van € 281.020, welke als volgt is berekend:

Waarde aandelen Beheer-BV € 472.000

Evenredige IB-latentie € 18.306 -/-

Gedeeltelijke vrijstelling BOR € 167.445 -/-

Algemene vrijstelling artikel 33 SW € 5.229 -/-

Belaste verkrijging € 281.020

2.11.

Belanghebbende heeft bezwaar gemaakt tegen de aanslag schenkbelasting 2014. Op 10 november 2016 heeft een hoorgesprek plaatsgevonden. Bij uitspraak van 7 februari 2017 is het bezwaar afgewezen.

2.2

De Rechtbank heeft het geschil als volgt omschreven.

3.1.

In geschil is op welk deel van de waarde van de geschonken aandelen de bedrijfsopvolgingsregeling van artikel 35b, eerste lid, onderdeel a, van de SW kan worden toegepast.

3.2.

Belanghebbende stelt zich primair op het standpunt dat de bedrijfsopvolgingsregeling ook van toepassing moet zijn op de verkrijging van de aandelen in [E] BV en [F] BV. Zijn subsidiaire stelling houdt in dat toepassing van het gelijkheidsbeginsel ertoe moet leiden dat de bedrijfsopvolgingsregeling ook van toepassing is op de verkrijging van de aandelen in [E] BV. Volgens de inspecteur is de bedrijfsopvolgingsregeling op juiste wijze toegepast. (...)

2.3

De Rechtbank heeft het geschil als volgt beoordeeld en beslecht.

Wettelijk kader

4.1.1.

Op grond van artikel 35b, eerste lid, van de SW wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling verleend, indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort als bedoeld in artikel 35c, dat wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging als bedoeld in het vijfde lid.

In het vijfde lid van artikel 35b van de SW is bepaald dat onder een bedrijfsopvolging wordt verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste als bedoeld in artikel 35e.

4.1.2.

Artikel 35c, eerste lid, van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

"1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:

a.

een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;

b.

(...);

c.

vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, (...), en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

1°.

bedoelde onderneming (...), en

2°.

het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1° toegerekende waarde;
(...)"

4.1.3.

Het vijfde lid van artikel 35c van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

"Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, hield, een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:

- a. de erflater of schenker in dat andere lichaam indirect een aanmerkelijk belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001,(...)"

4.1.4.

Artikel 35d, eerste lid, van de SW bepaalt, voor zover hier van belang:

- "1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een (...) schenker verstaan een (...) schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:

(...)

c.

aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van (...) vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef (...)"

4.1.5.

In artikel 9, eerste lid, van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: Uitvoeringsregeling) zijn uitzonderingen op de in artikel 35d, eerste lid, van de SW gestelde bezitsei s geformuleerd.

4.1.6.

Artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) bepaalt:

"Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen (paragraaf 3.2.2) verminderd met de ondernemersaftrek (paragraaf 3.2.4) en de MKB-winstvrijstelling (paragraaf 3.2.5)."

Toepassing van de bezitsei s

4.2.

Partijen zijn het erover eens – en de rechtbank oordeelt niet anders – dat [E] BV en [F] BV op individueel niveau een materiële onderneming drijven. Beheer-BV drijft met toepassing van de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid, van de SW ook al langer dan vijf jaar een materiële onderneming. Partijen houdt slechts verdeeld of de in artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW geformuleerde bezitsei s enkel van toepassing is op de onderneming van de houdster. Indien aan die eis is voldaan, is tevens in geschil of een binnen die bezitstermijn verworven indirect belang opgaat in de reeds bestaande onderneming, zoals belanghebbende stelt, dan wel deze bezitsei s ook van toepassing is op de via Beheer BV gehouden indirecte aandelenbelangen in [E] BV en [F] BV.

4.3.

De rechtbank overweegt dat in artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW wordt verwezen naar artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW en dat in laatstgenoemd artikel (indirect) wordt verwezen naar artikel 3.2 van de Wet IB 2001. Uit artikel 3.2 van de Wet IB 2001 blijkt dat sprake kan zijn van meerdere objectieve ondernemingen. Uit de bewoordingen van artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW dat verwijst naar 'een onderneming' of 'een gedeelte daarvan' leidt de rechtbank daarom af dat de wetgever hierbij het oog heeft op een objectieve onderneming (of een gedeelte daarvan).

4.4.

In het onderhavige geval is sprake van meerdere objectieve ondernemingen of gedeelten daarvan. Dat de activiteiten van de indirect gehouden belangen in elkaars verlengde liggen doet hieraan niet af.

4.5.

De tekst van de wet leidt naar het oordeel van de rechtbank ertoe dat voor elke objectieve onderneming of een gedeelte daarvan de bezitseis afzonderlijk moet worden toegepast. Omdat de indirecte belangen in [E] BV en [F]BV als zodanig kwalificeren, dient voor beide belangen derhalve aan de bezitseis te zijn voldaan.

4.6.

De rechtbank acht deze interpretatie ook in overeenstemming met doel en strekking van de wet. De wetgever beoogt met de bezitseis te voorkomen dat in het zicht van een schenking (of overlijden) eenvoudig (belast) privévermogen of beleggingsvermogen kan worden omgezet in vrijgesteld ondernemingsvermogen. Indien de bezitseis wordt uitgelegd zoals belanghebbende dat voorstaat zou een houdstervennootschap die voldoet aan het bepaalde in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW met het oog op het overlijden van of schenking door de aandeelhouder haar beleggingsvermogen kunnen omzetten in ondernemingsvermogen door belangen in andere 'ondernemende' vennootschappen aan te schaffen.

4.7.

Dat het oordeel van de rechtbank aansluit bij de bedoeling van de wetgever blijkt ook uit de volgende passage uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken I 2016/17, 34 552, E, p. 61*):

"De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was."

Deze passage is ontleend aan de parlementaire behandeling 2016-2017 naar aanleiding van de invoering van artikel 35c, zesde lid, van de SW. De betreffende passage gaat echter over de uitleg van de bezitseis zoals die met ingang van 1 januari 2010 geldt en werpt daarmee ook licht op de uitleg van de bezitseis voor onderhavig geval.

4.8.

De tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever leiden tot de conclusie dat de indirecte belangen in [E] BV en [F] BV eveneens aan de bezitseis moeten voldoen.

4.9.

Belanghebbende beroept zich op een brede toepassing van het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016, nr. 15/02845, ECLI:NL:HR:2016:705. Hij voert aan dat dit arrest weliswaar ziet op indirecte aandelenbelangen die geen aanmerkelijk belang vormen, maar volgens hem valt niet in te zien waarom dit arrest niet ook van toepassing zou zijn op indirecte aandelenbelangen welke wel een aanmerkelijk belang vormen.

4.10.

De rechtbank volgt belanghebbende hierin niet. Indien voornoemd arrest ertoe strekt dat belanghebbendes aandelenbelang geëtiketteerd moet worden volgens de vermogensetiketteringsregels dan kan dit hem niet baten, omdat in zijn situatie sprake is van een indirect aandelenbelang, waarvoor de wet naar het oordeel van de rechtbank een uitputtende regeling geeft in artikel 35c, vijfde lid, van de SW. Daarnaast stond in dit arrest niet ter discussie dat het aandelenbelang langer dan vijf jaar in bezit was en is niet aan de orde gekomen of het aandelenbelang kon worden beschouwd als een zelfstandig deel van de onderneming.

Gelijkheidsbeginsel

4.11.

Belanghebbende heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat artikel 9 van de Uitvoeringsregeling van toepassing moet worden geacht op – de verwerving van – de aandelen in [E] BV. Indien dat niet mogelijk is, is volgens belanghebbende sprake van ongelijke behandeling in gelijke gevallen. Belanghebbende voert aan dat ook in andere dan de in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling opgenomen gevallen een onderneming meer dan vijf jaar direct of indirect voor rekening en risico van de schenker kan zijn gedreven. Hij beroept zich op een gelijke behandeling, in die zin dat het tijdsbestek waarin de aandelen in [E] BV rechtstreeks door de heer [A] werden gehouden, meegeteld moet worden voor de beoordeling of aan de bezitseis is voldaan.

4.12.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Staatssecretaris van Financiën in zijn besluit van 17 december 2009, nr. DB 2009-175 (*Staatscourant* 2009, nr. 20619) er bij de tegemoetkoming in artikel 9 van de Uitvoeringsregeling uitdrukkelijk voor gekozen om aan te sluiten bij de fiscale geruisloze doorschuifsituaties. Dat komt de rechtbank ook begrijpelijk voor, omdat bij een geruisloze doorschuiving geen contanten beschikbaar komen. Bij een ruisende inbreng/fusie is dat veelal wel het geval, welke middelen aangewend kunnen worden om de verschuldigde belasting te voldoen. Nu belanghebbende niet voor een fiscaal geruisloze doorschuifmogelijkheid heeft gekozen, maar voor afrekening – en dit juridisch en feitelijk een andere situatie is – is geen sprake van gelijke gevallen. Belanghebbendes beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt daarom.

Conclusie

4.13.

Gelet op het voorgaande oordeelt de rechtbank dat voor de verkrijging van de aandelen in [E] BV en [F] BV niet aan de bezitseis is voldaan, zodat de bedrijfsopvolgingsregeling daarop niet van toepassing is. Voor dat geval is niet in geschil dat de aanslag naar een juist bedrag is opgelegd en het beroep ongegrond dient te worden verklaard. (...)

6. Beslissing

De Rechtbank verklaart het beroep ongegrond. (...)

3. Het geding in cassatie

3.1

Belanghebbende heeft tijdig en ook overigens op regelmatige wijze beroep in cassatie ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank op grond van artikel 28, derde lid van de Algemene Wet Inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR), met schriftelijke instemming van Onze Minister. De staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) heeft een verweerschrift ingediend.

Beroepschrift in cassatie

3.2

Belanghebbende heeft twee cassatiemiddelen voorgesteld:

Middel I

Schending van art. 35b Successiewet 1956 (hierna verder: SW), art. 35c SW en art. 35d SW, alle in de voor het jaar 2014 geldende tekst, doordat de Rechtbank heeft beslist dat op de verkrijging door de belanghebbende van de aandelen [C] B.V. (hierna verder: Beheer) de vrijstelling van art. 35b SW niet van toepassing is, voor zover de waarde van de verkregen aandelen Beheer is toe te rekenen aan de belangen die Beheer direct respectievelijk indirect houdt in [E] B.V. (hierna verder: [E]) en Assurantiekantoor A. [F] B.V. (hierna: [F]).

Middel II

Schending van art. 9 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: URSE) in verbinding met art. 35b Successiewet 1956 (hierna verder: SW), art. 35c SW en art. 35d SW, alle in de voor het jaar 2014 geldende tekst, doordat de rechtbank subsidiair heeft beslist dat, voor zover de waarde van de door de belanghebbende verkregen aandelen Beheer, is toe te rekenen aan het door deze vennootschap gehouden belang in [E] de vrijstelling van art. 35b SW ook niet van toepassing is omdat de periode gedurende welke de belanghebbende [opmerking A-G: belanghebbende heeft hier kennelijk bedoeld: de schenkers] dat belang zelf hield, niet meetelt bij de beoordeling of de in art. 35d, eerste lid, SW bedoelde periode van vijftien jaren is volgemaakt.

3.3

Ter toelichting op het eerste middel heeft belanghebbende aangevoerd:

(...)

Art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW stelt voor de vrijstelling op grond van art. 35b SW in geval van een schenking van aandelen die voor de schenker een aanmerkelijk belang vormen, de volgende voorwaarden:

1. De schenker moet gedurende een periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking een aanmerkelijk belang hebben gehad in het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden (de bezitseis).
2. Het lichaam waarvan de aandelen geschonken worden, moet gedurende de periode van vijf jaren voorafgaande

aan de schenking een materiële onderneming (in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001) hebben gedreven (...) (de ondernemingseis).

(...)

De eerste voorwaarde, de bezitseis, geldt enkel voor de direct door de schenker gehouden aandelen. Dit betekent in het geval van de belanghebbende dat zijn vader en moeder gedurende de in art. 35d, eerste lid, onderdeel c, SW bedoelde periode van vijf jaar een aanmerkelijk belang moeten hebben gehad in Beheer. Vaststaat dat aan die voorwaarde wordt voldaan. Zie onderdeel 2.1 van de uitspraak van de Rechtbank. Of zij gedurende die periode ook indirect een aanmerkelijk belang hebben gehad in de dochtermaatschappijen van Beheer, is voor de vervulling van de eerste voorwaarde voor de vrijstelling op grond van art. 35b SW (de bezitseis) niet relevant.

(...)

De tweede hierboven genoemde voorwaarde voor de toepassing van de vrijstelling van art. 35b SW, de ondernemingseis, geldt voor het lichaam waarvan de aandelen door de aanmerkelijkbelanghouder worden geschonken (...). De eis geldt enkel voor het lichaam waarin de schenker (...) direct een aanmerkelijk belang heeft. Dit lichaam wordt hierna verder als topmaatschappij aangeduid. In het geval van een schenking moet de topmaatschappij gedurende de vijf jaren waarin de schenker een aanmerkelijk belang in haar moet hebben gehad, een materiële onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 hebben gedreven (...). Om te beoordelen of aan die eis wordt voldaan, moet voor de topmaatschappij een geconsolideerde balans worden opgesteld. Op die balans moeten worden opgenomen:

1. de bezittingen en de schulden van de topmaatschappij zelf en
2. de bezittingen en de schulden van dochtermaatschappijen van de topmaatschappij naar de verhouding waarin de houder van een aanmerkelijk belang in de topmaatschappij indirect een aanmerkelijk belang heeft in elk van de dochtermaatschappijen.

Vervolgens moet aan de hand van de geconsolideerde balans van de topmaatschappij worden bepaald welke activiteiten deze verricht: in hoeverre verricht zij geconsolideerd gezien ondernemingsactiviteiten en in hoeverre beleggingsactiviteiten? Voor zover zij ondernemingsactiviteiten verricht, gaat het dan om één of meer zelfstandige ondernemingen als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001?

Wanneer aldus is bepaald in hoeverre de topmaatschappij, geconsolideerd gezien, beleggingsactiviteiten verricht dan wel ondernemingsactiviteiten en, in het laatste geval, in hoeverre het hierbij gaat om één of meer zelfstandige ondernemingen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001, moet vervolgens het vermogen op de geconsolideerde balans worden toegerekend aan elk van die activiteiten volgens de regels van de vermogensetikettering. Voor zover het vermogen op de geconsolideerde balans van de topmaatschappij niet kan worden toegerekend aan het vermogen van de onderneming of een van de, ondernemingen van de topmaatschappij, is het beleggingsvermogen. Het komt dan slechts voor de vrijstelling van art. 35b SW in aanmerking voor zover het valt binnen de marge van 5% van het ondernemingsvermogen van de topmaatschappij als bedoeld in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, 2° SW.

(...)

Zoals hierboven beschreven moet in de door de belanghebbende voorgestane uitleg van art. 35c SW eerst een geconsolideerde balans van de topmaatschappij worden opgesteld, op basis waarvan moet worden vastgesteld waaruit de activiteiten van de topmaatschappij bestaan. Vormen de activiteiten van een dochtermaatschappij op de geconsolideerde balans van de topmaatschappij een zelfstandige onderneming, dan moet met betrekking tot die onderneming aan de ondernemingseis zijn voldaan, wil met betrekking tot het vermogen van die dochtermaatschappij een beroep kunnen worden gedaan op de vrijstelling van art. 35b SW. Met andere woorden, als een topmaatschappij binnen de periode van vijf jaren voorafgaande aan een schenking een dochtermaatschappij verwerft wier activiteiten, geconsolideerd gezien, als een zelfstandige onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 moeten worden beschouwd, dan kan het vermogen van die dochtermaatschappij niet voor de vrijstelling van art. 35b SW in aanmerking komen, omdat niet aan de ondernemingseis wordt voldaan. Slechts als de activiteiten van de dochtermaatschappij in het verlengde liggen van de activiteiten van een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 die de topmaatschappij al meer dan vijfjaar vóór de schenking, direct of indirect, uitoefent, kan het vermogen van die dochtermaatschappij delen in de vrijstelling van art. 35b SW. Het vermogen van de dochtermaatschappij kan dan worden toegerekend aan het vermogen van de onderneming die al meer dan vijf jaar door de topmaatschappij wordt gedreven. Het gaat dan om een uitbreiding van bestaande activiteiten. Ook bij de uitbreiding van de activiteiten van een onderneming voor de inkomstenbelasting binnen de termijn van vijf jaren voor een schenking van deze onderneming valt het aan die uitbreiding toe te rekenen vermogen onder de vrijstelling van art. 35b SW mits de onderneming al meer dan vijf jaren voorafgaand aan de schenking door de ondernemer werd gedreven.

(...)

De belanghebbende heeft voor de Rechtbank uitdrukkelijk gesteld dat de activiteiten van [E] en [F] moeten worden gezien als zelfstandige gedeelten van de onderneming die Beheer, geconsolideerd gezien, drijft.

3.4

Ter toelichting op het tweede middel heeft belanghebbende aangevoerd:

(...) Voor het geval dat het eerste middel niet tot cassatie leidt, voert de belanghebbende als middel tot cassatie aan dat de

termijn gedurende welke de aandelen in [E] rechtstreeks werden gehouden door de heer [A] meegeteld moeten worden voor de beoordeling of toch de in art. 35d lid 1 onder c SW genoemde termijn is volgemaakt. Dit middel gaat ervan uit dat de bezitser ook geldt voor een door een schenker (...) indirect gehouden aanmerkelijk belang. (...). De belanghebbende baseert zich voor het tweede middel tot cassatie op de ratio van art. 9 URSE. (...)

Uit (...) en de vastgestelde feiten onder 2 van de uitspraak van de Rechtbank volgt dat de onderneming van [E] direct of indirect al meer dan vijf jaren voorafgaand aan de schenking voor rekening en risico van de vader van de belanghebbende is gedreven. (...) dat de schenker de aandelen [E] op 13 december 2007 heeft verkregen, derhalve meer dan vijf jaren voor de in deze zaak in geschil zijnde schenking. Op 24 november 2009 zijn de aandelen [E] door de schenker aan Beheer overgedragen tegen betaling van een koopsom van € 18.000. (...). Omdat de aandelen [E] minder dan vijf jaren vóór de hier in geschil zijnde schenking door Beheer zijn verkregen, wordt, als ervan moet worden uitgegaan dat de bezitser van art. 35d, eerste lid, onderdeel c SW ook geldt voor een door een schenker (of erflater) indirect gehouden aanmerkelijk belang, deze eis met betrekking tot die aandelen niet vervuld. De belanghebbende stelt zich voor dit geval op het standpunt dat de periode waarin de onderneming van [E] direct voor rekening en risico van de schenker is uitgeoefend en de aandelen [E] indirect door hem gehouden zijn, op grond van een analoge toepassing van art. 9 URSE ook moeten worden meegeteld voor de beoordeling of de in art. 35c, eerste lid, onderdeel c SW bedoelde termijn van vijf jaren voor de schenking is volgemaakt. (...).

De belanghebbende stelt zich hierbij op het ook al voor de Rechtbank ingenomen standpunt dat het niet toepassen van art. 9 URSE voor de beoordeling of aan de bezitser van art. 35c, eerste lid, onderdeel c SW is voldaan, een schending is van art. 1 Gw. De belanghebbende wijst er hierbij op dat het toetsingsverbod van art. 120 Gw op art. 9 URSE niet van toepassing is, nu dit geen wet in formele zin is.

Het gaat in zijn geval, evenals in de in art. 9 URSE wel uitdrukkelijk genoemde gevallen, om een geval waarin de onderneming, die door de schenking van de aandelen Beheer indirect overgaat, te weten de onderneming van [E], al meer dan vijf jaren direct of indirect voor rekening en risico van de schenker gedreven is. (...) dat de wijze waarop Beheer het belang in [E] heeft verkregen, sterke overeenkomsten vertoont met een aandelenfusie. In het licht van de vaststaande feiten is het oneigenlijk gebruik dat de in art. 35d, eerste lid, SW gestelde voorwaarden beogen tegen te gaan, te weten het kort voor een schenking of in het zicht van overlijden verwerven van een onderneming die dan belastingvrij kan worden overgedragen of overgaan, afwezig. Er is daarom sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Art. 9 URSE vormt aldus een schending van art. 1 Gw.

4. Wetteksten, parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur

Wetgeving

4.1

Artikel 35b van de SW luidde in 2014:

1. Indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort als bedoeld in artikel 35c, dat wordt verkregen in het kader van een bedrijfsopvolging als bedoeld in het vijfde lid, wordt op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling verleend (...)
5. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsopvolging verstaan: een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingvereiste, bedoeld in artikel 35e.

4.2

Artikel 35c van de SW luidde in 2014:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:
 - a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan; (...)
 - c. vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10, van de Wet inkomstenbelasting 2001, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b, en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:
 - 1° bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, en

2°

het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1° toegerekende waarde; (...)

5. Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, hield, een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:
 - a. de erflater of schenker in dat andere lichaam indirect een aanmerkelijk belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001, of (...)
7. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen zijn de artikelen 4.3 tot en met 4.5a van de Wet inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing.
8. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van dit artikel.

4.3

Als gevolg van het nagenoemde arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016 is artikel 35c van de SW, nadat de schenking in de casus van belanghebbende al had plaatsgevonden, als volgt gewijzigd:^[7]

1. In de aanhef van het vijfde lid wordt «een belang heeft» vervangen door: direct of indirect een belang heeft.
2. Onder vernummering van het zesde tot en met achtste lid tot zevende tot en met negende lid wordt na het vijfde lid een lid ingevoegd, luidende:
 6. Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam.

4.4

Artikel 35d van de SW luidt sinds 1 januari 2010:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een (...) schenker verstaan (...) een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:
 - a. ondernemer was in de zin van artikel 3.4 of artikel 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met betrekking tot de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, bedoelde onderneming;
 - b. (...)
 - c. aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef of de daar bedoelde medegerechtigdheid bezat, en het in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2°, bedoelde beleggingsvermogen niet in deze periode via een storting in het lichaam is ingebracht;
 - d. (...)
2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van dit artikel.

4.5

Artikel 1 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: URSE) luidde in 2014:

1. Deze regeling geeft uitvoering aan de artikelen 16, derde lid, 17, tweede lid, 33, onder 5° en 6°, 33a, 35b, eerste lid, 35c, vijfde, en achtste lid, 35d, tweede lid, 35e, zesde lid, 73 en 75, eerste lid, van de Successiewet 1956.
2. (...)

4.6

Artikel 7, derde lid URSE luidt sinds 1 januari 2010 als volgt:

Indien ingevolge artikel 35c, vijfde lid, van de wet bezittingen en schulden van een lichaam voor een gedeelte worden toegerekend aan een ander lichaam, worden deze bezittingen en schulden voor de in artikel 35b, eerste lid, van de wet bedoelde bepaling van de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming, voor het geheel in aanmerking genomen voor zover zij ondernemingsvermogen vormen als bedoeld in artikel 35c van de wet.

4.7

In artikel 9 URSE is een aantal uitzonderingen neergelegd voor situaties waarin strikt genomen niet is voldaan aan de bezitstermijn in artikel 35d, eerste lid van de SW, maar zulks materieel gezien wel het geval is. Artikel 9 URSE luidt sinds 1 januari 2010 als volgt:

1. Aan de periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, is mede voldaan:
 - a. ingeval de erflater of schenker een onderneming drijft die eerder werd gedreven door een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en welke onderneming met toepassing van artikel 14c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 door de erflater of schenker is voortgezet of mede voortgezet: indien de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker wordt gedreven en de periode waarin hij aandeelhouder was in bedoelde naamloze of besloten vennootschap tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt;
 - b. ingeval de erflater of schenker aanmerkelijkbelanghouder is en het aanmerkelijk belang betrekking heeft op een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die een onderneming drijft die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven en welke onderneming met toepassing van artikel 3.65 van de Wet inkomstenbelasting 2001 is omgezet in bedoelde vennootschap: indien de periode van aanmerkelijkbelanghouder en de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt;
 - c. ingeval de erflater of schenker medegerechtigde is in de zin van artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet inkomstenbelasting 2001 en die medegerechtigdheid betrekking heeft op een onderneming die eerder voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven: indien de periode waarin de onderneming voor rekening van de erflater of schenker werd gedreven ten minste één, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren, bedroeg;
 - d. ingeval de erflater of schenker resultaat uit een werkzaamheid geniet met betrekking tot een onroerende zaak en de onroerende zaak eerder deel uitmaakte van het ondernemingsvermogen van een voor rekening van de erflater of schenker gedreven onderneming: indien de periode van het genieten van resultaat uit een werkzaamheid en de periode van ondernemerschap tezamen een aaneengesloten periode van ten minste één jaar, onderscheidenlijk van ten minste vijf jaren, vormt.
2. In geval van een aandelenfusie als bedoeld in artikel 3.55 van de Wet inkomstenbelasting 2001 worden voor de toets of is voldaan aan de periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, de bezitsperiode van de verkregen aandelen en de bezitsperiode van de afgestane aandelen bij elkaar gevoegd als ware het één periode. De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing bij een juridische splitsing als bedoeld in artikel 3.56 van de Wet inkomstenbelasting 2001, alsmede bij een juridische fusie als bedoeld in artikel 3.57 van die wet.
3. In geval van preferente aandelen als bedoeld in artikel 35c, vierde lid, van de wet is aan de periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, bedoeld in artikel 35d, eerste lid, van de wet, mede voldaan indien de bezitsperiode van de gewone aandelen tenminste één jaar, onderscheidenlijk ten minste vijf jaren, bedroeg.
4. (...)

4.8

Artikel 3.2 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) luidt:

Belastbare winst uit onderneming is het gezamenlijke bedrag van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen (...).

Parlementaire geschiedenis

4.9

In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de oude bedrijfsopvolgingsregeling, dus voor de invoering van de BOR zoals wij deze sinds 1 januari 2010 kennen, wordt het volgende opgemerkt over het voorkomen van oneigenlijk gebruik:^[9]

Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik dient voor de kwijtschelding van schenkingsrecht ook een eis gesteld te worden aan de periode voorafgaande aan de schenking van de onderneming gedurende welke de schenker de over te dragen onderneming heeft gedreven, respectievelijk gedurende welke de schenker het in het kader van bedrijfsopvolging overgaande aanmerkelijkbelangaandelenpakket heeft gehouden. Een oneigenlijk gebruik van de regeling zou erin kunnen bestaan dat iemand aanmerkelijkbelangaandelen koopt om deze aandelen binnen korte tijd in plaats van contanten ter besparing van schenkingsrecht aan zijn kinderen te schenken.

4.10

In de memorie van toelichting op de BOR is in de toelichting op artikel 35c van de SW aangegeven dat met ingang van 1 januari 2010 – ook voor aanmerkelijkbelangaandelen – wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de Wet IB 2001.^[9]

De voorgestelde omschrijving van het kwalificerende ondernemingsvermogen beoogt ten eerste meer rechtsvormneutraliteit te bereiken. De huidige wettelijke omschrijving haakt voor de verkrijging van een persoonlijke onderneming aan bij het ondernemingsbegrip uit de Wet inkomstenbelasting 2001. Indien aanmerkelijkbelangaandelen worden verkregen, eist de huidige regeling dat de vennootschap een onderneming drijft in de zin van artikel 2, eerste lid, onderdeel e, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Er bestaat geen volledige overeenstemming tussen deze twee ondernemingsbegrippen. Zo sluit de huidige verwijzing naar de vennootschapsbelasting aandelen in een BV waarvan de enige bezitting een commanditaire deelname is, uit van de bedrijfsopvolgingsregeling omdat de BV in dat geval geen onderneming drijft in de zin van genoemd artikel 2, eerste lid, onderdeel e. Het voorstel beoogt een uniforme toets aan te leggen, zodat de rechtsvorm tot zo min mogelijk verschil in fiscale behandeling leidt. Of sprake is van een materiële onderneming blijft overigens een feitelijke kwestie, zodat de vraag of daarvan sprake is steeds zal moeten beoordeeld aan de hand van de feiten van het onderhavige geval. Aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting leidt ertoe dat meer duidelijkheid ontstaat over de vraag wanneer een vennootschap een onderneming drijft, omdat over de vraag of sprake is van een materiële onderneming van de inkomstenbelasting meer jurisprudentie voorhanden is dan in de vennootschapsbelasting. De eis dat een lichaam zich niet feitelijk mag bezighouden met beleggingsactiviteiten kan door de aansluiting bij het materiële ondernemingsbegrip van de inkomstenbelasting vervallen. Steeds zal moeten worden beoordeeld of de activiteiten een materiële onderneming zouden vormen voor de inkomstenbelasting.

(...)

De eis dat de aandelen bij de schenker of erflater tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3, met uitzondering van de artikelen 4.10 en 4.11 van de Wet inkomstenbelasting 2001 hebben behoord, is de volgende maatregel die ertoe strekt dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. De faciliteit is alleen van toepassing als van een ondernemer wordt verkregen. Dat is bij aanmerkelijkbelangaandelen alleen aan de orde als de schenker of erflater een «echt» aanmerkelijk belang had in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001.

(...)

Een van de doelstellingen van dit wetsvoorstel is de verkrijging van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam. Het komt regelmatig voor dat het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang houdt, zelf geen onderneming drijft maar wel gerechtigd is tot een dochtervennootschap waarin een onderneming wordt gedreven. Voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling wordt daarom voorgesteld, dat als de verkrijger een indirect aanmerkelijk belang verkrijgt in een lichaam dat een onderneming drijft, de bezittingen en schulden van dat lichaam worden toegerekend aan de houdstermaatschappij. Daarmee worden de ondernemingsactiviteiten naar het niveau van de houdster getrokken. De toets van artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, vindt vervolgens met inachtneming van deze consolidatie plaats. Een en ander vindt thans plaats op grond van artikel 7a van de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956, waarin is aangegeven dat de bezittingen en de schulden van de werkmaatschappij mogen worden toegerekend aan het lichaam waarin de aandelen worden verkregen indien dat lichaam het beleid uitoefent in de werkmaatschappij. Deze zogenoemde beleidseis is verduidelijkt bij beleidsbesluit¹. Met dit voorstel komt die beleidseis te vervallen en zal alleen worden aangesloten bij de eis van het verkrijgen van een indirect aanmerkelijk belang. Dit leidt niet alleen tot meer gelijkheid met de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam, maar ook tot meer duidelijkheid omtrent het antwoord op de vraag wanneer toerekening mag plaatsvinden. Krachtens het zevende lid zullen de bepalingen omtrent de toerekening zoveel mogelijk in een ministeriële regeling worden ondergebracht.

4.11

In de memorie van toelichting op de BOR is in de toelichting op artikel 35d van de SW over de bezitstermijn het volgende vermeld:^[10]

Dit artikel regelt de eisen die gelden voor de schenker of erflater van wie het ondernemingsvermogen wordt verkregen. Voor gevallen waarin de faciliteit toepassing vindt bij schenking geldt thans de eis dat, kort gezegd, het ondernemingsvermogen gedurende een periode van vijf jaren in bezit moet zijn geweest van de schenker. In lijn hiermee wordt bij schenking van een ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel geëist dat dit vermogensbestanddeel gedurende een periode van vijf jaren vóór de schenking tot een werkzaamheid van de schenker moet hebben behoord en gedurende die periode dienstbaar moet zijn geweest aan de onderneming van het lichaam. Met betrekking tot het in aanmerking te nemen beleggingsvermogen wordt geëist dat dit beleggingsvermogen niet in de afgelopen vijf jaren via een storting in het lichaam is ingebracht. Hierdoor wordt voorkomen dat indien in het beleggingsvermogen gebruikelijke mutaties plaatsvinden, de bezitstermijn een probleem zou zijn. Wel wordt voorkomen dat voor de schenking het beleggingsvermogen in het lichaam via een kapitaalinjectie wordt «opgepompt». De bezitstermijn beoogt misbruik van de regeling te voorkomen. Bij invoering van de huidige regeling werd verondersteld dat in geval van overlijden geen sprake zou zijn van misbruik omdat overlijden, anders dan schenking, veelal

niet voorzienbaar is. In de praktijk is echter gebleken dat in gevallen waarin het overlijden wel voorzienbaar was, het belaste vermogen van de toekomstige erflater werd omgezet in (deels) onbelast ondernemingsvermogen. Dit zijn niet de bedrijfsoverdrachten waarvoor de regeling is bedoeld. Vandaar dat in geval van overlijden ook een bezitstermijn wordt voorgesteld. Anders dan bij schenking wordt een termijn van één jaar voldoende geacht.

In de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 zullen krachtens de delegatiebepaling van het tweede lid, regelingen worden getroffen voor de bepaling of is voldaan aan de bezitstermijn. Daarin wordt bijvoorbeeld geregeld dat als de schenker of erflater eerst IB-ondernemer is geweest en vervolgens aanmerkelijkbelanghouder in een actief lichaam, voor de berekening van de bezitsperiode beide periodes meetellen.

4.12

Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de BOR volgt:^[11]

Door de leden van de CDA-fractie wordt gevraagd op welke wijze oneigenlijk gebruik van de bedrijfsopvolgingsregeling wordt tegengegaan. Oneigenlijk gebruik wordt tegengaan doordat de regeling meer wordt toegespitst op de verkrijging van reëel ondernemingsvermogen. Ook wordt een bezitstermijn ingevoerd van één jaar voor bedrijfsopvolgingen bij overlijden om te voorkomen dat in het zicht van overlijden belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen zonder dat sprake is van een reële bedrijfsuitoefening en dus een reële bedrijfsoverdracht. Bij schenking van ondernemingsvermogen bedraagt de vereiste bezitstermijn vijf jaar.

4.13

Uit de voornoemde nota naar aanleiding van het verslag volgt tevens:^[12]

Artikel 35d van de Successiewet 1956

De leden van de CDA-fractie en de ChristenUnie alsmede de leden van de fractie van de PvdA, onder verwijzing naar het commentaar van het NOB en RB, vragen hoe wordt omgegaan met de voorafgaande bezitseis in enkele onderscheiden situaties. Onder andere wordt gevraagd naar de situatie waarin de aandelen minder dan vijf jaar bestaan en de situatie waarin de verkrijger een onderneming krachtens erfrecht heeft verkregen en vervolgens binnen een jaar zelf overlijdt. De bezitseis is aan de ene kant bedoeld om één element van de te faciliteren reële bedrijfsopvolging te definiëren; er is alleen sprake van een bedrijfsopvolging indien de onderneming enige tijd door de erflater of schenker werd gedreven. Aan de andere kant heeft de bezitstermijn ook een anti-misbruikarakter. Dit betekent dat de bezitseis materieel moet worden ingevuld. Indien de aandelen bijvoorbeeld pas drie jaar bestaan, maar voorafgaande aan die periode de onderneming minimaal twee jaar voor rekening en risico van de huidige aanmerkelijkbelanghouder werd gedreven, is voldaan aan de bezitseis. De Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 voorziet reeds hierin. Indien echter de aandelen slechts drie jaar bestaan en de onderneming in de BV ook pas drie jaar bestaat, bestaat in geval van schenking geen reden om de faciliteit te verlenen. Evenmin bestaat reden om de faciliteit te verlenen indien gedurende de referentieperiode de aandelen van de schenker of erflater zijn omgezet in preferente aandelen. Het is uitdrukkelijk de bedoeling van de bedrijfsopvolgingsregeling alleen in reële gevallen de faciliteiten te verlenen. Dit betekent dat de schenker respectievelijk de erflater gedurende de bezitstermijn een «echte ondernemer» moet zijn geweest. Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, behoudens in de een zogenoemde vruchtgebruik/bloot eigendomsituatie, welke situatie naar haar aard meebrengt dat de waardemutaties en inkomsten bij twee verschillende subjecten liggen. Indien aan de eis van «echt ondernemerschap» is voldaan en de aandelen worden vervolgens in het kader van een bedrijfsopvolging omgezet in preferente aandelen, is het niet zo dat de referentieperiode opnieuw gaat lopen. Materieel is immers aan de bezitstermijn voldaan. Deze situatie zal in de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 worden uitgezonderd van de bezitstermijn.

In geval van overlijden van de verkrijger binnen een jaar nadat hijzelf de onderneming heeft verkregen krachtens erfrecht, wordt naar de letter van de wet niet voldaan aan de bezitstermijn in geval van overlijden en zouden zijn erfgenamen geen vruchtvol beroep op de bedrijfsopvolgingsregeling kunnen doen. In deze gevallen lijkt echter van misbruik geen sprake te zijn, zodat ik deze situatie ook in de Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 zal regelen. Hierbij kan de opvolger, in antwoord op een andere vraag van de leden van de CDA-fractie en de ChristenUnie, ook de partner van de erflater zijn. De bedrijfsopvolgingsregeling is van toepassing op iedere verkrijger en stelt dus geen eisen aan verwantschap tussen erflater en verkrijger. Het is mijn voornemen om de uitzonderingen in de huidige Uitvoeringsregeling Successiewet 1956 te laten bestaan en verder te bezien of zij moeten worden aangepast of aangevuld.

4.14

Uit de toelichting op artikel 9 van de URSE volgt:^[13]

Artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is een voortzetting van artikel 7b van de Uitvoeringsregeling

Successiewet 1956. Genoemd artikel 7b voorzag in een tweetal gevallen waarin mede aan de bezitser (die tot 1 januari 2010 alleen bestond voor het schenkingsrecht) werd voldaan. Dit zijn de gevallen waarin binnen de referentieperiode inbreng van een IB-onderneming in een BV heeft plaatsgevonden en waarin binnen die periode uitbreng van de onderneming uit een BV naar de IB-sfeer heeft plaatsgevonden. Er is een aantal redenen waarom per 1 januari 2010 aanpassing ten opzichte van genoemd artikel 7b nodig is.

Ten eerste is aanpassing nodig vanwege de vanaf 1 januari 2010 geldende bezitser voor de erfbelasting. Ten tweede is een aantal situaties toegevoegd waarin ook aan de bezitsperiode wordt geacht te zijn voldaan. Het betreft hier een uitbreiding van de twee reeds geregelde situaties, waarin strikt juridisch gezien niet wordt voldaan aan de vereiste bezitsperiode, maar materieel gezien wel. Hierbij is aangesloten bij de fiscaal geruisloze doorschuifsituaties. Ten derde leiden de wijzigingen in de Successiewet 1956 ten aanzien van het gefaciliteerde ondernemingsvermogen ertoe dat een uitbreiding nodig is.

In het eerste lid, onderdeel a, van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is per 1 januari 2010 de geruisloze terugkeer uit de BV geregeld. In het eerste lid, onderdeel b, van dat artikel is per die datum de geruisloze omzetting in een BV geregeld. Het eerste lid, onderdeel c, van genoemd artikel betreft een bepaling die ziet op situaties die nu nog niet geregeld zijn. Dit betreft situaties waarin een deelname in een vennootschap onder firma wordt omgezet in een commanditaire deelname, alsmede het aangaan door een ondernemer van een samenwerkingsverband met een ander waarbij de ander beherend vennoot wordt en de ondernemer voortaan commanditaire vennoot is. In dat geval is geregeld dat voor de alsdan ontstane medegerechtigdheid geen nieuwe bezitstermijn gaat lopen. Deze aanpassing is nodig vanwege het feit dat een medegerechtigdheid met ingang van 1 januari 2010 alleen nog maar kwalificeert indien deze een voorzetting vormt van een eerder voor rekening van de erflater (gedurende één jaar) of schenker (gedurende vijf jaar) gedreven IB-onderneming.

Ook het eerste lid, onderdeel d, van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting betreft een nieuwe situatie. Dit betreft de situatie waarin een ondernemer zijn onderneming inbrengt in een BV, met uitzondering van een onroerende zaak. Vanaf het moment dat de BV tot stand komt, wordt de onroerende zaak verhuurd aan de BV en is sprake van een terbeschikkingstelling in de zin van artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Met betrekking tot de onroerende zaak gaat geen nieuwe bezitsperiode lopen voor zover de onroerende zaak binnen de onderneming van de BV wordt gebruikt. In al deze situaties van het eerste lid is steeds sprake van een wijziging van de 'juridische huls' waarin de onderneming wordt gedreven, maar wijzigt er materieel gezien niets, zodat er voor de nieuw ontstane situatie geen nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Voor deze gevallen worden daarom de perioden van 'materieel ondernemerschap' ten aanzien van de onderneming bij elkaar geteld (of doorgeschoven) voor de beoordeling of is voldaan aan de bezitser van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaar (bij schenking).

Het tweede lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting is, vergeleken met de regeling tot 1 januari 2010, ook nieuw. Dat lid heeft in de eerste plaats betrekking op de situatie waarin de erflater of schenker betrokken is geweest bij een aandelenfusie. Had erflater een aanmerkelijk belang in BV 1, en heeft BV 2 met behulp van een aandelenfusie BV 1 overgenomen, dan heeft erflater vanaf het moment van de fusie aandelen BV 2. Ook in die situatie wordt de bezitsperiode van aandelen BV 1 samengevoegd met de bezitsperiode van aandelen BV 2, voor de beoordeling of is voldaan aan de bezitser van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaar (bij schenking). Voor situaties van een juridische splitsing en juridische fusie regelt dit tweede lid hetzelfde. Aangezien wordt verwezen naar artikel 35d, eerste lid, van de Successiewet 1956, zal steeds ook voldaan moeten zijn aan de eis dat de onderneming voor een aaneengesloten periode van één, onderscheidenlijk vijf jaren, voor rekening van de (nieuwe en oude) vennootschap moet zijn gedreven. Het derde lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting betreft de situatie waarin omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen heeft plaatsgevonden. Aan de bezitsperiode is dan ook voldaan indien de gewone aandelen in de periode voor de omzetting naar preferente aandelen gedurende de vereiste periode van één jaar (bij overlijden), onderscheidenlijk vijf jaren (bij schenking), tot het vermogen van de erflater of schenker behoorden. In dat geval is zijn preferente aandeelhouderschap te zien als voortgezet ondernemerschap. Met betrekking tot het houden van de preferente aandelen gaat dus ook hier geen nieuwe bezitstermijn lopen.

Het vierde lid van artikel 9 van de Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting bevat een voorziening voor het geval de erflater overlijdt binnen een jaar nadat hij zelf krachtens erfrecht of krachtens schenking ondernemingsvermogen heeft verkregen. (...).

4.15

Naar aanleiding van het na te noemen arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016 over de BOR bij onder meer de toerekening van indirecte belangen kleiner dan 5% is op Prinsjesdag 2017 reparatiewetgeving verschenen waarmee de BOR in de SW met terugwerkende kracht naar 1 juli 2016 is aangepast. In de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris zich uitgelaten over de bezitstermijn in de BOR. Daarbij zij opgemerkt dat de hierna opgenomen parlementaire behandeling is verschenen nadat de schenking in de onderhavige procedure al had plaatsgevonden.

4.16

In de memorie van toelichting is – meer in het algemeen – het volgende opgemerkt:^[14]

Het komt regelmatig voor dat het lichaam waarin de erflater of schenker een aanmerkelijk belang houdt een holding is die zelf geen onderneming drijft, maar wel is gerechtigd tot een dochtervennootschap waarin een onderneming wordt gedreven (de werkmaatschappij). Aangezien de beoordeling of sprake is van ondernemingsvermogen plaatsvindt op het niveau van de holding en niet op het niveau van de werkmaatschappij, zou – gegeven de eis dat de holding een onderneming moet drijven – in een dergelijk geval de faciliteit zonder nadere regelgeving niet van toepassing zijn. Om die reden is geregeld dat onder voorwaarden de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij aan de holding worden toegerekend (de toerekeningsregel). Vervolgens vindt op holdingniveau de toets plaats of de holding een onderneming drijft en zo ja, met welk vermogen zij dat doet. Op deze wijze wordt dus het ondernemingsvermogen wel gefaciliteerd en het beleggingsvermogen niet. De hiervoor beschreven regeling geldt in beginsel alleen indien de erflater of de schenker een indirect aanmerkelijk belang had in de werkmaatschappij. (...) Met de eis dat sprake moet zijn van een indirect aanmerkelijk belang bij de erflater of de schenker heeft de wetgever beoogd een gelijke behandeling te bewerkstelligen tussen de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang en de verkrijging van een indirect gehouden aanmerkelijk belang. Voor de toepassing van de zogenoemde doorschuifregelingen in de Wet IB 2001 geldt mutatis mutandis hetzelfde.

4.17

In de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven dat de bezitseis ook van toepassing is op een aan de holding toegerekende onderneming:^[15]

De leden van de fractie van de SP vragen naar aanleiding van een opmerking in de memorie van toelichting in welke gevallen volgens het kabinet wel voldaan moet worden aan de bezits- en voortzettingseis. Het kabinet is van mening dat indien het aandelenbelang op grond van de vermogensetikettering van zichzelf kwalificeert als bedrijfsmiddel, dat daarop de bezits- en voortzettingseis niet van toepassing zijn. Dit is ook een reden geweest om tot wetswijziging over te gaan. Wat het kabinet in de memorie van toelichting heeft willen aangeven, is dat niet in alle gevallen de vermogensetikettering in beeld komt. Indien de toerekeningsregel van toepassing is, moet er op grond van artikel 35c, vijfde lid, van de Successiewet 1956 (SW 1956) worden toegerekend. Op de in dit geval toegerekende onderneming, of een gedeelte daarvan, is zowel de bezitseis als de voortzettingseis van toepassing. Dit geldt ook als het aandelenbezit voor de holding van zichzelf kwalificeert als ondernemingsvermogen. Als voorbeeld kan worden gewezen op het geval dat een holding reeds 60% van de werkmaatschappij bezit en vervolgens de resterende 40% koopt. Door de toerekeningsregel drijft de holding dus eerst 60% van de onderneming en koopt er vervolgens 40% bij. Voor deze 40% gaat een nieuwe termijn voor de bezits- en voortzettingseis lopen. Het is naar de mening van het kabinet dus niet zo dat het 40%-aandelenpakket bij de holding ondernemingsvermogen vormt van de aan haar op grond van het 60%-belang toegerekende onderneming. In het onderhavige wetsvoorstel wordt deze zienswijze zeker gesteld doordat op grond van het voorgestelde nieuwe zesde lid van artikel 35c van de SW 1956 het aandelenbelang nooit zelfstandig als bedrijfsmiddel kan kwalificeren voor de BOR. (...)

De vraag van de leden van de fractie van de VVD of het klopt dat een belang in een passieve holding die uitsluitend een belang heeft in een actieve vennootschap van minder dan 5%, ook na het arrest van de Hoge Raad, niet zal kwalificeren voor faciliteiten omdat de holding dan zelf geen onderneming drijft, kan bevestigend worden beantwoord. Met betrekking tot de vraag van deze leden of het klopt dat het arrest van de Hoge Raad alleen gevolgen heeft als de holding reeds een materiële onderneming drijft, kan worden geantwoord dat het arrest (alleen) gevolgen heeft als de holding zelf een materiële onderneming drijft of deze geacht wordt een onderneming te drijven doordat de bezittingen en schulden van een deelneming worden toegerekend omdat de schenker of erflater daarin een aanmerkelijk belang houdt. In het verlengde hiervan vragen deze leden of het klopt dat daarmee een wetswijziging niet echt nodig is. Dat laatste klopt niet. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven en hiervoor is herhaald, is reparatie nodig om ervoor te zorgen dat directe en indirecte aanmerkelijkbelangposities gelijk worden behandeld, beleggingsvermogen niet onder de BOR kan vallen en de bezitstermijn en voortzettingseis van toepassing zijn, alsmede ter voorkoming van een stijging van de uitvoeringslasten en ter voorkoming van een budgettaire derving.

4.18

In een brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer inzake het Belastingplan 2017 is het volgende opgemerkt over de bezitseis voor bijgekochte aandelen:^[16]

De heer Omtzigt vraagt op basis van welke wettelijke bepaling er voor de bedrijfsopvolgingsregeling in de schenk- en erfbelasting (BOR) een nieuwe termijn gaat lopen voor de bezitseis voor bijgekochte aandelen. Dat is op basis van artikel 35d, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Successiewet 1956 (SW 1956). Daarin staat kort gezegd dat voor de toepassing van de BOR onder erflater of schenker wordt verstaan degene die gedurende één jaar respectievelijk vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956 en dat het lichaam gedurende de bezitstermijn de daar bedoelde onderneming dreef. Hieruit volgt dat voor bijgekochte aandelen een nieuwe termijn gaat lopen. Indien de aandelen in de werkmaatschappij worden bijgekocht door de holding, is

sprake van een indirect aanmerkelijk belang. Hierop is de toerekeningsregel van toepassing. Als gevolg daarvan drijft de holding bij fictie een onderneming. Voor zover de holding aandelen in de werkmaatschappij aankoopt, koopt zij dus als het ware een gedeelte van een onderneming. Net als het geval is in de winstfeer, gaat voor de aanschaf van dit gedeelte van de toegerekende onderneming ook een nieuwe bezitstermijn lopen. Voor de reeds in bezit zijnde aandelen blijft uiteraard de oorspronkelijke termijn lopen. Dit vind ik ook een wenselijke uitwerking van de wetgeving. Hiermee wordt voorkomen dat privévermogen of beleggingsvermogen vlak voor schenken of overlijden aangewend wordt voor het aankopen van aandelen, om zodoende de BOR op dit vermogen te kunnen toepassen.

4.19

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heeft de Staatssecretaris van Financiën opnieuw opgemerkt dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitstermijn gaat lopen:^[17]

De leden van de fractie van het CDA vragen waar het kabinet de interpretatie op baseert dat voor ieder nieuw verworven indirect belang een nieuwe bezitsperiode gaat lopen. Vooropgesteld: de BOR geldt alleen voor zover sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Dit betekent onder andere dat de schenker of erflater gedurende een periode van vijf respectievelijk één jaar de onderneming moet hebben gedreven. Een uitbreiding in deze bezitsperiode kwalificeert niet voor de toepassing van de BOR voor zover deze uitbreiding een zelfstandig deel van een onderneming betreft. Artikel 35d, eerste lid, onderdeel a, van de Successiewet 1956 (SW 1956) eist immers dat de schenker of erflater gedurende de bezitsperiode ondernemer moet zijn geweest ten aanzien van de in artikel 35c, eerste lid, onderdeel a, van de SW 1956 bedoelde onderneming. Daaronder wordt mede begrepen een zelfstandig deel daarvan. Voor zover sprake is van een aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming voldoet de schenker of erflater niet aan de voorwaarde dat hij voor dat deel van de tot zijn vermogen behorende onderneming minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, ondernemer was. Indien bijvoorbeeld een vennoot in een vennootschap onder firma een firma-aandeel van 30% heeft en vervolgens het firma-aandeel van de andere vennoot overneemt, gaat voor deze 70% een nieuwe bezitstermijn gelden. Niet alleen past dat binnen de ratio van de BOR en de bezitstermijn om alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, maar ook binnen de tweede doelstelling van de bezitstermijn, te weten het voorkomen van misbruik. Een en ander werkt hetzelfde indien geen sprake is van een IB-ondernemer maar van aanmerkelijkbelanghouder. Omdat in dat geval de aanmerkelijkbelanghouder niet de onderneming drijft, maar het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben, geldt een dubbele bezitstermijn (artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956). Ten eerste moet de schenker of erflater de aandelen minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, hebben gehouden. Ten tweede moet het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben de onderneming, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de SW 1956, gedurende minimaal vijf jaar, respectievelijk minimaal één jaar, hebben gedreven. In geval van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang zal het lichaam deze onderneming bij fictie drijven als gevolg van de toerekeningsregel van artikel 35c, vijfde lid, van de SW 1956. Overigens heeft de rechtbank Den Haag onlangs beslist dat de bezitstermijn zich ook uitstrekt over zelfstandige delen van een onderneming.

Jurisprudentie

4.20

In zijn arrest van 22 april 2016 heeft de Hoge Raad niet geoordeeld over de bezitstermijn bij indirect aanmerkelijk belang, waar het in de kern in de onderhavige procedure om gaat. Wel heeft de Hoge Raad geoordeeld over de toerekening aan de houdstermaatschappij bij achtereenvolgens indirecte belangen van ten minste 5%, vermogensbestanddelen bij de houdstermaatschappij en indirecte belangen kleiner dan 5%.^[18]

2.3.1.

Uit artikel 35c, lid 5, letter a, SW vloeit voort dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de BV belangen aanhoudt die voor de erflater indirect gehouden aanmerkelijke belangen vormen, voor de toepassing van hoofdstuk IIIA van de SW moeten worden toegerekend aan de BV. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat dit geldt voor de bezittingen en schulden van de onder 2.1.3 vermelde overige actieve vennootschappen waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang hield en waarop de BOR, naar buiten geschil is, van toepassing is. Dit brengt mee dat voor de toepassing van de BOR ervan moet worden uitgegaan dat de BV een (materiële) onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001.

2.3.2.

Tot het ondernemingsvermogen van de onderneming die de houdstermaatschappij na de hiervoor omschreven toerekening geacht wordt te drijven, kunnen op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij zelf behoren (vgl. *Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13, blz. 27*). Hiermee wordt zoveel mogelijk een uniforme behandeling bereikt van enerzijds gevallen waarin het vermogen aan een besloten vennootschap toebehoort, en anderzijds gevallen waarin het vermogen toebehoorde aan de erflater zelf (vgl. HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, ECLI:NL:HR:2010:BL0193, *BNB* 2010/286). Er bestaat geen aanleiding om een aandelenbelang hierbij anders te

behandelen dan andere vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij.
(...)

2.4

Het tweede middel richt zich tegen 's Hofs oordeel dat de bezittingen en de schulden van [D] niet op grond van artikel 35c, lid 5, SW kunnen worden toegerekend aan de BV. De Inspecteur heeft in hoger beroep niet bestreden het oordeel van de Rechtbank dat de ondernemingsactiviteiten van [D] in het verlengde liggen van de (concern)activiteiten van de BV en dat het belang in [D], indien artikel 35c, lid 5, SW daarop niet van toepassing is, voor de toepassing van artikel 35c, lid 1, letter c, SW tot het ondernemingsvermogen van de BV kan worden gerekend. Daarmee zou gegrondverklaring van het tweede middel, wat er ook zij van het daarbij bestreden oordeel van het Hof omtrent artikel 35c, lid 5, letter b, SW, niet tot een andere uitkomst kunnen leiden dan voortvloeit uit gegrondbevinding van het eerste middel. Omdat het eerste middel slaagt behoeft het tweede middel derhalve geen bespreking.

4.21

Het Gerechtshof Den Haag heeft op 19 juli 2017 geoordeeld dat op het indirecte aanmerkelijk belang in deze casus, waarbij sprake was van meer dan normaal actief vermogensbeheer met betrekking tot een vastgoedportefeuille, is voldaan aan de dubbele bezitseis van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de SW. Het eerste bezitsvereiste heeft betrekking op de periode waarin het aanmerkelijk belang van de geschonken aandelen in het bezit was van de schenker. Het tweede bezitsvereiste heeft betrekking op de periode waarop het lichaam waarop het geschonken aanmerkelijk belang betrekking heeft de onderneming dreef:^[19]

5.5.

Met betrekking tot de onroerende zaken [E], [F] en [G] te [H], behorende tot de besloten vennootschap [M] B.V. is voldaan aan de dubbele bezitseis (artikel 35d, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), zodat ook daarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is. De dubbele bezitseis geldt omdat ingeval van aanmerkelijk belang de aanmerkelijkbelanghouder niet de onderneming drijft, maar het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben. Vaststaat dat [D] vanaf 21 september 2005 de deelneming ter grootte van 33,33 percent van de aandelen in [M] B.V. bezit, zodat de schenker de aandelen minimaal vijf jaar heeft gehouden, waarmee is voldaan aan het eerste bezitsvereiste. Het Hof acht aannemelijk dat [D] de deelneming in 2005 heeft verworven met het oogmerk vastgoed te ontwikkelen, te bouwen en te vermarkten of te verhuren op de wijze waarop [D] dat in 2014 in het samenwerkingsverband van [M] B.V. nog steeds doet, zodat het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben ([M] B.V.), de onderneming (artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, van de Successiewet 1956), gedurende minimaal vijf jaar heeft gedreven, waarmee is voldaan aan het tweede bezitsvereiste. Ten tijde van de schenking maakten de onroerende zaken [E], [F] en [G] als vastgoed in ontwikkeling en aanbouw deel uit van de onderneming van het lichaam [M] en voldeden tezamen met de andere activa en passiva in dat verband aan het (tweede) bezitsvereiste. Uit de gedingstukken komt niet naar voren dat het oogmerk heeft bestaan met deze onroerende zaken, al dan niet in ontwikkeling of aanbouw buiten het verband van de onderneming van [M] zelfstandig deel te nemen aan het economisch verkeer om met redelijke verwachting daaruit een duurzame opbrengst te verkrijgen. Het complex is geen zelfstandige onderneming en derhalve niet onderworpen aan de bezitseis. Interne compensatie is niet aan de orde.

4.22

Uit het oordeel van 3 april 2018 van het Gerechtshof Den Haag volgt over de bezitstermijn bij een indirect belang dat korter dan vijf jaren werd gehouden:^[20]

7.5

Het Hof acht verder van belang dat de toetsen worden uitgevoerd op de activiteiten van alle maatschappen en vennootschappen waarin de BV ten tijde van de schenking een aanmerkelijk belang heeft met uitzondering van die van [J], dit laatste omdat de BV het aanmerkelijk belang in [J] op het tijdstip van schenking korter dan vijf jaar had (artikel 35d van de SW 1956).

Literatuur

4.23

Redactie Vakstudie Nieuws heeft in haar aantekening bij de nota naar aanleiding van het verslag bij Overige fiscale maatregelen 2017 over de bezitstermijn bij indirecte belangen het volgende opgemerkt:^[21]

In art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 is opgenomen dat aan de bezitstermijn wordt voldaan, indien de schenker gedurende vijf jaren tot de schenking (of de erflater één jaar voorafgaande aan zijn vererving) de aanmerkelijkbelanghouder was van de aanmerkelijkbelangaandelen en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende deze vijf jaren

(respectievelijk één jaar) de (toegerekende) onderneming dreef. In de wettekst is niet opgenomen dat het indirecte belang gedurende vijf jaren (respectievelijk één jaar) voorafgaande aan de schenking (respectievelijk vererving) in bezit moet zijn. In de praktijk is bekend dat de Belastingdienst de bezitseis in holdingstructuren op eigen wijze nader invult. De Belastingdienst meent dat de vijfjaarsperiode (respectievelijk eenjaarsperiode) ook geldt voor indirect gehouden belangen. Deze zienswijze neemt de staatssecretaris in deze nota nu over. Van belang hierbij is op te merken dat de staatssecretaris deze invulling geeft als uitvoerder en niet als wetgever. Bij de totstandkoming van art. 35d lid 1 onderdeel c SW 1956 is hierover namelijk niets opgemerkt. Ook in de totstandkomingsgeschiedenis van art. 35clid 4 (oud) SW 1956 en art. 26lid 7 (oud) IW 1990 (de voorlopers van het huidige art. 35d SW 1956) is over deze zienswijze niets te vinden. Uit de wetsgeschiedenis van laatstgenoemde bepaling blijkt wel dat de voorwaarde strekte tot voorkoming van misbruik. Los van de vraag of deze interpretatie juist is, roept deze zienswijze bij ons de volgende vragen op:

1. Voor wie geldt de bezitstermijn van het indirecte belang? Dient de aanmerkelijkbelanghouder het indirecte belang gedurende vijf jaren (indirect) in bezit te hebben gehad of dient de vennootschap waarvan de aandelen vererven of worden geschonken het aandelenbelang in bezit te hebben gehad? Stel: dga/schenker heeft via zijn holding A 60% in een werkmaatschappij W. Tevens houdt hij (om hem moverende redenen) 40% in werkmaatschappij W via holding B. Deze structuur bestaat al langer dan vijf jaren. Op enig moment draagt holding B een 30%-belang in werkmaatschappij W over aan holding A gevolgd door een schenking door de dga van de aandelen holding A aan zijn kind. Indirect is de gehele onderneming van werkmaatschappij W gedreven door de dga/schenker. Bij een materiële invulling van de bezitseis, zou de BOR op het totale belang van toepassing moeten zijn.
2. Als een overnamekas (= ondernemingsvermogen) wordt omgezet in een indirect kwalificerend belang (= ondernemingsvermogen), gaat er dan opnieuw een bezitstermijn lopen voor het indirecte belang? (...)

Gezien de andersluidende standpunten in de literatuur en commentaar van beroepsorganisaties is het wachten op de eerste procedure met betrekking tot de bezitstermijn voor indirecte kwalificerende belangen.

Beleid

4.24

Het besluit Schenk- en erfbelasting. Bedrijfsopvolgingsregeling van 17 januari 2013 bevat het gepubliceerde beleid over de huidige BOR dat ten tijde van de schenking in de onderhavige procedure bekend was. In onderdeel 3.11 heeft de Staatssecretaris van Financiën het volgende opgemerkt over de bezitseis:^[22]

Door de gewijzigde voorwaarden per 1 januari 2010 voor de BOR past de praktijk de (aandelen)structuren aan. Regelmatig is mij verzocht daarbij de bezitseis voor de erfbelasting (een jaar) of schenkbelasting (vijf jaar) buiten beschouwing te laten. De bezitseis is een antisimisbruikbepaling om te voorkomen dat niet-ondernemingsvermogen in het zicht van het overlijden of een schenking wordt omgezet in kwalificerend ondernemingsvermogen. Daarbij past het niet om voor de huidige BOR af te wijken van de duidelijke bezitseis. Verzoeken om van de bezitseis af te wijken, wijs ik daarom af. Hierop geldt één uitzondering. Het gaat om de situatie waarin de bedrijfsopvolging al in gang was gezet via preferente aandelen, waarbij op 31 december 2009 nog werd voldaan aan de toen geldende voorwaarden voor de BOR, maar per 1 januari 2010 niet meer. (...)

5. Beoordeling

5.1

Ter inleiding op de beoordeling van de middelen van belanghebbende merk ik het volgende op over de BOR in de SW. De BOR heeft, kort gezegd, tot doel de overgang van familiebedrijven naar een volgende generatie te faciliteren. Daarbij moet het gaan om reële situaties, het moet niet zo zijn dat ouders eerst met privévermogen bedrijfsvermogen (bij)kopen en dat vervolgens gefacilieerd zouden kunnen schenken aan kinderen.^[23] Op verzoek van de verkrijger wordt met de BOR, tot bepaalde wettelijke begrenzingsen, een voorwaardelijke vrijstelling van schenkbelasting verleend indien tot de verkrijging ondernemingsvermogen behoort. Zie artikel 35b van de SW voor de omvang van het ondernemingsvermogen dat in aanmerking komt voor de vrijstelling. Wat onder ondernemingsvermogen wordt begrepen is bepaald in artikel 35c van de SW. Ten aanzien van de schenker geldt dat deze dient te voldoen aan een bezitstermijn van vijf jaren, zoals neergelegd in artikel 35d van de SW. Het betreft hier een voorwaardelijke vrijstelling omdat deze afhankelijk is van het voortzetten van de onderneming door de verkrijger, als vereist ingevolge artikel 35e van de SW.^[24]

5.2

Het gaat in deze procedure om het ondernemingsvermogen, als bedoeld in artikel 35c van de SW en met name de bezitstermijn bij de schenker, van vijf jaren tot de schenking, als vereist ingevolge artikel 35d van de SW.

5.3

In het eerste middel klaagt belanghebbende over het niet toepassen van de BOR voor zover de schenking van de aandelen Beheer BV betrekking heeft op het indirecte belang in [E] BV en [F] BV, omdat op dat niveau volgens de Rechtbank niet is voldaan aan de eis van de bezitstermijn van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.^[25]

5.4

Artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW luidde ten tijde van de schenking:

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een erflater of schenker verstaan een erflater die gedurende één jaar tot het overlijden, onderscheidenlijk een schenker die gedurende vijf jaren tot de schenking:

(...)

c.

aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen, bedoeld in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, en het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende de in de aanhef bedoelde periode van één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren, de daar bedoelde onderneming dreef of de daar bedoelde medegerechtigdheid bezat, en het in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c, onder 2°, bedoelde beleggingsvermogen niet in deze periode via een storting in het lichaam is ingebracht;

5.5

Opgemerkt moet worden dat artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW nauw samenhangt met het onder de vrijstelling vallende ondernemingsvermogen, zoals neergelegd in artikel 35c, eerste lid, onderdeel c van de SW.

5.6

De geschonken aandelen in Beheer BV waren ten tijde van de schenking meer dan vijf jaren in het bezit van de schenkers, zodat in zoverre is voldaan aan het (eerste) bezitsvereiste uit artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.^[26]

5.7

De door Beheer BV gehouden indirecte belangen in [E] BV en [F] BV zijn vanuit het perspectief van de schenkers te bezien als indirect aanmerkelijk belangen (meer dan 5%) als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001.^[27]

5.8

De vermogensbestanddelen, de bezittingen en de schulden, van de zelfstandige ondernemingen [E] BV en [F] BV worden met de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid van de SW en artikel 7, derde lid van de URSE toegerekend aan Beheer BV, waarvan de aandelen zijn geschonken.

5.9

Het voor de vrijstelling van de BOR in aanmerking komende ondernemingsvermogen sluit voor het aanmerkelijk belang, op het niveau van een vennootschap, aan bij het ondernemingsbegrip van artikel 3.2 van de Wet IB 2001.^[28] Daaruit volgt dat een ondernemer meer dan één onderneming kan drijven, als vast te stellen op basis van de feiten van het geval.^[29]

5.10

Een onderneming kan voor toepassing van de BOR in een afzonderlijk indirect aanmerkelijk belang worden gedreven. Een van de doelstellingen van de BOR is de verkrijging van een zogenoemd indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk te behandelen als de verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam.^[30]

5.11

Het komt regelmatig voor, zo ook in de onderhavige procedure, dat het lichaam waarin de schenkers een direct aanmerkelijk belang houden (de houdstervennootschap) zelf geen onderneming drijft, maar een of meer dochtervennootschappen van de houdstervennootschap dat wel doen. De bezittingen en schulden van het indirect aanmerkelijk belang worden toegerekend aan de houdstermaatschappij (consolidatiebepaling). Daarmee wordt bewerkstelligd dat de ondernemingsactiviteiten naar het niveau van de houdster worden getrokken.^[31] Voor de houdstermaatschappij geldt een (tweede) bezitstermijn van vijf jaren voor het drijven van een onderneming in geval van een schenking als in de onderhavige procedure blijkt de tekst van artikel 35d, lid 1, onderdeel c van de SW.^[32]

5.12

De Hoge Raad heeft op 22 april 2016 onder meer geoordeeld over de toerekening van het ondernemingsvermogen bij een indirect aanmerkelijk belang aan een houdstermaatschappij. Overweging 2.3.1 luidt:^[33]

2.3.1.

Uit artikel 35c, lid 5, letter a, SW vloeit voort dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de BV belangen aanhoudt die voor de erflater indirect gehouden aanmerkelijke belangen vormden, voor de toepassing van hoofdstuk IIIA van de SW moeten worden toegerekend aan de BV. (...). Dit brengt mee dat voor de toepassing van de BOR ervan moet worden uitgegaan dat de BV een (materiële) onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001.

5.13

Bij de Rechtbank is over de materiële onderneming het volgende naar voren gekomen:

2.3

Beheer-BV dreef met haar deelnemingen ten tijde van de schenking geconsolideerd gezien een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Ook [F] B.V., [E] B.V. (...) en [G] B.V. (...) dreven (op individueel niveau) een materiële onderneming.

4.2

Partijen zijn het erover eens – en de rechtbank oordeelt niet anders – dat [E] BV en [F] BV op individueel niveau een materiële onderneming drijven. Beheer-BV drijft met toepassing van de consolidatiebepaling van artikel 35c, vijfde lid, van de SW ook al langer dan vijf jaar een materiële onderneming. (...)

5.14

Beheer BV dreef ten tijde van de schenking zelf geen materiële onderneming. Het is uitsluitend het indirect aanmerkelijk belang in [G] BV dat voor meer dan vijf jaren werd gehouden door Beheer BV en waarin een materiële onderneming wordt gedreven.

5.15

Ik meen dat in de onderhavige procedure over de toepassing van de BOR de indirecte belangen in [E] BV en [F]BV niet meegenomen kunnen worden in de aan Beheer BV toegerekende materiële onderneming gedreven door [G] BV. De Rechtbank heeft vastgesteld dat de eerstgenoemde BV's op individueel niveau een materiële onderneming drijven. Dat lijkt mij een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel. Daaraan kan vervolgens, naar mijn mening en ook in de opvatting van de Rechtbank, geen verandering komen waar de Rechtbank aanvullend heeft geoordeeld, in r.o. 4.4: 'Dat de activiteiten van de indirecte belangen in elkaars verlengde liggen doet hieraan niet af'.

5.16

Uitgaande van individuele materiële ondernemingen, meen ik dat ten aanzien van de indirect gehouden belangen in [E] BV en [F] BV een afzonderlijke bezitstermijn bij Beheer BV moet worden gehanteerd van vijf jaren, als vereist ingevolge artikel 35c, eerste lid, onderdeel c en artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW.^[34] Daaraan is in casu niet voldaan.

5.17

Aldus faalt het eerste middel.

5.18

Voor het geval dat het eerste middel niet tot cassatie leidt, heeft belanghebbende een tweede middel aangevoerd. Het tweede middel ziet uitsluitend op het via Beheer BV gehouden indirecte aanmerkelijk belang in [E] BV.

5.19

In het tweede middel klaagt belanghebbende over het niet toepassen van de BOR in de SW met betrekking tot het indirecte aanmerkelijk belang in [E] BV. Belanghebbende ziet daarin een schending van artikel 9 URSE doordat de periode gedurende waarin de schenker het aanmerkelijk belang zelf hield voorafgaande aan de schenking niet meetelt bij de beoordeling of de bezitstermijn is volgemaakt.^[35]

5.20

[E] BV is weliswaar meer dan vijf jaren voor de schenking opgericht door één van de schenkers, [A], maar is korter dan vijf jaren voor de schenking overgedragen aan Beheer BV, waarvan de schenkers [A] en [B] voorafgaand aan de schenking 100% van de aandelen bezaten.^[36] Het is echter naar mijn mening wel zo dat door een verhangings, krachtens titel van koop, van een aanvankelijk direct gehouden aanmerkelijk belang aan een eigen holdingmaatschappij op grond van artikel 35d, eerste lid, onderdeel c van de SW een nieuwe bezitstermijn voor de BOR gaat lopen.

5.21

In tegemoetkomingen op de bezitstermijn is voorzien in artikel 9 URSE, krachtens de delegatiebepaling van artikel 35d, tweede lid van de SW. Het betreft wijzigingen van de juridische huls waarin de onderneming wordt gedreven, zonder

materiële verandering van verhoudingen.^[37] Daarbij gaat het om situaties zoals de geruisloze inbreng van een onderneming in de inkomstenbelasting naar een aanmerkelijk belang in een NV of BV. Koop van aandelen, zoals in casu, wordt in dit kader niet genoemd.

5.22

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de bezitstermijn een anti-misbruikarakter heeft en dat de bezitstermijn materiële moet worden ingevuld.^[38] Deze zinsnede moet naar ik meen gelezen worden op dezelfde parlementaire geschiedenis in samenhang worden gelezen met de voorloper van artikel 9 URSE waarin eveneens een beperkte tegemoetkoming gold op de bezitstermijn. Met de invoering van de huidige BOR heeft een uitbreiding plaatsgevonden op de situaties met een tegemoetkoming op de bezitstermijn. Uit de toelichting op artikel 9 URSE volgt dat deze uitbreiding alleen ziet op fiscaal geruisloze doorschuifsituaties.^[39]

Ten tweede is een aantal situaties toegevoegd waarin ook aan de bezitsperiode wordt geacht te zijn voldaan. Het betreft hier een uitbreiding van de twee reeds geregelde situaties, waarin strikt juridisch gezien niet wordt voldaan aan de vereiste bezitsperiode, maar materieel gezien wel. Hierbij is aangesloten bij de fiscaal geruisloze doorschuifsituaties.

5.23

Noch gezien die achtergrond voor het aanbrengen van tegemoetkomingen noch gezien de teksten daarvan, zie ik ruimte om een verkoop van aandelen gelijk te kunnen stellen met een situatie genoemd in artikel 9 URSE.

5.24

De schenkers hebben bij de verkoop van de aandelen [E] BV aan Beheer BV geen gebruik gemaakt van enige fiscaal geruisloze doorschuifsituatie. Daarom is door die verkoop een nieuwe bezitstermijn van vijf jaren gaan lopen voor Beheer BV ten aanzien van het van de schenker gekochte indirecte aanmerkelijk belang in [E] BV. Deze bezitstermijn was op het moment van de schenking van de aandelen in Beheer BV nog niet gekomen tot vijf jaren.

5.25

Een en ander betekent dat ook het tweede middel faalt.

6. Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat het beroep in cassatie van belanghebbende ongegrond dient te worden verklaard.

Noot

Auteur: M.J. Hoogeveen

Deze noot handelt over de bezitstermijn van art. 35d lid 1 onderdeel a en c Successiewet 1956 bij 'nieuwe' objectieve ondernemingen en over de werking van art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Ook plaats ik enige opmerkingen over de toepassing van art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Voor mijn opmerkingen over de bezitstermijn bij uitbreiding van de bestaande objectieve onderneming verwijs ik naar mijn noot bij HR 29 mei 2020, nr. 19/01680, *BNB 2021/1* (activa-passiva-arrest).

1.

In het onderhavige geval bezit de holding waarvan de aandelen worden geschonken meerdere deelnemingen met daarin een onderneming. De holding drijft zelf geen onderneming, maar als gevolg van de toerekeningsregel van art. 35c lid 5 Successiewet 1956 worden de ondernemingen van haar werkmaatschappijen aan haar toegerekend. Bij fictie drijft de holding daardoor toch een onderneming. Gedurende de bezitsperiode van art. 35d Successiewet 1956 koopt de holding twee deelnemingen in actieve vennootschappen. De ene deelneming koopt zij van de schenker en de andere van een derde. De Rechtbank stelt feitelijk vast dat de holding – na toerekening – meerdere ondernemingen drijft.

2.

Om voor de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking te komen, moet op grond van de bezitstermijn van art. 35d lid 1 onderdeel c, jo. art. 35c lid 1 onderdeel c, jo. onderdeel a Successiewet 1956 1) de schenker ten minste vijf jaar voorafgaand aan de schenking aanmerkelijkbelanghouder zijn geweest van, in casu, de geschonken aandelen en 2) moet het lichaam gedurende diezelfde vijf jaar de onderneming hebben gedreven.

3.

Aan het eerste vereiste is in casu voldaan omdat de schenker al langer dan vijf jaar alle aandelen van de holding bezit. Aan

het tweede vereiste is echter niet voldaan, aangezien de holding twee aan haar toegerekende ondernemingen niet al minimaal vijf jaar drijft. In zoverre is het arrest niet verrassend nu feitelijk vaststond dat de holding meerdere ondernemingen dreef. Wel is verrassend dat belanghebbende sprongcassatie heeft ingesteld. Sprongcassatie is zinvol in geval van een rechtsvraag, maar niet in een geval als het onderhavige waarin belanghebbende zich, blijkens het aangedragen middel, niet kan verenigen met het feitelijke oordeel dat sprake is van meerdere objectieve ondernemingen. Indien feitelijk zou hebben vastgestaan dat sprake is van een objectieve onderneming had de beslissing van de Hoge Raad gegeven het activa-passiva-arrest van *BNB 2021/1** anders kunnen uitvallen, nu in dit laatste arrest lijkt te zijn beslist dat de bezitser niet ziet op de aanschaf van een zelfstandig deel van een onderneming, ook niet als dit deel ten tijde van de verkrijging nog als zodanig te identificeren is.

4.

Uiterst zuur voor belanghebbende is verder dat de aandelen van een werkmaatschappij zijn gekocht van de schenker en dat de schenker – deels direct en deels indirect – wel minimaal vijf jaar aanmerkelijkbelanghouder was in die werkmaatschappij. Van misbruik is hier geen sprake; nergens wordt belast vermogen omgezet in onbelast vermogen. Sterker nog, hier is sprake van een bedrijfsopvolging waarvoor de bedrijfsopvolgingsregeling is bedoeld en desondanks bestaat daar geen recht op.

5.

Hier wreekt het zich dat de schenker niet de spelregels van art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting in acht heeft genomen. Herstructurerings binnen de bezitsperiode zijn mogelijk, alleen wel op de in art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voorgeschreven wijze. Indien de schenker zijn aandelen had geruild met toepassing van art. 3.55 jo. art. 4.41 en 4.42 Wet IB 2001 was de bedrijfsopvolgingsregeling wel van toepassing geweest. Nu sprake is van een verkoop van de aandelen aan de holding echter niet. Zowel Rechtbank als Hoge Raad stelt terecht dat een verkoop tegen contanten niet op een lijn is te stellen met de gevallen als genoemd in art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Er zijn voor herstructurerings specifieke voorzieningen gegeven die allemaal een ding gemeen hebben: een overdracht tegen contanten wordt niet gefacilieerd. Blijkens de parlementaire behandeling is dit een bewuste keuze geweest.

6.

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever de bezitstermijn bij een herstructurering heeft willen laten doorlopen, mits 1) de herstructurering tegen aandelen plaatsvindt en 2) daarbij de gerechtigdheid tot de onderneming – in het lichaam – niet wijzigt. Voor de voortzettingseis geldt mutatis mutandis hetzelfde. De wetgever spreekt over 'doorschuiven naar jezelf'. In art. 9 en 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is een en ander vertaald naar regelgeving waarbij aansluiting is gezocht bij voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting bestaande herstructureringsfaciliteiten. Daardoor bestaat zekerheid dat er geen contanten vrijkomen (behoudens afrondingsbetalingen).

7.

Dat de herstructurering in de voortzettingsperiode tegen aandelen moet plaatsvinden, is juist. De bedrijfsopvolgingsregeling wordt namelijk verleend vanuit de aanname dat de voortzetter anders liquiditeiten aan de onderneming zou moeten onttrekken om de schenk- of erfbelasting te betalen. Een verkoop in de voortzettingsperiode moet daarom leiden tot het intrekken van de faciliteiten. Bij een verkoop in de bezitsperiode ligt dit anders. Dat de schenker in de onderhavige casus van zijn holding geld ontvangt voor de aandelen in de werkmaatschappij komt op geen enkele manier in strijd met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling. In zoverre is art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting te streng en zou de regeling moeten worden aangepast. Dat de gerechtigdheid tot de onderneming – in het lichaam – bij de schenker of erflater als gevolg van de herstructurering niet mag toenemen, is naar mijn mening wel een eis die in overeenstemming is met doel en strekking van de bedrijfsopvolgingsregeling (zie hierover nader mijn noot in *BNB 2021/1**).

8.

Het gegeven kader voor tegemoetkomingen in geval van herstructurerings vereist verder niet de toepassing van een gefacilieerde herstructureringsfaciliteit voor de inkomstenbelasting en/of vennootschapsbelasting. In de praktijk doen zich situaties voor die wel voldoen aan het kader van de wetgever maar niet aan art. 9 en 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een IB-ondernemer zijn onderneming tegen aandelen inbrengt in een BV en, om hem moverende redenen, kiest voor afrekening en niet voor toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001 (geruisloze omzetting). Wel of niet afrekenen is naar mijn mening een irrelevant gegeven voor de bedrijfsopvolgingsregeling. Een ander voorbeeld is dat waarin aandelen worden geruild maar art. 3.55 Wet IB 2001 niet van toepassing is, omdat geen winst wordt behaald of omdat niet wordt voldaan aan het stemrechtvereiste. Aangezien een en ander tegen aandelen plaatsvindt en de gerechtigdheid niet verandert, zouden de termijnen gewoon moeten doorlopen. Verdedigd kan worden dat de staatssecretaris met het eisen van een geruisloze-herstructureringsfaciliteit zijn delegatiebevoegdheid heeft overschreden.

De gegeven criteria van de wetgever dwingen immers niet tot het toepassen van een geruisloze-herstructureringsfaciliteit.

9.

Ten slotte nog een opmerking over art. 9 lid 2 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting waarin een voorziening is opgenomen voor een aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing. In deze bepaling is alleen iets geregeld voor de aandelen, terwijl er ook iets geregeld had moeten worden voor het doorlopen van de bezitstermijn bij het – nieuwe – lichaam. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelen in een werkmaatschappij inbrengt in een door hem opgerichte holding. Zowel de schenker als het lichaam voldoet hierdoor niet meer aan de bezitseis. Immers de schenker heeft de aandelen pas net in zijn bezit en de holding drijft ook pas net bij fictie de aan haar toegerekende onderneming. Voor de aandelen regelt art. 9 lid 2 van de uitvoeringsregeling dat de termijn van de oude aandelen doorloopt op de nieuwe aandelen. Voor het lichaam ontbreekt een soortgelijke bepaling. Uiteraard is het niet de bedoeling om in geval van een gefacilieerde fusie of splitsing de bezitstermijn op de aandelen te laten doorlopen om vervolgens ten aanzien van het lichaam te stellen dat niet wordt voldaan aan de bezitstermijn. De Belastingdienst gaat hier in de praktijk soepel mee om, zoals ook kan worden afgeleid uit het zogenoemde WOB-besluit Bedrijfsopvolgingsregeling.^[1] In het antwoord onder 'BOR, indirecte letteraandelen, voortzettings- en bezitseis' staat dat in "(...) art. 9 tweede lid (...) voor de bezitseis (...) is bepaald dat door een juridische splitsing wordt heen gekeken." Het verdient echter de voorkeur dat art. 9 lid 2 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting wordt aangepast.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 30 november 2018, nr. BRE 17/677, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631.

[2.]

Zie overweging 2.3 en 4.2 van de Rechtbank.

[3.]

Zie 2.5 Rechtbank.

[4.]

Zie 2.7 Rechtbank.

[5.]

Rechtbank Noord-Holland 19 februari 2018, nr. HAA 17/4392 en nr. HAA 17/4394.

[6.]

De in deze conclusie opgenomen citaten uit jurisprudentie en literatuur zijn meestal zonder daarin voorkomende voetnoten opgenomen. Citaten met een tekstbewerking, zoals onderstrepingen, vet- of cursiefzettingen, zijn veelal als onbewerkt weergegeven. In citaten voorkomende witregels zijn soms weggelaten.

[7.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 2, p. 8-9.

[8.]

Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, p. 8.

[9.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 42-45.

[10.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45-46.

[11.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 19.

[12.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103.

[13.]

Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting van 17 december 2009, nr. DB 2009-175, *Stcrt.* 2009, 20619.

[14.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 3, p. 10-11.

[15.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 553, nr. 7, p. 18-19.

[16.]

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 19, p. 15.

[17.]

Kamerstukken I 2016/17, 34 552, E, p. 61.

[18.]

HR 22 april 2016, nr. 15/02845, ECLI:NL:HR:2016:705.

[19.]

Hof Den Haag 19 juli 2017, nr. BK-16/00373, ECLI:NL:GHDHA:2017:2429.

[20.]

Hof Den Haag 3 april 2018, nr. BK-17/00030, ECLI:NL:GHDHA:2018:794.

[21.]

Redactie Vakstudie Nieuws, noot in V-N 2016-58.5.

[22.]

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, *Stcrt.* 2013, 2175.

[23.]

Zie 4.11.

[24.]

Vgl. art. 35b van de SW, zoals opgenomen in onderdeel 4.1 van deze conclusie.

[25.]

Zie 3.2.

[26.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, r.o. 5.5, als opgenomen in onderdeel 4.21 van deze conclusie.

[27.]

Zie artikel 4.6 onderdeel a Wet IB 2001. Vgl. Rechtbank, r.o. 2.2.

[28.]

In de oude bedrijfsopvolgingsregeling werd voor aandelen in een vennootschap aangesloten bij het ondernemingsbegrip in artikel 2, lid 1 sub e van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Daarvan heeft de wetgever blijkens de memorie van toelichting bij de invoering van de huidige BOR expliciet afstand gedaan door ook bij een vennootschap uit te gaan van het ondernemingsbegrip uit de Wet IB 2001, teneinde rechtsvormneutraliteit te bereiken. Zie onderdeel 4.10 van deze conclusie.

[29.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43, als opgenomen in onderdeel 4.10 van deze conclusie.

[30.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45; zie 4.11.

[31.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 45: zoals opgenomen in onderdeel 4.11 van deze conclusie.

[32.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, r.o. 5.5, als opgenomen in onderdeel 4.21 van deze conclusie.

[33.]

Zie 4.20.

[34.]

Vgl. Hof Den Haag 19 juli 2017, r.o. 5.5 en Hof Den Haag 3 april 2018, r.o. 7.5, als opgenomen in de onderdelen 4.21 en 4.22 van deze conclusie.

[35.]

Zie 3.2.

[36.]

Zie overweging 2.1, 2.2 en 2.5 van de Rechtbank.

[37.]

Zie 4.14.

[38.]

Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102-103, zie ook onderdeel 4.13 van deze conclusie.

[39.]

Zie 4.14.

Voetnoten "Noot"

[1.]

Brief Staatssecretaris van Financiën van 23 juli 2018, nr. 2018-0000119906, V-N 2018/59.11.

Besparing IB doorslaggevend bij voorgenomen aandelenfusie. Lopende procedure HR

Hof Arnhem-Leeuwarden 26-01-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:763

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

26 januari 2021

Zaaknummer

20/00557

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS263635:1

Vakgebied(en)

Fiscaal bestuursrecht / Algemeen

Belastingrecht algemeen / Algemeen

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2021:763, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 26-01-2021

Wetgeving

art. 3.55 Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X niet aannemelijk maakt dat de voorgenomen aandelenfusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Er zijn geen andere motieven dan het voorkomen van IB-heffing.

Samenvatting

X houdt de aandelen in A bv die de aandelen houdt in drie vennootschappen, waaronder twee onroerendezaaklichamen in de zin van art. 4 Wet BRv 1970. In verband met de verkoop van het concern is X van plan om een aandelenfusie door te voeren, waarbij een nieuwe holding wordt opgericht, waarin de aandelen A bv worden ingebracht tegen uitreiking van aandelen. X verzoekt de inspecteur om te verklaren dat de voorgenomen aandelenfusie kwalificeert voor de aandelenfusiefaciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001. De inspecteur wijst het verzoek af. X verkoopt vervolgens de aandelen in de drie dochtermaatschappijen en gaat in beroep tegen de afwijzing.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X niet aannemelijk maakt dat de voorgenomen aandelenfusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hij maakt niet aannemelijk dat er andere motieven waren voor de voorgenomen aandelenfusie dan het voorkomen van de IB-heffing, van circa € 9,2 mln., ter zake van de verkoop van de aandelen in A bv. Ook had X ten tijde van het verzoek het voornemen om de aandelen in de dochters te verkopen. Om heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen, wilde X de aandelen op het niveau van A bv verkopen. Daarbij zou dan wel IB zijn verschuldigd. Om deze IB-heffing te voorkomen, was een aandelenfusie noodzakelijk. De aandelenfusie is dan enkel gericht op het uitstellen van een acute IB-heffing en heeft dan een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief. Toepassing van de faciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001 zou leiden tot een zodanig uitstellen van belastingheffing dat strijd ontstaat met doel en strekking van de EU-fusierichtlijn. Het gelijk is aan de inspecteur.

Bedrijfsopvolgingsregeling ook van toepassing bij belang van 1% in maatschap

Hof Arnhem-Leeuwarden 03-03-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1833, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

3 maart 2020

Magistraten

Van der Wal, Van Knobelsdorff, Brummer

Zaaknummer

19/00414

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS200421:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Aanmerkelijk belang (box 2)

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2020:1833, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 03-03-2020

Wetgeving

art. 3.2, 4.17c en 4.22 Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat recht bestaat op toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001 in verband met de schenking van de aandelen E bv door X aan zijn zoon. Het hof overweegt daarbij dat een maatschap voor de IB- en VPB-heffing transparant is en dat de mate van gerechtigheid niet van belang is.

Samenvatting

Vader houdt via E bv de aandelen in F bv. Sinds 2003 exploiteren vader, zijn zoon en werkmaatschappij F bv in maatschapsverband een landbouwbedrijf. Vader treedt in 2012 uit de maatschap die wordt voortgezet door zijn zoon en werkmaatschappij F bv. In 2014 verkoopt vader de aandelen holding E bv aan zijn zoon. De zoon blijft de koopsom schuldig die vervolgens wordt kwijtgescholden. In verband met de schenking verzoekt vader om toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling van art. 4.17c Wet IB 2001. De inspecteur wijst dit verzoek af. Ter zitting bevestigt de inspecteur dat de maatschap een materiële onderneming drijft, maar geeft hij aan dat hij een meer economische benadering voorstaat. Hij acht daarbij van belang dat werkmaatschappij F bv slechts een belang van 1% houdt in de maatschap.

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat recht bestaat op toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling van art. 4.17c Wet IB 2001 in verband met de schenking van de aandelen in holding E bv door vader aan zijn zoon. Een maatschap is voor de IB- en VPB-heffing transparant. Dit houdt in dat de winst van de maatschap voor de VPB-heffing voor een evenredig deel aan holding F bv moet worden toegerekend. De mate van gerechtigdheid, hoe gering ook, is daarbij niet van belang. Het gelijk is aan X.

Uitspraak

Het geschil betreft de navorderingsaanslag IB/PVV 2014 alsmede de beschikking belastingrente.

De uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld, is van Rechtbank Noord-Nederland 21 februari 2019, LEE 18/1476.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1

Belanghebbende is geboren [in] 1944 en gehuwd met mevrouw [D], die is geboren [in] 1947.

2.2

Belanghebbende is sinds (de oprichting op) 27 februari 2009 enig aandeelhouder en bestuurder van [E] B.V.. Deze B.V. houdt alle aandelen in [F] B.V.. [F] B.V. vormde samen met [G], de zoon van belanghebbende, en belanghebbende zelf sinds 1 januari 2003 een maatschap, waarin voor gezamenlijke rekening een landbouwbedrijf werd geëxploiteerd. Sedert 1 januari 2012 is belanghebbende uit de maatschap getreden en is deze voortgezet tussen [F] B.V. en [G].

2.3

De aandelen [E] B.V. zijn in november 2014 verkocht en op 29 december 2014, bij notariële akte, verleden ten overstaan van mr. [H], notaris, geleverd aan [G]. De koopsom bedroeg € 433.724. Deze is schuldig gebleven.

2.4

In de ter zake daarvan gedane aangifte in de schenkbelasting heeft voormelde notaris een schenking van aandelen van € 433.724 op 29 december 2014 van belanghebbende aan zijn zoon [G] aangegeven.

2.5

Op 13 september 2016 is aan [G] een navorderingsaanslag in de schenkbelasting opgelegd inzake een verkrijging van € 533.724 van belanghebbende op 8 december 2014, waarvan € 100.000 is vrijgesteld en € 433.724 voorwaardelijk is vrijgesteld vanwege de toegepaste bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

2.6

Bij brief van 28 januari 2016 heeft belanghebbendes gemachtigde de Inspecteur verzocht om toepassing van artikel 4.17c van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: de Wet) in verband met de schenking van de aandelen [E] B.V. van belanghebbende aan zijn zoon [G].

2.7

Op 18 februari 2016 heeft belanghebbendes gemachtigde de aangifte in de IB/PVV voor het jaar 2014 ingediend. In deze aangifte zijn wat betreft de inkomsten uit aanmerkelijk belang uitsluitend reguliere voordelen aangegeven ten bedrage van € 155.059. Er zijn geen vervreemdingsvoordelen aangegeven.

(...)

2.11

Bij brief van 2 december 2016 aan belanghebbende heeft de Inspecteur vervolgens aangekondigd een navorderingsaanslag op te leggen, waarbij rekening zal worden gehouden met een vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang van € 396.530.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

3.1

In geschil is of aan belanghebbende terecht een navorderingsaanslag in de IB/PVV over het jaar 2014 is opgelegd. Het geschil spitst zich toe op de volgende vragen:

- of de Inspecteur onbevoegd is ingevolge artikel 16 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) na te vorderen bij belanghebbende;
- of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex artikel 4.17c van de Wet kan worden toegepast, en
- of belanghebbende aan de hiervoor – onder 2.5 – vermelde aanslag schenkbelasting het vertrouwen kan ontlenen dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex artikel 4.17c van de Wet van toepassing is.

(...)

Overwegingen van de rechtbank

(Niet gepubliceerd, *red.*)

Overwegingen van het hof

4.1

Om redenen van proceseconomie behandelt het Hof eerst het subsidiaire standpunt van belanghebbende. Belanghebbende stelt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit als bedoeld in artikel 4.17c van de Wet in het onderhavige geval kan worden toegepast.

(...)

4.3

Ingevolge artikel 4.17c van de Wet zal de overdracht van aandelen bij leven, waarbij artikel 4.22 van de Wet toepassing vindt, aldus, op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden onder voorwaarden niet als vervreemding in aanmerking worden genomen. Artikel 4.22 van de Wet betreft onder meer de situatie van een vervreemding of verkrijging waarbij de tegenprestatie ontbreekt. Die situatie is in het onderhavige geval in formele zin niet aan de orde. In het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M heeft de Staatssecretaris van Financiën evenwel goedgekeurd dat artikel 4.17c van de Wet eveneens toepassing vindt in de situatie waarin aanmerkelijkbelangaandelen worden overgedragen tegen schuldigerkenning van de koopschuld waarna onmiddellijk kwijtschelding plaatsvindt van die koopschuld. Naar partijen ter zitting van het Hof desgevraagd eenparig hebben verklaard, houdt – wat betreft de toepasselijkheid van artikel 4.17c van de Wet hen slechts verdeeld of de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben, een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 drijft, of een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, houdt (dat wil zeggen: de aanwezigheid van een materiële onderneming). In het bijzonder is tussen hen niet meer in geschil dat de aandelen zijn overgedragen tegen de koopschuld, welke onmiddellijk daarna is kwijtgescholden.

4.4

(...)

4.5

De Inspecteur heeft ter zitting van het Hof desgevraagd verklaard dat hij, evenals belanghebbende, van mening is dat voor de beoordeling van de aanwezigheid van een materiële onderneming, in dit geval moet worden gekeken op het niveau van [F] B.V.. Nu dit gelet op de van toepassing zijnde toerekening, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, zal het Hof partijen daarin volgen.

4.6

Vaststaat dat [F] B.V. samen met [G] en belanghebbende sinds 1 januari 2003 een maatschap vormde, waarin voor gezamenlijke rekening een landbouwbedrijf werd geëxploiteerd. Sedert 1 januari 2012 is belanghebbende uit de maatschap getreden en is deze voortgezet tussen [F] B.V. en [G]. De Inspecteur heeft ter zitting van het Hof desgevraagd bevestigd dat hij niet betwist dat de maatschap een materiële onderneming drijft. Hij staat evenwel een meer economische benadering voor, waarbij wordt gekeken naar de jaarstukken van de [F] B.V., waaruit blijkt dat die vennootschap slechts een gerechtigdheid in de maatschap heeft van 1 %.

4.7

Het Hof stelt bij de beoordeling van het voorliggende geschil voorop dat een maatschap voor de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting transparant is. De winst uit de door de maatschap gedreven (materiële) onderneming, dan wel de winst die de belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet uit een of meer (materiële) ondernemingen, moet voor de heffing van vennootschapsbelasting derhalve voor een evenredig deel aan [F] B.V. worden toegerekend. Anders dan de Inspecteur meent, maakt de mate van gerechtigdheid, hoe gering ook, dat niet anders. [F] B.V. drijft door haar gerechtigdheid in de maatschap een materiële onderneming.

4.8

Het hoger beroep van belanghebbende slaagt reeds op de grond dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex artikel 4.17c van de Wet kan worden toegepast. De overige beroepsgronden behoeven geen behandeling.
(Volgt gegrondverklaring, vernietiging en vermindering.)

Noot



Dit is typisch zo'n casus, waarbij onze eerste gedachte was waarom dit überhaupt voor de rechter moest worden gebracht. Het betreft de toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in een situatie dat aandelen in een vennootschap worden geschonken die alle aandelen in een werkmaatschappij houdt die op haar beurt maat is in een maatschap. De maatschap drijft een landbouwonderneming. De vraag is of de holding een (toegerekende) onderneming drijft. Dat staat wat ons betreft buiten kijf. Wij kunnen ons derhalve vinden in het oordeel van het hof. Het is verrassend dat de rechtbank in eerste aanleg besliste dat geen sprake was van ondernemingsvermogen. Op welke gronden is ons niet bekend, omdat de rechtbankuitspraak niet is gepubliceerd.

Kwijtschelden koopsom

Vader verkoopt aandelen in zijn holding aan zijn zoon. De holding houdt alle aandelen in een werkmaatschappij. De werkmaatschappij en de zoon drijven samen in maatschapsverband een landbouwbedrijf. De koopsom wordt vervolgens kwijtschelden. Vader doet een beroep op de doorschuifregeling van art. 4.17c Wet IB 2001, voor zover de aandelen zien op het ondernemingsvermogen, in casu de waarde van het maatschapsaandeel.

De kwijtschelding van een koopsom is niet hetzelfde als schenking van ondernemingsvermogen. In het besluit van 4 september 2012, BLKB2012/101M, V-N 2012/47.10, onderdeel 5.4.6 heeft de Staatssecretaris van Financiën echter onder voorwaarden goedgekeurd dat bij kwijtschelding van een koopsom de doorschuifregeling van art. 4.17c Wet IB 2001 kan worden toegepast. Het besluit is inmiddels vervangen door het besluit van 9 maart 2018, 2018-27139, V-N 2018/22.2 met dezelfde goedkeuring. Overigens komt de kwijtschelding van een koopsom ook onder voorwaarden in aanmerking voor de BOR in de Successiewet op grond van onderdeel 3.4 van het besluit van 17 januari 2013, BLKB2012/1221M, V-N 2013/8.17.

Indirecte belangen in ander lichaam

De holding zelf drijft geen (materiële) onderneming maar houdt via de werkmaatschappij een aandeel in een maatschap. Op grond van de toerekeningsregeling mogen de bezittingen en schulden van de werkmaatschappij aan de holding worden toegerekend, nu de schenker een indirect aanmerkelijk belang houdt in de werkmaatschappij (zie art. 4.17c lid 3 jo 4.17a lid 5 Wet IB 2001). Een vergelijkbare regeling is in art. 35c lid 5 SW 1956 opgenomen voor de BOR in de Successiewet. Na de toerekening wordt bepaald of, en zo ja, in hoeverre de holding een onderneming drijft.

De maatschap is fiscaal transparant. De bezittingen en schulden van de werkmaatschappij bestaan uit de evenredige gerechtigheid in de bezittingen en schulden van de maatschap. Daardoor drijft de werkmaatschappij mede de landbouwonderneming. Voor zover de waarde van de aandelen in de holding zien op de door de werkmaatschappij gedreven landbouwonderneming, is de bedrijfsopvolgingsregeling van toepassing. Daar is wat ons betreft geen discussie over mogelijk. De inspecteur meent echter anders. Op het totale maatschapsvermogen, heeft de werkmaatschappij een gerechtigdheid van 1%. De inspecteur neemt het standpunt in dat deze geringe gerechtigdheid niet in aanmerking komt voor de BOR. In de uitspraak is geen onderbouwing van dit standpunt opgenomen, althans geen andere dan dat de inspecteur een meer economische benadering voorstaat. Duidelijk is wel dat de inspecteur de plank mislaat. De werkmaatschappij drijft een onderneming en dat ondernemingsvermogen wordt toegerekend aan de holding. Voor zover de waarde van de aandelen in de holding zien op ondernemingsvermogen, is de doorschuifregeling van toepassing. Dat de omvang van de ondernemingsactiviteit en/of ondernemingsvermogen zeer gering is, is niet relevant. Het hof oordeelt dan ook terecht dat de doorschuifregeling van toepassing is.

Mogelijk had de inspecteur de regeling voor indirecte kleine (aandelen)belangen in gedachten bij het innemen van zijn standpunt. Deze regeling is naar aanleiding van het arrest HR 22 april 2016, 15/02845, BNB 2016/167, V-N 2016/24.13 met ingang van 1 juni 2016 opgenomen in art. 4.17a lid 7 Wet IB 2001 (en in art. 35c lid 6 SW 1956) en ziet op belangen van een holding in een ander lichaam die niet voldoen aan de toerekeningsregeling. Deze belangen kwalificeren per definitie niet als ondernemingsvermogen. Dit arrest en de wetwijziging hebben plaatsgevonden in de periode dat de inspecteur het verzoek om toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 aan het beoordelen was. Deze regeling is echter niet van toepassing op een (beperkt) aandeel in een personenvennootschap, zoals een maatschap, vennootschap onder firma of besloten cv. Of geringe belangen in personenvennootschappen in aanmerking komen voor de BOR, is een zaak van de wetgever. Wij wijzen volledigheidshalve op een klein schoonheidsfoutje in de uitspraak. Het hof overweegt dat de beoordeling of sprake is van een materiële onderneming op het niveau van de werkmaatschappij moet plaatsvinden, niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting (zie r.o. 4.5). Dat is niet correct. De beoordeling of sprake is van een materiële onderneming vindt

(na toepassing van de toerekeningregeling) plaats op het niveau van de holding.
Kijk tot slot ook op [TaxVisions.nl](https://www.taxvisions.nl) voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Regels vermogensetikettering gelden volgens A-G ook bij aanmerkelijk belang in vastgoed-bv's

HR (A-G) 23-12-2020, ECLI:NL:PHR:2020:1205, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hoge Raad (Advocaat-Generaal)

Datum

23 december 2020

Zaaknummer

20/01485

20/01486

20/01487

20/01488

20/01489

Conclusie

A-G IJzerman

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS252101:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:PHR:2020:1205, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 23-12-2020

Wetgeving

art. 35c SW 1956; art. 3.2 Wet IB 2001

Essentie

A-G IJzerman is van mening dat bepaalde verhuurde panden als zogenaamd keuzevermogen een voldoende band met de projectontwikkelingstak kunnen hebben om voor die panden een (hypothetische) keuze voor ondernemingsvermogen te rechtvaardigen.

Samenvatting

X1 erft (certificaten van) aandelen in drie bv's die zich bezighouden met de ontwikkeling en verhuur van vastgoed. De totale portefeuille bestaat uit ongeveer 300 objecten met 2800 verhuurbare eenheden. In geschil is of X1 terecht toepassing van de SW-bedrijfsopvolgingsregeling claimt. De inspecteur wil deze enkel toepassen voor de projectontwikkelingstak, zijnde dertien projecten. Volgens Hof Amsterdam zijn de projectontwikkeling en de verhuur niet zo nauw met elkaar verweven dat het gehele vermogen kwalificeert als één onderneming. Het beroep van X1 is alleen gegrond, omdat drie extra panden tot de projectontwikkelingstak worden gerekend.

Advocaat-generaal IJzerman is van mening dat bepaalde verhuurde panden als zogenoemd keuzevermogen een voldoende band met de projectontwikkelingstak kunnen hebben om voor die panden een (hypothetische) keuze voor ondernemingsvermogen te rechtvaardigen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat de wetgever de vermogensetiketteringsregels ook van toepassing acht op de onderhavige SW-bedrijfsopvolgingsregeling (art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956). Het hof is daaraan volgens de A-G ten onrechte voorbijgegaan. De conclusie strekt tot gegrondverklaring van het beroep en tot verwijzing.

Conclusie

Het geschil betreft de aanslag erfbelasting over het jaar 2012.

De uitspraak waartegen beroep in cassatie is ingesteld, is van Hof Amsterdam, MK I, 12 maart 2020, 18/00446, V-N 2020/26.1.3.

De uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld, is van Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2018, 16/3544, V-N 2018/49.2.3.

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



A-G IJzerman heeft conclusie genomen over de vraag in hoeverre de waarde van krachtens erfrecht verkregen aandelen voor toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling (BOR) in de Successiewet 1956 toerekenbaar is aan een vastgoedonderneming. De erfgenamen hadden de BOR geclaimd voor de volledige waarde van de aandelen. De inspecteur heeft een splitsing aangebracht in de activiteiten, te weten projectontwikkeling en vastgoedexploitatie. Voor deze afzonderlijke activiteiten heeft de inspecteur beoordeeld of sprake is van een objectieve onderneming. In navolging van de inspecteur concludeert Hof Amsterdam dat de werkzaamheden die worden verricht ten behoeve van de vastgoedexploitatie, niet het normaal vermogensbeheer te boven gaan. Aan de eisen van 'arbeid+' en 'rendement+' is niet voldaan. De projectontwikkeling vormt wel een ondernemingsactiviteit. Voor zover de waarde van de aandelen ziet op bezittingen en schulden die zijn toe te rekenen aan de projectontwikkeling, kan de BOR worden toegepast. De belanghebbenden gaan in cassatie en hebben vijf klachten aangevoerd die wij hierna afzonderlijk toelichten, omdat deze in wezen ingaan op de relevante aspecten van de BOR-problematiek.

Trekken ontwikkelingsactiviteiten verhuuractiviteiten mee in ondernemings sfeer?

De vennootschap waarvan de aandelen worden geschonken, kan meerdere (op grond van art. 35c lid 5 SW 1956 toegerekende) activiteiten verrichten en dus meerdere objectieve ondernemingen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 drijven. Zie bijvoorbeeld HR 29 mei 2020, 19/00189, *BNB* 2021/2, *V-N* 2019/26.13, waarin de bezitser per gedreven objectieve onderneming werd getoetst. Afhankelijk van de samenhang tussen de activiteiten zal per activiteit afzonderlijk of voor een aantal activiteiten tezamen moeten worden getoetst of sprake is van een objectieve onderneming.

De A-G kan het hof volgen in zijn oordeel dat de verbanden tussen de ontwikkelings- en verhuuractiviteiten niet zo nauw met elkaar zijn verweven dat beide als één activiteit moeten worden beschouwd. Mede van belang daarbij is dat de activiteiten naar buiten toe als afzonderlijke activiteiten zijn gepresenteerd. In dit kader is het niet gek dat de eerste klacht faalt volgens de A-G.

Toepassing toetsingskader: beoordeling verhuuractiviteiten afzonderlijk van ontwikkelingsactiviteiten?

De A-G meent dat het afzonderlijk beoordelen van de verhuuractiviteiten en ontwikkelingsactiviteiten voldoende steun vindt in het arrest HR 10 maart 2017, 16/04190, *BNB* 2017/114, *V-N* 2017/14.21. In zoverre faalt de tweede klacht. De belanghebbenden stellen echter terecht dat het hof, ondanks belanghebbenden standpunt in hoger beroep, niet is nagegaan of voor bepaalde verhuurde panden geldt dat die wel voldoende band hebben met de overige aanwezig geachte bedrijfsuitoefening om voor die verhuurde panden een (hypothetische) keuze voor ondernemingsvermogen te kunnen rechtvaardigen (keuzevermogen). Volgens de wetsgeschiedenis wordt keuzevermogen in de vennootschap voor de toepassing van de BOR aangemerkt als ondernemingsvermogen (*Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 9, p. 96); zie ook HR 22 april 2016, 15/02845, *BNB* 2016/167, *V-N* 2016/24.13. De A-G adviseert de Hoge Raad het geding op dit onderdeel te verwijzen.

Feiten en omstandigheden van na overlijdenstijdstip meenemen?

Het hof heeft overwogen dat het overlijdenstijdstip beslissend is bij de beoordeling van het ondernemingsvraagstuk. Daarbij heeft zowel de inspecteur als het hof wel kennisgenomen van feiten en omstandigheden die zich vóór en na het overlijden hebben voorgedaan. Wij menen dat dergelijke omstandigheden inderdaad een licht kunnen werpen op de toestand op de overlijdensdatum. De belanghebbenden maken echter niet concreet duidelijk welke feiten en omstandigheden door het hof buiten beschouwing zijn gelaten. Ook de derde klacht faalt daarom volgens de A-G.

Aan arbeid-plus- en rendement-plustoets voldaan?

Met deze klacht pogen de belanghebbenden gaten te schieten in het oordeel van het hof. De A-G concludeert dat het hof de juiste rechtsregel heeft getoetst en hierbij geen relevante feiten heeft uitgesloten. Na uitvoerige behandeling ervan concludeert de A-G dat de vierde klacht faalt. Hierbij speelt uiteraard een belangrijke rol dat in cassatie geen rol is voor een feitelijke beoordeling. Heeft het hof de juiste maatstaf aangelegd, dan is cassatieberoep in zoverre zinloos.

Twee specifieke (groepen) vastgoedobjecten terecht niet aangemerkt als ondernemingsvermogen?

Mede in samenhang met de verwijzing die volgt uit de tweede klacht meent de A-G dat zonder nadere motivering het oordeel van het hof onbegrijpelijk is dat twee specifieke groepen vastgoedobjecten niet tot het ondernemingsvermogen (keuzevermogen) zijn gerekend. De vijfde klacht slaagt derhalve volgens de A-G. De A-G adviseert daarom tot verwijzing. Als de Hoge Raad het advies van zijn A-G volgt, mag de lagere rechter oordelen of, en zo ja onder welke voorwaarden, beleggingsvastgoed als keuzevermogen kwalificeert en tot het ondernemingsvermogen kan worden gerekend. Een *cliffhanger* voor de vastgoedpraktijk dus.

Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze conclusie.

Analoge toepassing paraplukredietarrest in IB-winst en onzakelijke lening voor deel rekeningcourantopnamen

Hof Arnhem-Leeuwarden 13-10-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8237, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

13 oktober 2020

Magistraten

Gladpootjes, Kromhout, Klein Tank

Zaaknummer

19/00906 t/m 19/00911

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS251409:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2020:8237, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 13-10-2020

Wetgeving

art. 3.25 Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X een deel van zijn vordering in rekening courant op G bv ten laste van zijn winst mag afwaarderen. Tot 1 januari 2009 was de rc-vordering namelijk nog zakelijk.

Samenvatting

X exploiteert in vof-verband een kapperszaak met zijn vrouw Y. Het aandeel van X in het resultaat van de vof is 60%. In 2003 laten X en Y een marktonderzoek verrichten naar de levensvatbaarheid van een winkelformule, gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten. Naar aanleiding van het onderzoek richt alleen X F bv op. De nieuwe winkelformule wordt gedreven via G bv, een dochtermaatschappij van F bv. In 2004 verstrekt de SNS Bank een lening van € 575.000 aan X in privé, de vof, F bv en G bv, aan ieder voor een gedeelte van het totale bedrag. De leningovereenkomst bevat een hoofdelijke aansprakelijkheid van de gezamenlijke schuldenaren. Daarnaast heeft de vof vanaf 2004 in rekening courant bedragen geleend aan G bv. In de rekeningcourantovereenkomst is bepaald dat de overeenkomst door ieder van partijen met in achtneming van een termijn van drie maanden kan worden opgezegd en G bv gedurende de opzegtermijn geen bedragen meer in rekening courant kan opnemen. Door de snel opkomende internethandel en de start van de economische crisis blijkt de winkelformule van G bv niet voldoende levensvatbaar. G bv verkoopt daarom in 2008 haar activa en goodwill aan een derde. In 2009 heeft de SNS Bank de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vof voor de schulden van G bv ingeroepen voor een bedrag van € 103.000. De regresvordering voor dit bedrag is in de rekeningcourantverhouding verwerkt. De rekeningcourantvordering van de vof op G bv bedraagt uiteindelijk afgerond € 158.000, waarvan € 118.000 fiscaal wordt afgewaardeerd. De inspecteur is van mening dat sprake is van een onzakelijke lening en accepteert de afwaardering niet. Rechtbank Gelderland oordeelt dat X zijn 60%-aandeel in de vordering op G bv ten laste van zijn winst mag afwaarderen, omdat de inspecteur er niet in slaagt te bewijzen dat sprake is van een onzakelijke lening. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt onder verwijzing naar HR 1 maart 2013, 11/01985, BNB 2013/109, V-N 2013/12.17 dat X het deel van zijn vordering dat samenhangt met de regresvordering ad € 103.000 op G bv, niet ten laste van zijn winst kan afwaarderen. Het resterende bedrag van de rekeningcourantvordering kwalificeert het hof als een onzakelijke lening, voor zover de rekeningcourant is ontstaan, nadat G bv haar activiteiten aan een derde heeft verkocht. Op dat moment is de

potentiële winstgevende activiteit namelijk verdwenen en was er ook geen zicht op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. Het hof stelt uiteindelijk vast dat X € 18.515 (60% x € 30.858) ten laste van zijn winst mag afwaarderen.

Uitspraak

Het geschil betreft de navorderingsaanslagen IB/PVV 2011-2013, alsmede een beschikking heffingsrente en een beschikking belastingrente.

De uitspraken waartegen hoger beroep is ingesteld, zijn van Rechtbank Gelderland, MK, 29 mei 2019, 17/4242-4247, V-N 2019/43.2.1.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

Belanghebbende is sinds 29 april 1997 gehuwd met [D] (hierna: de echtgenote). Bij het aangaan van dit huwelijk zijn huwelijkse voorwaarden opgemaakt waarbij iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten.

2.2.

Sinds 1 mei 1997 is in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel ingeschreven de vennootschap onder firma [E] (hierna: de vof). Belanghebbende en zijn echtgenote zijn de (enige) vennoten van de vof.

2.3.

De vof heeft tot doel de exploitatie van een kapperszaak. Volgens de statuten wordt de winst voor 60% aan belanghebbende en 40% aan de echtgenote toebedeeld.

2.4.

In 2003 hebben belanghebbende en zijn echtgenote een marktonderzoek laten doen naar de levensvatbaarheid van een winkelformule gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten. De uitkomsten van het onderzoek en de geprognosticeerde resultaten waren positief. Gelet op de omstandigheid dat een belangrijke categorie afnemers van de producten concurrenten waren van de vof, is besloten om deze winkelformule door middel van een besloten vennootschap te gaan exploiteren.

2.5.

Belanghebbende is sinds 2004 enig aandeelhouder van [F] BV. Deze BV is sinds de oprichting in 2004 enig aandeelhouder van [G] B.V. (hierna: [G]). De nieuwe winkelformule gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten is vanaf 2004 vanuit [G] geëxploiteerd.

2.6.

Op 2 maart 2004 doet de SNS Bank een financieringsvoorstel. Hierin staat, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

“Totale kredietfaciliteit van € 575.000,- bedoeld ter (her)financiering van de V.o.f., [G] BV i.o. en privé naar de onderstaande verdeling:

Privé	
Vaste lening:	€ 200.000,-
Looptijd:	20 jaar
Aflossing:	lineair, € 833.33 per maand voor het eerst op 01-01-2005 (voorlopig uitgangspunt)
V.O.F.	
Vaste lening:	€ 250.000,-
Looptijd:	20 jaar
Aflossing:	lineair, € 1041.67 per maand voor het eerst op 01-07-2004
Rentepercenta ge leningen:	10 jaar vast thans uitkomend op 5.2% 5 jaar vast thans uitkomend op 4.4% 3 jaar vast thans uitkomend op 3.9% 1 jaar vast thans uitkomend op 3.4% variabele rente thans uitkomend op 4.2%
[F] BV, en [G] BV i.o	
Rekening Courant:	Limiet € 125.000,-
Looptijd:	6 jaar
Aflossing:	Inperking met € 1750,- per maand, voor het eerst per 01-01-2005
Rentepercenta ge:	SNS Basisrente, momenteel 2,75% met een opslag van 3% en met een minimum van 5% per jaar
Kredietprovisie:	0,25% per kwartaal

Zekerheden:

- nieuwe hypothecaire inschrijving ad € 600.000,- op resp. [a-straat] 8 te [Z] alsmede [b-straat] 6 te [Z]
- continuatie bestaande zekerheden d.d. 20-6-2001
- te verpanden activa [F] BV / [G] BV i.o.
- hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle financieringen"

2.7.

De vof en [G] hebben op 4 november 2005 een onderhandse overeenkomst tot kredietverstrekking in rekening-courant getekend. Daarin staat, voor zover van belang, het volgende vermeld.

"OVEREENKOMST TOT KREDIETVERSTREKKING IN REKENING-COURANT

De ondergetekenden:

1. de vennootschap onder firma Haarmode Rinie V.O.F. vertegenwoordigd door haar vennoot de heer [X], hierna te noemen: geldgever;

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [G] B.V., (...), hierna te noemen: geldnemer;

Overwegende:

–

dat geldnemer aan geldgever een kredietfaciliteit in rekening-courant heeft verstrekt tot een bedrag van maximaal € 150.000; (...)

verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

Artikel 1

De geldnemer verklaart aan de geldgever – die dit aanneemt – een krediet in rekening-courant te hebben verstrekt tot een bedrag van € 150.000 (zegge: honderdvijftig duizend euro).

Artikel 2

Deze overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd en kan door ieder der partijen worden opgezegd met inachtneming van een termijn van ten minste drie maanden. Gedurende de opzegtermijn zal de geldgever van het krediet geen gebruik meer kunnen maken en terstond na afloop van die termijn moet de geldgever een eventueel debetsaldo voldoen. Overigens kan de geldnemer de kredietlimiet te allen tijde geheel naar eigen inzicht wijzigen.

Artikel 3

Zowel de creditrente (...) alsmede de debetrente (...) bedraagt een percentage gelijk aan het per 1 januari van enig jaar geldende percentage van het 1 maands euribor vermeerderd met 1,5 punten.

De rente wordt jaarlijks door de geldnemer berekend en geadministreerd op de door geldnemer ter zake van deze overeenkomst aan te houden rekening, hierna te noemen: de rekening.

Artikel 4

De geldnemer is bevoegd alle bedragen die door of ten gunste van de geldgever worden gestort, alsmede de ten laste van geldgever komende betalingen op de rekening te boeken.

Artikel 5

De geldgever is gehouden op eerste aanvraag van de geldnemer in de door de geldnemer gewenste vorm en omvang zekerheid te stellen of gestelde zekerheid aan te vullen.

Artikel 6

Deze overeenkomst kan door geldnemer met onmiddellijke ingang worden beëindigd en het door de geldgever verschuldigde is terstond en zonder opzegging, ingebrekestelling of andere formaliteit opeisbaar in de volgende gevallen:

a.

wanneer de geldgever nalatig is in de nakoming van, of in strijd handelt met een bepaling van deze akte;

b.

wanneer de geldgever overlijdt, failliet wordt verklaard of surséance van betaling aanvraagt, in geval van boedelafstand door de geldgever, wanneer het vermogen van de geldgever geheel of gedeeltelijk onder bewind of onder beheer wordt gesteld, wanneer een andere geldnemer beslag legt ten laste van de geldgever of anderszins verhaal wordt gezocht op het vermogen van de geldgever;

c.

wanneer ten behoeve van de geldnemer gestelde zekerheden in waarde zijn verminderd of zijn tenietgegaan.

(...)"

2.8.

De resultaten van [G] over de jaren 2004 tot en met 2008 waren als volgt:

2004	€ 54.789	verlies
2005	€ 13.742	verlies
2006	€ 32.686	verlies
2007	€ 30.181	verlies
2008	€ 3.792	verlies

2.9.

Het verloop van de rekening-courant van de vof op [G] kan als volgt worden weergegeven:

(...)

2.11.

Door de snel opkomende internethandel en de start van de economische crisis bleek de winkelformule geëxploiteerd in [G] niet voldoende levensvatbaar. [G] heeft daarom op 1 oktober 2008 haar activa (€ 30.000) en goodwill (30.000) voor € 60.000 aan een derde verkocht.

2.12.

Op 10 februari 2009 heeft de SNS Bank ter amortisering van haar vordering op [G] een bedrag van € 103.000 ten laste van de vof geboekt. De vordering voor dit bedrag van de vof op [G] die hierdoor ontstond, is verwerkt in rekening-courant.

2.13.

De vennoten van de vof hebben van hun totale vordering in rekening-courant op [G] van € 158.394 in de jaren 2011 tot en met 2013 een bedrag van in totaal € 118.796 wegens oninbaarheid afgeboekt.

2.14.

Op 18 november 2015 is door verweerder een boekenonderzoek bij de vof ingesteld. Het doel van het onderzoek was de aanvaardbaarheid van de aangiften IB/PVV 2013 en omzetbelasting over de periode 1 januari 2013 tot en met 31 december 2013 te controleren. Naderhand is het onderzoek uitgebreid naar de jaren 2011 en 2012.

2.15.

Met dagtekening 15 januari 2016 is een concept controlerapport uitgebracht. Hierin is aangekondigd dat de in de jaren 2011, 2012 en 2013 door de vof getroffen voorziening oninbare rekening-courant van € 118.796 zou worden gecorrigeerd.

2.16.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2011 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt:

(...)

2.17.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW 2011 opgelegd naar een bijdrage-inkomen van (25.322 + 30.000 -/- 3.600 =) € 51.722.

2.18.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2012 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt: (...)

2.19.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW 2012 opgelegd naar een bijdrage-inkomen van € 39.987 (13.587 + 30.000 -/- 3.600).

2.20.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2013 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt: (...)

2.21.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW opgelegd naar een bijdrage-inkomen van (18.397 + 917 + 11.278 -/- 1.707 =) € 28.885.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

3.1.

In geschil is of de geldverstrekking door belanghebbende aan [G] als onzakelijke lening moet worden aangemerkt en of de door de Inspecteur aangebrachte correcties ter zake van de afwaardering terecht zijn aangebracht.

Overwegingen van de rechtbank

(Niet opgenomen, *red.*)

Overwegingen van het hof

4.1.

Belanghebbende heeft in de jaren 2011, 2012 en 2013 de rekening-courantvordering van de vof op [G] afgewaardeerd. Ten laste van het resultaat van de vof zijn in die jaren € 50.000, € 50.000 en € 18.796 gebracht. Het aandeel van belanghebbende in het resultaat van de vof is 60%.

4.2.

Indien en voor zover een geldverstrekking door een aandeelhouder aan een vennootschap plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die aandeelhouder een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die aandeelhouder dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de vennootschap in zijn hoedanigheid als aandeelhouder te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van de onderneming kan worden gebracht (zie Hoge Raad 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191 en Hoge Raad 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB* 2012/78). Deze rechtspraak geldt ook in een geval als het onderhavige waarbij de vof gelden verstrekt via een rekening-courant aan [G], aangezien belanghebbende zowel vennoot is in de vof als (middellijk) aandeelhouder van [G].

4.3.

Onderdeel van de rekening-courantvordering ultimo 2011 is een bedrag van € 103.000 dat is ontstaan doordat de SNS Bank in 2009 dit bedrag ten laste heeft geboekt van de rekening-courant tussen de bank en de vof en ten gunste van de rekening-courant tussen de bank en [G]. Als gevolg daarvan is de rekening-courantvordering van de SNS Bank op [G] teruggebracht naar nihil. Het Hof is van oordeel dat de bank hiermee de hoofdelijke aansprakelijkheid heeft ingeroepen

zoals deze is vastgelegd in het onder 2.6 opgenomen financieringsvoorstel. Hoewel tot de gedingstukken geen definitieve financieringsovereenkomst behoort, acht het Hof, in aansluiting op hetgeen belanghebbende heeft gesteld, aannemelijk dat een financieringsovereenkomst tot stand is gekomen zoals verwoord in het financieringsvoorstel.

4.4.

Aangezien de vordering van de vof op [G] voor een bedrag van € 103.000 voortkomt uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van belanghebbende op basis van de financieringsovereenkomst met de SNS Bank, dient de vraag te worden beantwoord of het aangaan van deze hoofdelijke aansprakelijkheid berust op zakelijke overwegingen en of het daaruit voortvloeiende verlies aftrekbaar is van het resultaat van de vof.

4.5.

Het Hof is van oordeel dat met het aangaan van de financieringsovereenkomst met de SNS Bank sprake is van een zogenoemde paraplu-financieringsovereenkomst als bedoeld in het arrest Hoge Raad 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in zo'n situatie het aanvaarden door een vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Hoewel dit arrest is gewezen voor de heffing van de vennootschapsbelasting, ziet het Hof geen reden om deze leer niet ook toe te passen op een geval als dit waarbij belanghebbende zowel vennoot is in de vof als (middellijk) aandeelhouder van [G]. Dit betekent dat geen afwaardering ten laste van de winst kan worden gebracht met betrekking tot dit deel van de rekening-courantvordering.

4.6.

Vervolgens moet naar het restant van de rekening-courantvordering worden gekeken. Het Hof hanteert daarbij de volgende uitgangspunten. Uit de feiten leidt het Hof af dat reeds in de loop van het jaar 2004 tussen de vof en [G] een rekening-courantverhouding is ontstaan. Deze rekening-courantverhouding is eind 2005 vastgelegd in de onder 2.7 vermelde overeenkomst. Een rekening-courant kenmerkt zich doordat er boekingen over en weer plaatsvinden. Partijen zijn het erover eens dat tegenboekingen waarbij de rekening-courantvordering van de vof op [G] vermindert, een aflossing betekent van de oudste boekingen in rekening-courant waarbij een vordering van de vof op [G] is ontstaan. Tot de gedingstukken behoort een overzicht per jaar waarbij is aangegeven wat het saldobedrag aan mutaties is in de rekening-courant in elk jaar en welke rentebedragen zijn geboekt in het betreffende jaar (bijlage 26 bij het verweerschrift bij de Rechtbank). Het Hof leidt hieruit af dat er in 2010 en 2012 aflossingen in voormelde zin hebben plaatsgevonden tot bedragen van € 2.300 en € 51.766.

4.7.

De vraag of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening, met dien verstande dat een lening gedurende haar looptijd door onzakelijk handelen van de crediteur vervolgens alsnog een onzakelijke lening kan worden (zie Hoge Raad 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442). Bij een rekening-courant is sprake van diverse momenten waarop belanghebbende gelden aan [G] heeft verstrekt. Steeds zal dan ook moeten worden beoordeeld of elke geldverstrekking op zichzelf op dat moment aangemerkt moet worden als het aanvaarden van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, in het bijzonder omdat in de rekening-courantovereenkomst is opgenomen dat partijen het recht op beëindiging hebben met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden.

4.8.

Bij het aangaan van de rekening-courantverhouding in 2004 is naar het oordeel van het Hof geen sprake van een onzakelijke lening. In dit geval is sprake van een nieuwe activiteit die wordt ontplooid in [G] en voorafgaand aan het opstarten van deze activiteit heeft belanghebbende een extern onderzoek laten doen naar de financiële haalbaarheid daarvan. Belanghebbende had geen reden om te twifelen aan de inhoud van dit externe rapport, zeker nu de SNS Bank evenzeer bereid was tot financiering. Daaraan doet niet af dat als gevolg van de door de SNS Bank verlangde zekerheden, op het moment van aangaan van de rekening-courantverhouding [G] op dat moment geen zekerheden aan de vof kon verstrekken. In dit kader moet immers ook acht worden geslagen op de verwachtingen met betrekking tot toekomstige winsten die in het externe rapport zijn opgenomen. Ook het feit dat in de eerste jaren van de opstart van deze onderneming verliezen worden geleden, betekent niet dat op dat moment een derde niet langer bereid zou zijn geweest een dergelijk debiteurenrisico te nemen. De opstart van een nieuwe onderneming vergt in het begin veelal extra investeringen en inspanningen alvorens de beoogde resultaten worden behaald. Dit betekent dan ook niet dat een financiering direct moet worden gestopt wanneer de resultaten in zo'n opstartfase tegenvallen. Voorts was in 2007 en 2008 sprake van het begin van de economische crisis, waarvan niet kon worden voorzien hoelang deze zou aanhouden. Het verder financieren van de activiteiten van [G], mede in het licht van het feit dat [G] tevens een leverancier voor de vof was, acht het hof dan ook niet

onzakelijk. Dit wordt echter anders op het moment dat [G] haar activiteiten per 1 oktober 2008 vervreemdt aan een derde. Op dat moment is de potentiële winstgevende activiteit verdwenen en was er ook geen zicht op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. De verdere toename van de rekening-courantvordering vormt daarom een onzakelijke lening. Mede gelet op de opzegtermijn in de rekening-courant overeenkomst, en het feit dat niet bekend is of in de periode tussen 1 oktober 2008 en 1 januari 2009 de rekening-courantvordering nog is toegenomen, gaat het Hof ervan uit dat de toenames vanaf 1 januari 2009 zijn aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening.

4.9.

Belanghebbende heeft tijdens de zitting nog gesteld dat de aflossing in 2012 van € 51.766 moet worden aangemerkt als een aflossing van het overgeboekte bedrag van € 103.000. Volgens belanghebbende had hij de verkoopopbrengst van de activiteiten van [G] in privé belegd en zodoende had hij een schuld aan [G]. Dit bedrag was eigenlijk bestemd voor aflossing van de schuld aan de SNS Bank.

Het Hof verwerpt dit standpunt. De feitelijke situatie is dat dit bedrag niet is aangewend voor aflossing van de schuld aan de SNS Bank. Door de overboeking van het bedrag van € 103.000 is de rekening-courantvordering van de vof op [G] in 2009 verhoogd met dit bedrag. Deze vordering is dus voor dit bedrag ontstaan in 2009. Aangezien in rekening-courantverhoudingen een 'aflossing' geacht wordt betrekking te hebben op de oudste schuld, kan de 'aflossing' van € 51.766 dan ook niet worden toegerekend aan de schuld die in 2009 is ontstaan, aangezien over een eerdere periode nog schulden bestaan die het bedrag van € 51.766 overstijgen.

4.10.

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusie. Ultimo 2008 bedroeg het saldo van de rekening-courantvordering € 84.924. Nadien hebben er tegenboekingen plaatsgevonden (aflossing) van € 2.300 (2010) en € 51.766 (2012). Van het saldo van € 84.924, dat niet als onzakelijke lening wordt bestempeld, is € 54.066 afgelost en resteert er dus € 30.858. Voor dit bedrag is een afwaardering mogelijk ten laste van het resultaat van de vof. De toename van de rekening-courantvordering na 31 december 2008 is – zoals hiervoor is geoordeeld – aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening, omdat van de crediteur mocht worden verwacht dat een beroep zou worden gedaan op de mogelijkheid van opzegging van de rekening-courantovereenkomst. Het Hof wijst er op dat de aangifte over het jaar 2011 is gedaan in januari 2013. Op dat moment was bij belanghebbende, vanwege het feit dat hij middellijk aandeelhouder in [G] is, bekend dat op balansdatum 31 december 2011 [G] een vordering ter grootte van € 51.766 op de vof had, zodat voor de vraag of recht bestaat op afwaardering van de rekening-courantvordering met deze omstandigheid rekening moet worden gehouden.

4.11.

Belanghebbende heeft in het jaar 2011 dus recht op een afwaardering ten laste van zijn aandeel in de winst van de vof van $60\% \times € 30.858 = € 18.515$. Het belastbaar inkomen uit werk en woning dient als volgt te worden vastgesteld:

- belastbaar inkomen uit werk en woning volgens de aanslag € 15.423
- correctie lening (€ 30.000 -/- € 18.515) € 11.485
- correctie mkb-vrijstelling € 1.378 -/-
- belastbaar inkomen uit werk en woning € 25.530.

Het bijdrage-inkomen voor de zorgverzekeringswet moet worden gesteld op € 25.322 + € 11.485 -/- € 1.378 = € 35.429. Aangezien dit hoger is dan het voor het jaar geldende maximum (€ 33.427) blijft de navorderingsaanslag inkomensafhankelijke bijdrage zorgverzekeringswet 2011 in stand.

De navorderingsaanslagen over de jaren 2012 en 2013 blijven evenzeer in stand.

4.12.

Feiten en omstandigheden op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat de Inspecteur heeft gehandeld in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt. Niet gebleken is dat tijdens of na het boekenonderzoek door of namens de Inspecteur duidelijke en ondubbelzinnige uitlatingen zijn gedaan dat daardoor bij belanghebbende de rechtens te honoreren verwachting is gewekt dat geen correctie zou plaatsvinden. Het is een partij bovendien toegestaan om een ander of nader standpunt in te nemen. Niet is gebleken dat belanghebbende door de handelwijze van de Inspecteur in zijn procesbelang is geschaad. Belanghebbende is steeds voldoende in de gelegenheid geweest om zich tegen de standpunten van de Inspecteur te verweren.

Ook overigens is het Hof niet gebleken van strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

(Volgt gegrondverklaring, vernietiging en vaststelling van het belastbaar bedrag.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws

In deze uitspraak is in de eerste plaats een gezamenlijk kredietarrangement aan de orde van de belanghebbende en zijn echtgenote in privé, hun vof en de bv van de belanghebbende. Dit kredietarrangement is vergelijkbaar met dat uit het paraplu-krediet-arrest HR 1 maart 2013, 11/01985, *BNB* 2013/109, *V-N* 2013/12.17. Essentie van een dergelijk arrangement is dat de schuldenaren in de kredietovereenkomst een hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaarden voor elkaars schulden. Hun aansprakelijkheid is daarmee omvangrijker dan die zou zijn, indien zij individueel geld zouden lenen. In genoemd arrest maakten de schuldenaren deel uit van één concern en overwoog de Hoge Raad dat het aanvaarden door de vennootschappen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de andere vennootschappen zijn oorzaak vond in de onderlinge vennootschappelijke betrekkingen. Het gevolg daarvan was dat voor een individuele vennootschap de aansprakelijkheid voor de schulden van de andere vennootschappen buiten de fiscale winstbepaling bleef. Hof Arnhem-Leeuwarden past deze leer analoog toe op onderhavige casus. De vof was aansprakelijk gesteld voor de schulden van de bv en had daardoor een regresvordering op de bv gekregen. De belanghebbende wenste voor zijn winstaandeel de regresvordering af te waarderen. Naar onze mening staat het hof dat terecht niet toe. De hoofdelijke aansprakelijkheid vond in het voorliggende geval zijn oorzaak in de persoonlijke betrekkingen die op grond van de totaalwinstgedachte buiten beschouwing dienen te worden gelaten.

In de tweede plaats had de vof met de bv een rekeningcourantovereenkomst gesloten op grond waarvan de bv tot maximaal € 150.000 in rekening courant kon lenen. Niet in geschil was kennelijk dat de rekeningcourantvordering tot het ondernemingsvermogen van de vennoten behoorde. Naar onze indruk had de inspecteur dat wel kunnen betwisten. Hij stelde echter slechts dat sprake was van een onzakelijke lening. Het hof overweegt op dit punt dat bij het aangaan van de rekeningcourantvordering in 2004 nog geen sprake was van een onzakelijke lening. Dat de bv op dat moment geen zekerheden aan de vof kon verstrekken, omdat deze al aan de schuldeiser waren verstrekt, acht het hof niet van belang. Ook het feit dat in de eerste jaren van de opstart van de onderneming verliezen zijn geleden, is niet van belang, aangezien sprake is van een startende onderneming. Het verstrekken van geld tijdens de economische crisis in 2007-2008 maakt de lening volgens het hof ook niet onzakelijk. Dit gebeurt pas nadat de bv haar activiteiten eind 2008 vervreemdt aan een derde. Op dat moment is de potentiële winstgevende activiteit verdwenen en was er ook geen zicht (meer) op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. De toenamen van de rekening courant nadien zijn volgens het hof dan aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening. Daarbij is ook van belang dat de vof de bevoegdheid had om de kredietovereenkomst op te zeggen, waardoor de bv geen nieuwe bedragen meer had kunnen opnemen in rekening courant.

Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Vennootschap met omvangrijke vastgoedportefeuille drijft geen materiële onderneming

HR (A-G) 19-04-2021, ECLI:NL:PHR:2021:408, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hoge Raad (Advocaat-Generaal)

Datum

19 april 2021

Zaaknummer

20/01706

20/01707

20/01709

Conclusie

A-G IJzerman

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS270701:1

Vakgebied(en)

Schenk- en erfbelasting / Schenkbelasting

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:PHR:2021:408, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-04-2021

Wetgeving

art. 35b SW 1956; art. 3.2 Wet IB 2001

Essentie

Advocaat-generaal IJzerman kan zich vinden in het oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden dat [X1] Holding BV, een vennootschap met veel verhuurd onroerend goed - geen materiële onderneming drijft als bedoeld in de geruisloze terugkeerfaciliteit in de vennootschapsbelasting en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de Successiewet.

Samenvatting

Holding bv verhuurt ongeveer 1100 garageboxen en 57 bedrijfsruimten met een geschatte waarde van € 10 mln. Alle aandelen zijn in handen van X en zijn echtgenote Y. In 2014 verzoeken de bv en haar aandeelhouders de inspecteur om toepassing van de geruisloze-terugkeerfaciliteit. In 2016 schenkt X aandelen in de bv aan zijn beide dochters. De dochters doen in hun aangiften schenkbelasting een beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De toepassing van beide faciliteiten wijst de inspecteur af, omdat de bv naar zijn oordeel geen materiële onderneming drijft als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001. In de procedures voor de VPB en de schenk- en erfbelasting die daarop volgen, stellen de rechtbank en het hof de inspecteur in het gelijk.

A-G IJzerman constateert dat de exploitatie van onroerende zaken slechts als het drijven van een onderneming kan worden aangemerkt als a) de arbeid naar aard en omvang meer omvat dan gebruikelijk is bij normaal vermogensbeheer (arbeid-plustoets) en b) deze arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat (rendement-plustoets). Dit toetsingskader heeft het hof terecht gehanteerd. Het cassatieberoep is gericht tegen de beoordelingen die het hof heeft gegeven in het kader van de arbeid-plustoets en de rendement-plustoets. De A-G merkt op dat het hierbij vooral gaat om feitelijke afwegingen van het hof. Aangezien de Hoge Raad geen feitenrechter is, laat hij feitelijke overwegingen van het hof in stand, tenzij daarin klaarblijkelijk tekortkomingen en gebreken zijn aan te wijzen. Dergelijke tekortkomingen en gebreken doen zich naar het oordeel van de A-G in dit geval niet voor. De A-G meent dat het hof bij zijn oordeel dat de werkzaamheden niet meer omvatten dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, ondanks dat die werkzaamheden heel veel tijd in beslag nemen,

niet uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. In het geval van 'heel veel' belegd vermogen kan 'heel veel' daaraan per week of maand bestede tijd namelijk nog steeds zien op werkzaamheden die als zodanig passen bij normaal vermogensbeheer, zoals de administratie, het onderhouden van contacten met huurders en onderhoudswerkzaamheden. Dat zijn ook bij groter tijdsbeslag geen activiteiten die zijn te zien als actieve ondernemersactiviteiten, zoals het geval zou zijn bij bijvoorbeeld projectontwikkeling. Bij de beoordeling of de verrichte arbeid naar aard en omvang onmiskenbaar ten doel heeft het behalen van een rendement dat het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat, heeft het hof volgens de A-G terecht 'autonome marktwerkingen' geëlimineerd. Deze algemene marktontwikkelingen onttrekken zich aan de individuele arbeid, zodat die in dit kader moeten worden geëlimineerd. De A-G adviseert de Hoge Raad de cassatieberoepen van de belanghebbenden ongegrond te verklaren.

Conclusie

Het geschil betreft aanslagen schenkbelasting en de beslissing van de inspecteur op het verzoek om geruisloze terugkeer. De uitspraken waartegen beroep in cassatie is ingesteld, zijn van Hof Arnhem-Leeuwarden, MK II, 21 april 2020, 19/00059-00061, V-N 2020/34.1.1.

De uitspraken waartegen hoger beroep is ingesteld, zijn van Rechtbank Gelderland 30 november 2018, AWB 17/1692-1694.

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



In deze procedure draait het in de kern om het antwoord op de vraag of de exploitatie van een omvangrijke vastgoedportefeuille door een bv kwalificeert als een (materiële) onderneming in de zin van de Wet IB 2001. Het belang van die vraag is allereerst gelegen in de toepassing van de faciliteit van de geruisloze terugkeer door de vennootschap. Daarnaast willen twee zussen die aandelen in de bv geschonken krijgen van hun vader, gebruikmaken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenkbelasting. Een belangrijke randvoorwaarde om gebruik te kunnen maken van deze faciliteiten is dat de activiteiten van de vennootschap kwalificeren als onderneming in de zin van de Wet IB 2001; zie art. 14c lid 1 Wet VPB 1969 respectievelijk art. 35c lid 1 onderdeel c SW 1956. De rechtbank en het hof leggen de bewijslast voor het bestaan van een onderneming terecht bij de belanghebbenden.

Vaste leer van de Hoge Raad is dat de exploitatie van vastgoed alleen kwalificeert als een onderneming in fiscale zin ingeval de verrichte arbeid naar aard en omvang meer omvat dan bij normaal vermogensbeheer gebruikelijk is, met als doel het behalen van een hoger rendement dan bij normaal vermogensbeheer; zie onder andere HR 7 oktober 1981, 20733, BNB 1981/299 en HR 17 augustus 1994, 29755, BNB 1994/319. A-G IJzerman vat deze definitie samen in de arbeids-plustoets en de rendement-plustoets. Wij verwijzen in dit verband tevens naar zijn conclusie van 23 december 2020, 20/01485-01489, V-N 2021/6.9. Hof Arnhem-Leeuwarden overweegt dat de belanghebbenden niet aannemelijk hebben gemaakt dat aan deze twee cumulatieve toetsingscriteria wordt voldaan. Deze feitelijke beoordeling zal de Hoge Raad in beginsel in stand laten. Dat is alleen anders ingeval in de feitelijke beoordeling van het hof evidente tekortkomingen en gebreken aanwijsbaar zouden zijn.

Arbeids-plustoets

Voor het beheer van de omvangrijke vastgoedportefeuille van de bv is een professionele organisatie ingericht die nagenoeg alle *property*-werkzaamheden zelf verricht, toezichthouders heeft aangesteld en een actief huurderbeleid voert. De inspecteur heeft toegelicht dat beheerders van vastgoedbeleggingsportefeuilles ook dergelijke werkzaamheden verrichten. Het hof acht het daarom niet aannemelijk dat de aard en omvang van de werkzaamheden van de bv meer omvatten dan normaal vermogensbeheer.

De belanghebbenden klagen erover dat het hof in zijn uitspraak in dit verband verwijst naar de toelichting die de inspecteur ter zitting zou hebben gegeven, maar dat geen toelichting van de inspecteur in het proces-verbaal van de zitting is opgenomen. De A-G leest de toelichting van de inspecteur echter in de pleitnota die de inspecteur ter zitting heeft voorgelezen. Met de A-G zijn wij van mening dat deze klacht van de belanghebbenden daarmee feitelijke grondslag mist. Overigens baseert de inspecteur zich op de intern door de Belastingdienst opgestelde Praktijkhandreiking bedrijfsopvolging vastgoedexploitanten. In de literatuur is kritiek op deze handreiking geuit, onder meer door Heldens in *WFR* 2018/45 en Rozendal in *NTFR* 2020/1508. In het cassatiemiddel wordt echter slechts opgemerkt dat het zelf verrichten van werkzaamheden een relevante factor is bij de beoordeling van de vraag of aan de arbeids-plustoets wordt voldaan. Het hof

beweert ook niet het tegendeel.

Feitelijk stelt het hof nog vast dat de werkzaamheden heel veel tijd in beslag nemen. De belanghebbenden betogen in cassatie dat de werkzaamheden die behoren bij normaal vermogensbeheer, in elk geval niet heel veel tijd in beslag nemen. Nu de werkzaamheden in het geval van de belanghebbenden wel veel tijd in beslag nemen, zou volgens hen sprake zijn van een onderneming. Met de A-G zijn wij van mening dat die stelling onjuist is en de hoeveelheid tijd moet worden beoordeeld in verhouding tot de omvang van het vermogen. Wij steunen aldus de conclusie van de A-G dat het oordeel van het hof ten aanzien van de arbeids-plustoets niet onbegrijpelijk is.

Rendement-plustoets

Bij deze toets gaat het om de doelstelling om door middel van de arbeid een hoger rendement te behalen dan bij normaal vermogensbeheer. Het achteraf vast te stellen gerealiseerde rendement kan slechts licht werpen op die doelstelling. Het te verwachten rendement omvat zowel direct rendement, zoals de huuropbrengsten minus de kosten, als (ii) indirect rendement, zoals de waarde stijging van onroerende zaken; zie tevens HR 15 april 2016, 15/02829, *BNB* 2016/166, *V-N* 2016/24.12. Volgens het hof en de A-G dienen achteraf vastgestelde 'autonome marktwerkingen' buiten beschouwing te worden gelaten, aangezien die niet worden veroorzaakt door de arbeid. Uiteindelijk gaat het erom te beoordelen of het te verwachten voordeel zijn verklaring vindt in de arbeid. In HR 11 november 2005, 40246, *BNB* 2006/39 overwoog de Hoge Raad dat, als dit het geval is, niet meer van belang is of de uiteindelijke omvang van het behaalde voordeel mede afhankelijk was van factoren die niet door de arbeid werden beïnvloed.

De belanghebbenden stellen dat een gemiddeld samengesteld jaarrendement van 20% is behaald en daaruit zou volgen dat sprake is van een onderneming. Eerder oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, 13/01073, *V-N* 2015/34.1.4 dat een rendement van ten minste ongeveer 20% het bij normaal vermogensbeheer opkomende rendement te boven gaat. In het hiervóór vermelde arrest *BNB* 2016/166 liet de Hoge Raad het feitelijke oordeel van het hof dat sprake was van een onderneming, in dat geval in stand. In onze aantekening bij dit arrest merkten wij al op dat wij hopen dat aan het door het hof genoemde percentage in de uitvoeringspraktijk geen (onterecht) omslagpunt wordt ontleend. Voor de kwalificatie als onderneming gaat het immers om het streven naar een hoger rendement. Dat achteraf gezien mogelijk een rendement is behaald van 20%, biedt naar onze mening dus niet de garantie tot een kwalificatie als onderneming. Daar komt bij dat het hof kanttekeningen plaats bij de berekeningen van de belanghebbenden die tot het vastgestelde rendement hebben geleid. Het hof oordeelt uiteindelijk dat de belanghebbenden aan de hand van de overlegde gegevens niet aannemelijk hebben gemaakt dat aan de rendement-plustoets is voldaan. Met de A-G zijn wij van mening dat ook dit oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is.

Al met al verwachten wij dat de Hoge Raad het feitelijke oordeel van het hof in stand zal laten en geen nadere concrete handvatten zal formuleren voor het antwoord op de vraag wanneer de exploitatie van vastgoed als onderneming wordt aangemerkt. Dit neemt niet weg dat het feitelijke oordeel van het hof ook anders had kunnen uitpakken.

Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze conclusie.

