

DE (NIEUWE) STANDAARDVOORWAARDEN VOOR
GERUISLOZE INBRENG VAN EEN ONDERNEMING IN EEN
NAAMLOZE VENNOOTSCHAP

door Prof. Drs. A. L. Brok

Algemene oriëntatie

Door de Staatssecretaris van Financiën zijn in de Staatscourant van 3 oktober 1966, nr. 191, nieuwe standaardvoorwaarden voor geruisloze inbreng van een onderneming in een naamloze vennootschap gepubliceerd. Zij dienen ter vervanging van de voorwaarden, zoals deze oorspronkelijk werden gepubliceerd in de Staatscourant van 21 september 1965, nr. 181. De zogenaamde standaardvoorwaarden inzake geruisloze inbreng houden verband met de wettelijke regeling, opgenomen in artikel 18 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964. Deze wet is met ingang van 1 januari 1965 in werking getreden en dient, zoals bekend, ter vervanging van het Besluit op de inkomstenbelasting 1941.

Dit artikel 18 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 luidt als volgt:

1 Ingeval een niet in de vorm van een naamloze vennootschap gedreven onderneming wordt omgezet in een wel in zodanige vorm gedreven onderneming, wordt, op verzoek van de belastingplichtige, voor het bepalen van de uit die onderneming in het kalenderjaar van omzetting genoten winst de onderneming geacht niet te zijn gestaakt, mits de oprichters van de naamloze vennootschap in het aandelenkapitaal geheel of nagenoeg geheel in dezelfde verhouding gerechtigd zijn als in het vermogen van de omgezette onderneming en de door Onze Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld.

2 De in het eerste lid bedoelde voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, welke verschuldigd zouden zijn of zouden worden ingeval het eerste lid buiten toepassing zou blijven, daaronder begrepen voorwaarden die betrekking kunnen hebben op de grootte van het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal, de ingebrachte deelnemingen in andere naamloze vennootschappen en de vervreemding van de aandelen in de opgerichte naamloze vennootschap.

Bij de parlementaire behandeling van bedoeld artikel werd door de Staatssecretaris, op aandringen van de Kamer, nadrukkelijk toegezegd dat hij zich door het publiceren van zgn. standaardvoorwaarden meer concreet zou uitspreken over de inhoud der te stellen voorwaarden. In dit verband is het nog van belang er op te wijzen dat in het oorspronkelijke wetsontwerp, dat ter behandeling bij het parlement werd ingediend, de inhoud van artikel 18 beperkt was tot hetgeen bij de huidige redactie in het eerste lid is opgenomen. Als uitvloeisel van de parlementaire behandeling is daaraan het tweede lid toegevoegd. De bedoeling van deze toevoeging was een tweeledige.

In de eerste plaats werd daardoor het terrein dat door de voorwaarden bestreken mocht worden principiële afgebakend. En in de tweede plaats werd aldus de mogelijkheid geopend om langs de weg van de normale beroepsprocedure - dus door het indienen van een beroepsschrift bij de belastingkamer van het Gerechtshof

en eventueel beroep in cassatie bij de Hoge Raad - bezwaar te maken tegen de in een specifiek geval door het Ministerie gestelde voorwaarden.

Uiteraard zal een dergelijke procedure alleen dan kans op succes hebben, indien de gestelde voorwaarden de toets met de in de wet neergelegde criteria niet kunnen doorstaan.

Uit een en ander volgt dus dat de zgn. standaardvoorwaarden op zich geen wettelijke kracht hebben. Zij blijven bij voortduring bij de specifieke toepassing onderworpen aan de toetsing door de Gerechtshoven en de Hoge Raad.

Hierboven werd reeds indirect aangegeven dat de door de Staatssecretaris gedane toezegging tot publicatie van standaardvoorwaarden voor het eerst werd ingelost met de publicatie in de Staatscourant van 21 september 1965, nr. 181. Deze eerste versie van de standaardvoorwaarden werd nader toegelicht in een eveneens 21 september 1965 gedateerde aanschrijving, nr. B5/9786, van de Staatssecretaris aan de Directeurs der Rijksbelastingen.

Evenzo zijn de op 3 oktober 1966 gepubliceerde nieuwe standaardvoorwaarden door de Staatssecretaris nader toegelicht in de aanschrijving van 3 oktober 1966, nr. B6/12565.

In deze aanschrijving is - welhaast ten overvloede - uitdrukkelijk opgenomen dat de aanschrijving van 21 september 1965, nr B5/9786 haar belang heeft verloren en dus als vervallen moet worden beschouwd. Dat reeds zo betrekkelijk kort na de stellig niet overhaaste publicatie van de eerste versie der standaardvoorwaarden en van de daarbij gegeven toelichting tot vervanging werd besloten, houdt reeds de aanwijzing in dat het om een wijziging van relatief belangrijke strekking gaat. De wijziging betreft in hoofdzaak de toevoeging aan de standaardvoorwaarden van hetgeen in de nieuwe versie is opgenomen in punt 6. Door de in punt 6 opgenomen toevoeging wordt bij geruisloze inbreng *facultatief* de mogelijkheid geopend tot wat ik zou willen noemen „de ont koppeling tussen de commerciële inbrengbalans en de fiscale inbrengbalans”. Door deze ont koppeling kan, zoals hierna nog nader zal worden toegelicht, een niet onbelangrijke verlichting van de fiscale druk bij geruisloze inbreng worden bereikt.

Het inlassen van dit punt 6 in de nieuwe standaardvoorwaarden heeft, naast de noodzakelijke vernummering der volgende punten, mede geleid tot enige aanvullingen in de andere punten van de standaardvoorwaarden. Aanvullingen die gedeeltelijk gezien moeten worden als logisch uitvloeisel van de thans geboden mogelijkheid tot ont koppeling en gedeeltelijk als nodig geoordeelde aanpassingen of verduidelijkingen op punten van betrekkelijk ondergeschikt belang.

Het komt mij voor de lezerskring van dit blad weinig zinvol voor om in detail in te gaan op de verschillen tussen de nieuwe en oorspronkelijke versie der standaardvoorwaarden. Nuttiger lijkt het mij in grote lijnen aan te geven hoe de ontwikkeling tot de huidige regeling en tot de laatstelijk gepubliceerde standaardvoorwaarden zich heeft voltrokken. Bij het in hoofdzaken schetsen van deze ontwikkeling, die haar start reeds heeft gehad onder het Besluit op de inkomstenbelasting 1941, zal, waar nodig geoordeeld, mede nader op „het waarom” van de afzonderlijke standaardvoorwaarden worden ingegaan.

Ten gerieve van de lezer zijn de nieuwe standaardvoorwaarden van 3 oktober 1966 aan het slot van deze beschouwing opgenomen.

Formeel hebben deze voorwaarden betrekking op de zgn. geruisloze overgang van vennootschappen onder firma of commanditaire vennootschappen. Uit een

toegevoegde noot blijkt echter dat zij, behoudens aanpassing op enige ondergeschikte punten, ook voor zgn. geruisloze overgang van eenmanszaken gelden.

De start van de regeling onder het Besluit inkomstenbelasting 1941

De start tot een regeling voor een geruisloze inbreng is een wat wonderlijke geweest. Onder het Besluit op de inkomstenbelasting 1941 bestond namelijk aanvankelijk bij velen de opvatting dat inbreng van een bedrijf tegen boekwaarde zonder meer als middel kon worden toegepast om desgewenst de onmiddellijke belastingheffing over de in het bedrijf aanwezige meerwaarde te ontgaan. De leidende gedachtengang was hierbij kennelijk dat de als gevolg van de inbreng tegen boekwaarde in de toekomst te betalen extra heffingen over deze niet tot uitdrukking gebrachte meerwaarde ruimschoots opwogen tegen de onmiddellijk te betalen heffing bij inbreng tegen reële waarde. Een voor de fiscus in het algemeen dus voordelige oplossing.

Inbreng tegen boekwaarde impliceerde immers zonder meer dat dan in de toekomst als prijs betaald moest worden:¹⁾

- a. 45% aan vennootschapsbelasting bij de geleidelijke intoring van de bij inbreng niet tot uitdrukking gebrachte stille reserves;
- b. inkomstenbelasting volgens het progressieve tarief over de resterende 55% wanneer deze tot uitdeling zouden komen.

Bij inbreng tegen reële waarde kon de meerwaarde door de inbrengers in het algemeen (uitgezonderd werd de meerwaarde begrepen in de goederenvoorraad, die onder het Besluit afgerekend moest worden tegen het progressieve tarief) afgerekend worden tegen het proportionele tarief van minimaal 20 en maximaal 40%, terwijl bovendien nog een franchise van f 7500,— per inbrenger gold.

In de hierboven aangegeven gedachtengang was, zelfs in vergelijking met het maximale proportionele tarief van 40%, de weg van de geruisloze inbreng in de meeste gevallen voor de belastingplichtigen een kostbare weg. En de conclusie kan dan ook zijn dat deze vermeende oplossing slechts werd gekozen in die noodgevallen, waarbij een directe afrekening over de meerwaarde, door de daaruit voortvloeiende liquiditeitsmoeilijkheden, een feitelijke onmogelijkheid was.

Ook al lagen de kaarten bij inbreng tegen boekwaarde in het algemeen reeds ten gunste van de fiscus, toch bleek deze oplossing zonder meer niet mogelijk. Dit werd duidelijk gemaakt in de Ministeriële aanschrijving van 2 juni 1947, waarin de eerste bijzondere regeling inzake de inbreng tegen boekwaarde is neergelegd. Een regeling die spoedig en vrij algemeen in de fiscale literatuur en in het fiscale spraakgebruik werd aangeduid als de bijzondere regeling of de bijzondere faciliteit bij geruisloze overgang.

In deze aanschrijving van 2 juni 1947 gaf de Minister naar aanleiding van daartoe gestelde vragen in de eerste plaats als meer algemeen oordeel dat bij inbreng van een bedrijf in een naamloze vennootschap sprake is van *overdracht* van het bedrijf en dat als *overdrachtprijs in aanmerking moet worden genomen de geldswaarde van de verkregen aandelen*.

Als conclusie, aansluitende op dit algemene oordeel, liet hij volgen dat hij het

¹⁾ De hierna vermelde tarieven en bijkomende omstandigheden geven een wat genormaliseerd beeld van de verhoudingen, zoals deze zich onder het Besluit hebben ontwikkeld.

in beginsel voor het bepalen van de overdrachtswinst niet van belang achtte of de inbreng van het bedrijf in de N.V. is geschied tegen de boekwaarde, voor welke de verschillende activa en passiva in de laatste winstbepalende balans van de inbrenger(s) te boek stonden. Van belang voor een eventuele toekomstige berekening van de winst uit vervreemding van aanmerkelijk belang, werd daaraan, als een zekere pleister op de wonde, nog wel toegevoegd dat in de gegeven zienswijze het aandeel van de inbrenger in de geldswaarde van de inbreng als kosten van verkrijging der aandelen diende te worden beschouwd.

Uit het vorenstaande vloeide dus voort dat, bij strikte toepassing van de in het Besluit opgenomen bepalingen, ook in geval van inbreng tegen boekwaarde, toch onmiddellijk eenzelfde bedrag aan belasting over overdrachtswinst betaald zou moeten worden als verschuldigd zou zijn geworden indien de inbreng tegen de reële waarde zou zijn geschied. Het enige (negatieve) effect van inbreng tegen boekwaarde zou dan dus voor de belastingplichtige slechts zijn dat hij zich voor de toekomst een nodeloze extra-heffing van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting op de hals gehaald zou hebben.

Geconfronteerd enerzijds met de onbevredigende dubbele heffing waartoe strikte toepassing der wettelijke voorschriften in geval van inbreng tegen boekwaarde zou leiden, anderzijds met de duidelijk naar voren gekomen behoefte aan een regeling waarbij inbreng mogelijk werd gemaakt zonder dat dit tot een onmiddellijke aantasting van de liquiditeit zou leiden, verklaarde de minister zich in de aanschrijving van 2 juni 1947 bereid om op daartoe strekkend verzoek van belanghebbenden de heffing van inkomstenbelasting bij inbreng achterwege te laten.

Deze bereidverklaring werd beperkt door twee algemene eisen waaraan voldaan moest zijn, nl.

- 1 naar het oordeel van de minister moest de N.V.-vorm als de meest geschikte worden aangemerkt;
- 2 de oprichters moesten, behoudens geringe afwijkingen, in het aandelenkapitaal der N.V. gerechtigd zijn in verhouding tot hun oorspronkelijk aandeel in het vermogen van de vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.

In aansluiting op deze twee algemene eisen werden in deze aanschrijving bovendien de voorwaarden opgenomen die aan de inwilliging van zodanige verzoeken zouden worden verbonden. Enigszins verkort weergegeven behelsden deze voorwaarden het volgende:

- a. De N.V. moet zich verplichten de overgenomen activa en passiva in haar openingsbalans te boek te stellen voor dezelfde waarde als waarvoor deze zijn opgenomen in de laatste fiscale winstbepalende balans van de inbrengers. Voorts zal de N.V. zich moeten verplichten het stelsel van waarden, dat tot dan toe werd toegepast, te blijven volgen.
- b. De oprichters zullen zich moeten verbinden om als kosten van verkrijging van de bij de oprichting verworven aandelen aan te merken de verkrijgingsprijs, bepaald aan de hand van de openingsbalans der N.V.

Aan de Vpb.-claim (45%) en de I.B.-claim (over 55%) volgens het progressieve tarief, die door de onder a. opgenomen voorwaarden worden veilig gesteld, zien we door de onder b. gestelde voorwaarden nog een extra-claim van 20 tot 40% over de niet tot uitdrukking gebrachte meerwaarde toegevoegd, voor het geval

de bij inbreng verkregen aandelen als aanmerkelijk-belang-aandelen worden vervreemd.

Dit nadrukkelijk binden van de verkrijgingsprijs der aandelen aan de openingsbalans waarop de geruisloze inbreng is gebaseerd, doet wel wat erg overtrokken en weinig realistisch aan. Vrij algemeen werd dan ook deze voorwaarde gevoeld als een niet te rechtvaardigen strafbepaling. Het ligt voor de hand dat de ministeriële regeling van 2 juni 1947 in de fiscale literatuur in ruime mate onderwerp van kritiek is geweest. Deze veelvuldig en in vele varianten geuite kritiek - zeker niet altijd vrij van een zekere gechargeerdheid - had steeds als algemene inslag, naar voren te willen brengen, dat bij de gestelde voorwaarden aan de eis van billijkheid al te veel geweld werd aangedaan.

Ik volsta in dit verband met Dr. D. Brüll²⁾ te citeren. Deze gaf zijn hieronder aangehaalde kritiek tegen de achtergrond van het Ontwerp I.B.'60, dat uiteindelijk heeft geleid tot de Wet I.B.'64, doch waarbij hij van de verwachting uitging dat de door de Minister onder de Wet te stellen voorwaarden gelijk zouden zijn aan de voorwaarden, zoals deze gesteld worden op grond van de ministeriële resolutie van 2 juni 1947.

„Formeel is hier sprake van een objectieve vrijstelling, doch materieel doorgaans van verzwaring van de belastingdruk. Er wordt niet afgerekend bij het einde van het ondernemerschap, er wordt 40% over alle stille reserves „bespaard”. Maar daar staat tegenover een binnen afzienbare tijd door de N.V. te ondergane extra-druk aan Vpb. van toch weer ca. 45% over deze zelfde stille reserves; een druk van 20% over deze reserves (verminderd met de VPb.) bij verkoop van het aanmerkelijk belang of overlijden; en een progressieve I.B.-druk over nog eens dezelfde reserves als zij worden uitgedeeld. Slechts de kortzichtige of ondeskundige kan deze oplossing verkiezen of hij die in nijpende moeilijkheden zit. Voor de laatste is de op het welvaartsbeginsel berustende faciliteit bedoeld. Maar moet dan de fiscus als woekeraar optreden, die uit de nood een „rente” van 50% en meer slaat”.

Vragenderwijze laat Brüll hierop dan als algemene conclusie volgen:

„Zou het niet veel beter zijn om de geruisloze inbreng te vervangen door wettelijk uitstel van belastingbetaling te verlenen (met rente!), waarbij zich de N.V. garant stelt?”

Het lijkt mij voor goed begrip wenselijk iets nader in te gaan op de volgende twee tirades die we in de door Brüll gegeven kritiek zien opgenomen, te weten: „materieel doorgaans verzwaring van de belastingdruk” en „fiscus als woekeraar, die uit nood een „rente” van 50% en meer slaat”. Deze twee tirades toch zijn in wezen met elkaar in strijd. In „materieel doorgaans verzwaring” ligt immers opgesloten dat er zich gevallen kunnen voordoen, waarbij inbreng tegen boekwaarde een verlichting van de belastingdruk geeft. Brüll stipt deze mogelijkheid dus wel aan, maar gaat er verder zonder meer aan voorbij.

Als voorbeelden, waarbij inbreng tegen boekwaarde duidelijk materieel voordeel oplevert, noem ik de gevallen waarbij de niet tot uitdrukking gebrachte meerwaarde voor een belangrijk deel betrekking heeft op een fiscale stille reserve in de activa grond of goederenvoorraad. Dit laatste bijvoorbeeld als uitvloeisel van de

²⁾ Dr. D. Brüll: Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip (pag. 326).

fiscale waardering op basis van het ijzeren voorraadstelsel met relatief zeer lage basisprijzen.

Inbreng tegen boekwaarde betekent dan dat bij de N.V. ook in de toekomst de winstbepaling kan plaats vinden op basis van de vroeger vastgestelde voorraadprijzen. Bij inbreng tegen reële waarde is men daarentegen voor de toepassing van het ijzerenvoorraadstelsel in de toekomst verplicht als ijzerenvoorraadprijs aan te houden de prijs waartegen de voorraden zijn ingebracht. De bij inbreng tegen boekwaarde naar de N.V. doorgeschoven fiscale stille reserve in grond of goederenvoorraad zal veelal niet eerder dan bij liquidatie van de N.V. in de belastingheffing worden betrokken.

Hier dus twee wel zeer duidelijke gevallen van uitstel van belastingheffing op zodanig lange termijn dat het zelfs enigermate tendeert naar afstel van belastingheffing.

Onder de werking van het Besluit inkomstenbelasting 1941 kwam hier - anders dan onder de Wet inkomstenbelasting 1964 - nog bij dat de bij inbreng tegen reële waarde naar voren komende overdrachtswinst op goederenvoorraden buiten de faciliteit van de belastingheffing tegen het proportionele tarief van minimaal 20% en maximaal 40% werd gehouden. Deze overdrachtswinst op de goederen werd belast tegen het progressieve tarief. Dit had bovendien nog als bijzonder effect dat de absolute hoogte van het proportionele tarief, dat voor de heffing op de overige overdrachtswinsten moet worden aangehouden, er in nadelige zin voor belastingplichtige door beïnvloed kon worden.

Het is duidelijk dat op grond van de rentefactor de nadelen, die gelegen zijn in een accepteren van hogere nominale heffingen in de toekomst, minder groot worden naarmate die heffingen later betaald moeten worden. En het is daarbij zelfs mogelijk dat het nadeel in een voordeel omslaat.

In zijn kritek loopt Brüll wat al te gemakkelijk heen over het hele scala van varianten waarmede men in de praktijk in feite te maken krijgt. Zijn kritiek is daardoor wat al te gechargeerd, omdat hij te absoluut stelt dat een afwijking van 50% of meer de conclusie zonder meer zou rechtvaardigen dat hier van een „woekerreente” gesproken kan worden. Ofschoon door Brüll niet toegelicht wordt hoe dit percentage van 50 of meer is berekend, is het dunkt mij wel duidelijk dat het beslist niet als „jaarpercentage” kan zijn bedoeld. Veel meer zie ik er in dat in een percentage is aangegeven hoeveel bij geruisloze inbreng normaliter in de toekomst meer betaald moet worden dan bij onmiddellijke afrekening.

Of en in hoeverre deze absolute afwijking van 50% of meer inderdaad in concrete situaties een woekerreente, dan wel een normale of mogelijk zelfs een lage rente betekent, hangt vanzelfsprekend uitsluitend af van de tijdstippen waarop de meerwaarde in de toekomstige belastingheffing wordt betrokken. En dit is weer afhankelijk van de specifieke bestanddelen waaruit die meerwaarde is opgebouwd. Wel moet worden erkend - en in zoverre is de kritiek van Brüll en van zijn medestrijders op dit punt in haar strekking dus juist - dat „doorgaans”, d.w.z. in de doorsneegevallen, ook bij een meer exacte berekening inderdaad een abnormaal hoog jaarrentepercentage uit de bus zal komen.

De kritiek die tegen de in het Besluit neergelegde regeling van vele kanten is aangevoerd, is, gezien de regeling die uiteindelijk onder de Wet inkomstenbelasting 1964 is bereikt, stellig niet zonder succes geweest.

Alvorens over te gaan tot een nadere beschouwing van de thans geldende rege-

ling wil ik eerst nog even ingaan op de door Brüll gestelde vraag of de regeling van de geruisloze inbreng niet beter zou kunnen worden vervangen door een regeling, waarbij wettelijk uitstel van belastingbetaling wordt verleend (met rentebetaling) en waarbij de N.V. zich voor deze betaling garant stelt.

Ik zou deze vraag zonder meer ontkennend willen beantwoorden. Mijn bezwaren tegen een dergelijke regeling zijn voornamelijk van tweeërlei aard:

- 1 het brengt voor de overheid een administratieve rompslomp met zich die niet onderschat moet worden;
- 2 het lijkt mij te stringent als algemeen uitgangspunt te nemen dat inbreng in een N.V. in principe zou noodzaken tot een afrekening op basis van de reële waarde die op het moment van inbreng aan het bedrijf is toe te kennen.

De regeling onder de Wet inkomstenbelasting 1964

De regeling die onder de Wet inkomstenbelasting 1964 is tot stand gekomen komt in hoofdlijnen neer op de legalisatie van de reeds onder het Besluit 1941 krachtens de ministeriële resolutie van 2 juni 1947 geboden mogelijkheid tot geruisloze overgang.

De oplossing voor deze wettelijke regeling is hierin gezocht dat artikel 18 het mogelijk maakt een verzoek in te dienen dat de onderneming, die voortaan in de vorm van een N.V. gedreven gaat worden, voor de berekening van de inkomstenbelasting geacht wordt niet te zijn gestaakt. Deze fictie dat de onderneming geacht wordt niet te zijn gestaakt heeft niet alleen als effect dat geen afrekening behoeft plaats te vinden over de stille reserves en over de op wettelijke basis gevormde belastingvrije reserves, doch tevens dat - anders dan onder de regeling van het Besluit - ook geen desinvesteringsbijtelling behoeft plaats te vinden. Op deze algemene regel dat niet wordt afgerekend geldt als voornaamste uitzondering dat de onbelaste reserve ex artikel 3 van de Wet Belastingherziening 1950 wel moet worden afgerekend. Deze uitzondering is neergelegd in punt 9 van de nieuwe standaardvoorwaarden. Afrekening van deze onbelaste reserve kan plaats vinden tegen het bijzonder tarief van 20 tot 40%. De verplichting tot afrekening van de onbelaste reserve ligt, daar het hier een extra-comptabele reserve betreft die bovendien een sterk persoonlijk karakter heeft, volkomen in de normale lijn.

Over de ingebrachte activa krijgt de N.V. - ook weer anders dan bij de geruisloze overgang onder het Besluit - geen verdere aanspraak op vervroegde afschrijving en investeringsaftrek dan de bij de inbrengers nog bestaande aanspraken. De betreffende aanspraken gaan dus eenvoudig over op de N.V. Evenzo gaat de latente verplichting tot desinvesteringsbijtelling over op de N.V. Een en ander is neergelegd in de punten 3 en 4 van de standaardvoorwaarden. De betreffende regelingen sluiten logisch aan op de in artikel 18 van de Wet 1964 neergelegde fictie dat bij geruisloze overgang de onderneming geacht wordt niet te zijn gestaakt.

De onder het Besluit gestelde formele eis dat de N.V.-vorm voor het bedrijf de meest geschikte moet zijn wordt bij de nieuwe regeling niet meer gesteld. Wel wordt de eis gesteld dat het bedrijf wordt ingebracht in een nieuw opgerichte N.V.

Wat de financiële kant van de regeling betreft zijn met name de volgende punten van bijzonder belang.

- 1 De onder het Besluit gestelde voorwaarde dat de inbrengers de verkrijgingsprijs

van de door hen bij inbreng verworven aandelen moeten bepalen aan de hand van de fiscale openingsbalans van de N.V. komt bij de wettelijke regeling niet voor. Dit betekent dus dat de als zo onbillijk gevoelde „strafbepaling” dat de doorgeschoven meerwaarde nog weer eens, strijdig met de realiteit, onder de 20% heffing op de vervreemdingswinst uit aanmerkelijk belang werd gebracht, is komen te vervallen. Voortaan mag de verkrijgingsprijs van deze aandelen voor de berekening van de winst uit aanmerkelijk belang gesteld worden op de waarde, welke op het moment van de verkrijging aan deze aandelen in het economisch verkeer kan worden toegekend. Daarbij moet - aldus is te lezen in de door de Staatssecretaris gegeven toelichting in de aanschrijving B6/12565 van 3 oktober 1966 - uitgegaan worden van het vermogen van de naamloze vennootschap ten tijde van de overgang van de inkomstenbelasting naar de vennootschapsbelasting en rekening worden gehouden met de druk van de vennootschapsbelasting op de doorgeschoven reserves. Het lijkt mij persoonlijk niet kwetsief dat bij de bepaling van deze waarde mede met de waarde van de goodwill rekening zal mogen worden gehouden. Het hoofdbeginsel is immers de benadering van de waarde der aandelen in het economisch verkeer op het moment van verkrijging. Om te voorkomen dat later kwesties rijzen over de hoogte van deze waarde heeft de Staatssecretaris in zijn toelichting de wens kenbaar gemaakt dat de inspecteurs, die met de aanslagregeling van de inbrengers zijn belast, ernaar streven met betrekking tot de waarde van de bij de oprichting verworven aandelen een bindende vaststellingsovereenkomst te sluiten.

2 Het tweede punt dat in financieel opzicht van bijzonder belang is, betreft de onder het hoofd „Algemene oriëntatie” reeds genoemde mogelijkheid van ont koppeling tussen de commerciële inbrengbalans en de fiscale inbrengbalans. Reeds vóór, maar in het bijzonder na de publicatie van de eerste standaardvoorwaarden op 21 september 1965 is in de fiscale literatuur met betrekking tot de regeling neergelegd in artikel 18 een ruime discussie ontstaan over de vraag of het toelaatbaar zou zijn in de commerciële openingsbalans te starten met de reële waarde van de ingebrachte activa en meer in het bijzonder of het via deze weg mogelijk zou zijn de op het moment van inbreng aanwezige meerwaarde buiten de toekomstige heffing van inkomstenbelasting te plaatsen. Mr. S. Stoffer³⁾ gaf hierbij als zijn mening dat het nimmer de bedoeling kan zijn geweest ook nog een inkomstenbelastingclaim te vestigen op wat feitelijk als gestort kapitaal moet worden gezien. Zijn opvatting was dus dat, indien men de meerwaarde commercieel als gestort kapitaal - eventueel dus als agio - tot uitdrukking bracht, de fiscus op het punt van wat in de toekomst als winstuitdeling en van wat als terugbetaling van gestort kapitaal moest worden aangemerkt, gebonden zou zijn aan deze commerciële inbrengbalans.

Vrij algemeen was men echter van oordeel - vooral gezien de historie, dus de regeling onder het Besluit - dat de fiscus aan deze commerciële balans niet zonder meer deze fiscale konsekventies zou verbinden. De verwachting was vrij unaniem dat de fiscus met betrekking tot de toekomstige heffing van inkomstenbelasting zou

³⁾ Mr. S. Stoffer: F.E.D. 16 september 1965 (Bespreking prae-advies van Prof. J. E. A. M. van Dijk uitgebracht voor de Broederschap der Notarissen in Nederland). F.E.D. 21 oktober 1965 (Bespreking standaardvoorwaarden van 21 september 1965).

vasthouden aan de fiscale inbrengbalans. Ik volsta in dit verband met Prof. Smeets⁴⁾ te citeren:

„Het komt mij voor, dat de fiscus in art. 18 Wet I.B. een bevoegdheid heeft gekregen om - wanneer bij de „geruisloze” inbreng van activa en passiva van een éénmanszaak of van een vennootschap onder firma in een N.V. in de commerciële boekhouding van de laatste agio op aandelen ontstaat - dit agio voor de I.B. geheel of ten dele niet als zodanig te aanvaarden”.

Eerst door de publikatie van de nieuwe standaardvoorwaarden op 3 oktober 1966 en de daarop gegeven nadere toelichting door de Staatssecretaris is duidelijk gesteld dat de naamloze vennootschap *desgewenst* bij de geruisloze inbreng van het bedrijf *commercieel tot „herwaarderings” mag overgaan*. Voor de commerciële inbrengbalans is zij dus niet gebonden aan de fiscale openingsbalans. Het volgens deze commerciële inbrengbalans gestorte kapitaal zal ook fiscaal als gestort kapitaal worden aangemerkt. Materieel betekent dit dus dat daardoor de in de fiscale openingsbalans begrepen stille reserves in de toekomst niet meer onderworpen zijn aan de heffing van inkomstenbelasting. Anders gezegd betekent het dat de toekomstige belastingheffing over de op het moment van inbreng aanwezige meerwaarde beperkt kan worden tot uitsluitend de vennootschapsbelasting. Deze faciliteit, die een wel zeer belangrijke financiële tegemoetkoming betekent, is echter gebonden aan de volgende zeer stringente voorschriften:

a. Het volgens de commerciële balans gestorte kapitaal moet de inhoud krijgen van *nominaal gestort kapitaal*.

In de toelichting van de Staatssecretaris staat nadrukkelijk vermeld dat het boeken van agio ter zake van deze inbreng niet is toegestaan. In feite is daarmede naar mijn mening bedoeld dat een eventueel geboekt bedrag aan agio op de commerciële balans fiscaal niet als gestort kapitaal erkend zal worden. In fiscale zin zou dit dus z.g. „besmet agio” zijn, waarover bij uitdeling inkomstenbelasting zal worden geheven. Met Prof. Smeets⁵⁾ ben ik namelijk in het algemeen van oordeel dat de fiscus niet kan voorschrijven wat men wel of niet in de commerciële boekhouding mag boeken.

b. Het bij inbreng nominaal geplaatste aandelenkapitaal mag niet hoger zijn dan de waarde welke ten tijde van de overgang van de heffing van inkomstenbelasting naar de heffing van vennootschapsbelasting in het economisch verkeer aan het vermogen van de vennootschap kan worden toegekend. (Zie punt 6 van de standaardvoorwaarden.)

In de toelichting van de Staatssecretaris wordt hierover nog medegedeeld dat, indien belanghebbenden van een te hoge waarde van het in de naamloze vennootschap ingebrachte vermogen zijn uitgegaan en in verband daarmee tot een te hoog bedrag aandelen zijn uitgegeven, moet worden aangenomen, dat de naamloze vennootschap in het jaar van haar totstandkoming een uitdeling aan de inbrengers heeft gedaan.

Als stok achter de deur dus dat een deel van het als gestorte kapitaal opgevoerde bedrag als een winstuitkering bij anticipatie - en dus belastbaar voor

⁴⁾ Prof. Dr. M. J. H. Smeets: Fiscale onderscheidingen van agio op aandelen (Naamloze Vennootschap december 1965, blz. 129).

⁵⁾ Zie o.a. het reeds genoemde artikel van Prof. Dr. M. J. H. Smeets: Fiscale onderscheidingen van agio op aandelen. (Naamloze Vennootschap december 1965).

de inkomstenbelasting - kan worden aangemerkt. In de praktijk zal het echter naar mijn mening zeker niet gemakkelijk zijn om werkelijk met deze stok te slaan. Criterium is immers de waarde die in het economisch verkeer aan het vermogen van de naamloze vennootschap kan worden toegekend. Ofschoon nergens expliciet is gesteld dat daarbij ook de waarde van de goodwill in aanmerking kan worden genomen, is dat naar mijn mening buiten kijf. In feite betekent dit echter dat een bewust te hoog willen stellen van de vermogenswaarde zo gemakkelijk gecamoufleerd kan worden via de post goodwill, daar deze op zijn waarde slechts binnen zeer ruime tolerantiegrenzen te benaderen is.

- c. Dwingend is voorgeschreven (zie punt 6 van de standaardvoorwaarden) dat bij de berekening van de vermogenswaarde als een negatief vermogensbestanddeel moet worden aangemerkt de op de overgenomen fiscale en stille reserves drukende vennootschapsbelasting tot een bedrag van 46^o/_o van die reserves. Dit betekent dat die latente belastingverplichting voor het nominale bedrag moet worden opgevoerd. Kennelijk heeft men dus de rentewinst die in de toekomst op deze latente belastingverplichting wordt gemaakt niet buiten de toekomstige heffing van inkomstenbelasting willen laten.

Ik gaf onder b als mijn stellige overtuiging dat in de commerciële balans ook een bedrag voor goodwill kan worden opgevoerd. Indirect wordt ook over deze goodwillpost in de toekomst vennootschapsbelasting geheven omdat deze goodwillpost in de fiscale openingsbalans niet is opgenomen. Dit leidt naar mijn mening tot de conclusie dat ook voor de commercieel opgevoerd goodwill rekening moet worden gehouden met een nominale latente belastingverplichting van 46^o/_o.

Het nadrukkelijk voorschrift dat de latente belastingverplichtingen tot het nominale bedrag in aanmerking moeten worden genomen is een feitelijke beperking op het gestelde hoofdbeginsel: „waarde die in het economisch verkeer aan het vermogen van de naamloze vennootschap kan worden toegekend”.

Het lijkt mij nuttig er in dit verband op te wijzen dat dit zelfde hoofdbeginsel wordt gehanteerd voor de vaststelling van de verkrijgingsprijs voor de aanmerkelijk-belang-aandelen. De beperking dat de latente belastingverplichtingen tot het nominale bedrag in aanmerking moeten worden genomen is daarbij niet gesteld. Dit betekent naar mijn mening dat voor de vaststelling van de verkrijgingsprijs uitgegaan kan worden van de contante waarde van de latente belastingverplichtingen.

- d. Als laatste stringent voorschrift moet nog worden genoemd dat bij geruisloze inbreng niet wordt toegestaan (of althans slechts in zeer beperkte mate) dat de inbrengers voor het door hen in de naamloze vennootschap ingebrachte vermogen gedeeltelijk op een schuldrekening worden gecrediteerd. Dit voorschrift is opgenomen in punt 5 van de standaardvoorwaarden.

De ratio van dit voorschrift is de mogelijkheid uit te sluiten dat de inbrengers enerzijds besluiten de winst te reserveren en anderzijds door aflossing op het als schuld opgevoerde bedrag toch de beschikking krijgen over een deel van het vermogen van de naamloze vennootschap. Of anders gezegd: het willen voorkomen dat een onttrekking aan het vermogen van de naamloze vennootschap wordt „geëtiketteerd” als schuldaflossing die niet belastbaar is voor de

inkomstenbelasting, inplaats van als voor de inkomstenbelasting belastbare winstuitdeling.

Algemene conclusies

Als samenvattende conclusie zou ik willen geven dat bij de huidige stand van zaken geruisloze inbreng, ook in die gevallen dat uit liquiditeitsoverwegingen geen absolute noodzaak tot deze wijze van inbreng bestaat, veelal de meest voordelige oplossing zal blijken te zijn. Uit het vorenstaande is naar ik meen overigens wel voldoende duidelijk geworden dat elk concreet geval om een zo nauwkeurig mogelijke calculatie vraagt.

Alleen dan kan tot een werkelijk verantwoorde beslissing worden gekomen of directe afrekening dan wel geruisloze inbreng de in feite aangewezen oplossing is.

Ofschoon de ont koppeling van commerciële en fiscale inbrengbalans bij de geruisloze inbreng facultatief is gesteld, lijkt het mij niet twijfelachtig dat op grond van economische overwegingen feitelijk alleen de geruisloze inbreng op basis van de ont koppeling in aanmerking komt. Het komt mij in dit verband billijk voor dat deze mogelijkheid tot ont koppeling alsnog wordt opengesteld voor de reeds onder de werking van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 tot stand gekomen „geruisloze” overgangen, waarbij van deze faciliteit nog geen gebruik kon worden gemaakt.

Bijlage

STANDAARDVOORWAARDEN VOOR DE ZGN. GERUISLOZE OVERGANG VAN VENNOOTSCHAPPEN ONDER FIRMA OF COMMANDITAIRE VENNOOTSCHAPPEN.*)

1e. Alle tot het bedrijfsvermogen van de inbrengers behorende activa en passiva worden ingebracht in de naamloze vennootschap, met uitzondering van ;

2e. de naamloze vennootschap verplicht zich de overgenomen activa en passiva in haar fiscale openingsbalans te boek te stellen voor dezelfde waarde waarvoor deze zijn opgenomen in de fiscale eindbalans van de ingebrachte onderneming, welke waarde zij voor de berekening van haar totale winst als uitgangspunt zal nemen. Voor wat betreft de berekening van de jaarlijkse winst verplicht zij zich het stelsel van winstbepalen, dat door de inbrengers werd toegepast, te blijven volgen in de gevallen waarin ook de inbrengers niet van stelsel zouden mogen veranderen, waarbij zij als aanschaffingskosten van de overgenomen activa en passiva zal aanmerken de bedragen welke voor de inbrengers als zodanig golden; de door de inbrengers gevormde fiscale reserves in de zin van de artikelen 13 en 14 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 alsmede de bij artikel 84 van de Wet met die reserves gelijkgestelde reserves worden door de naamloze vennootschap aangemerkt als rechtens door haar gevormde fiscale reserves;

3e. voor de toepassing van artikel 10, derde lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 worden de overgenomen bedrijfsmiddelen niet beschouwd opnieuw

*) Deze voorwaarden gelden behoudens aanpassing op enige ondergeschikte punten ook voor de zgn. geruisloze overgang van eenmanszaken.

door de naamloze vennootschap te zijn verworven; de bij de inbrengers nog bestaande aanspraken op vervroegde afschrijving gaan over op de naamloze vennootschap;

4e. voor de toepassing van artikel 11, eerste lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 wordt de inbreng van de bedrijfsmiddelen niet beschouwd als verwerving dier bedrijfsmiddelen door de naamloze vennootschap; een bij de inbrengers nog niet uitgewerkte aanspraak op aftrek of een nog niet uitgewerkte dan wel latente verplichting tot bijtelling op de voet van artikel 11, jo. artikel 73 van de Wet en artikel 8a van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 gaat voor de resterende jaren op de naamloze vennootschap over; de inbreng wordt voor de toepassing van bovenbedoeld artikel 11, tweede lid, jo. artikel 73 van de Wet en artikel 8a van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 niet aangemerkt als vervreemding door de inbrengers;

5e. Afgezien van creditering ter zake van de op het tijdstip van overgang van de heffing van inkomstenbelasting naar de heffing van vennootschapsbelasting materieel verschuldigde belastingen en premies A.O.W./A.W.W./A.K.W. mogen de inbrengers boven de ter zake van het ingebrachte vermogen te ontvangen aandelen in de naamloze vennootschap ter afronding voor een relatief gering bedrag worden gecrediteerd; de afronding mag ten hoogste 5⁰/₁₀₀ van het nominaal geplaatste aandelenkapitaal bedragen, met dien verstande, dat het fiscale beginvermogen van de naamloze vennootschap niet negatief mag zijn;

6e. de ter zake van het ingebrachte vermogen uit te geven aandelen worden à pari bij de inbrengers geplaatst; de aandelen moeten worden volgestort; het nominaal geplaatst aandelenkapitaal mag niet hoger zijn dan de waarde welke ten tijde van de overgang van de heffing van inkomstenbelasting naar de heffing van vennootschapsbelasting in het economisch verkeer aan het vermogen van de naamloze vennootschap kan worden toegekend; bij de berekening van bedoelde waarde wordt de op de door de naamloze vennootschap overgenomen fiscale reserves in de zin van de artikelen 13 en 14 van de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 alsmede de bij artikel 84 van de Wet met die reserves gelijkgestelde reserves en de op de door de inbrengers op de commerciële openingsbalans van de naamloze vennootschap opgevoerde stille reserves drukkende vennootschapsbelasting tot een bedrag van 46⁰/₁₀₀ van die reserves als een negatief vermogensbestanddeel aangemerkt;

7e. de inbrengers zullen gedurende een periode van drie jaren na de totstandkoming van de naamloze vennootschap de bij de oprichting van de naamloze vennootschap of daarna verkregen aandelen slechts na voorafgaande goedkeuring dezerzijds mogen vervreemden; met vervreemding van aandelen wordt gelijkgesteld het vervreemden van claims, het verlenen van een koopoptie, het afstaan van het stemrecht op de aandelen, het inkopen van eigen aandelen door de naamloze vennootschap, alsmede het geheel of gedeeltelijk terugbetalen van hetgeen op de aandelen is gestort, nadat tevoren het maatschappelijk kapitaal door wijziging van de akte van oprichting dienovereenkomstig is gewijzigd;

8e. met betrekking tot de heffing van de vennootschaps- en de inkomstenbelasting wordt de onderneming geacht rechtstreeks voor rekening van de naamloze ven-

nootschap te zijn uitgeoefend van af, mits de naamloze vennootschap binnen twaalf maanden na die datum tot stand komt en de inbreng eveneens binnen die termijn plaats vindt;

9e. de bij de inbrengers eventueel nog aanwezige onbelaste reserves in de zin van artikel 3 van de Wet Belastingherziening 1950 worden verplicht bij de winst over het laatste boekjaar der vennootschap (d.i. bij vervulling van voorwaarde 8e boekjaar) gevoegd; de door deze toevoeging ontstane winst wordt op daartoe gedaan verzoek belast op de voet van artikel 57 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964; de vrijstelling van artikel 8, letter d, van de Wet is te dezen niet van toepassing;

10e. over het eerste boekjaar van de naamloze vennootschap wordt, ook al is de aangifte nog niet ingediend, een voorlopige aanslag in de vennootschapsbelasting opgelegd op basis van $\frac{3}{4}$ gedeelte van de geschatte winst; indien het eerste boekjaar niet 12 maanden omvat, wordt deze voorlopige aanslag naar evenredigheid hoger of lager vastgesteld;

11e. de inbrengers en de naamloze vennootschap verklaren ieder voor zich binnen twee maanden na de totstandkoming van de naamloze vennootschap of, indien de naamloze vennootschap reeds is tot stand gekomen, binnen twee maanden na de dagtekening van deze beschikking schriftelijk aan de inspecteur der directe belastingen te dat zij de bovenstaande voorwaarden en beperkingen - voor zover deze hem, hen of haar aangaan - aanvaarden.