

FISCALE FIRMAPROBLEMATIEK IN BEWEGING

DR. J.L. VAN DE STREEK¹

1 Inleiding

Op 11 juli 2014 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen dat de fiscale firmaproblematiek zoals die aan de orde is in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, op haar grondvesten doet schudden.² De Hoge Raad is bij deze gelegenheid na 55 jaar teruggekomen op een arrest waarmee generaties fiscalisten zijn opgegroeid, te weten HR 16 december 1959, nr. 14 092, *BNB* 1960/34. In dit oude arrest oordeelde de Hoge Raad dat een ondernemer die zijn onderneming inbrengt in een fiscaal transparante personenvennootschap en daarbij voor de werkelijke waarde wordt gecrediteerd op zijn kapitaalrekening, voor fiscale doeleinden niet alleen overdrachtswinst maar óók herwaarderingswinst wordt geacht te genieten. Bij mijn weten bestaat er geen enkel arrest dat in de literatuur zo veel kritiek heeft ontmoet als *BNB* 1960/34.³ Ook de praktijk heeft het arrest niet onberoerd gelaten. In wezen is aan *BNB* 1960/34 de ge-

compliceerde aangelegenheid te wijten die de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap is geworden. Illustratief is hetgeen Giele en Vermeend alweer in 1993 zonder overdrijving lieten optekenen: "Sedert dit arrest heeft noch de belastingdienst noch de Hoge Raad aanleiding gezien om van standpunt te veranderen. Daarmee is de oprichting van een VOF in de praktijk een van de meest gekunstelde zaken in ons belastingrecht geworden."⁴

In deze bijdrage bespreek ik het arrest van 11 juli 2014 en onderzoek ik de fiscale gevolgen die na dit arrest zijn verbonden aan de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde. Het betreft hier geen theoretische exercitie. Hoewel deze inbrengfiguur ruim vijf decennia een sluimerend bestaan heeft gekend, verwacht ik een "revival" in bepaalde praktijksituaties. De belangrijkste fiscale belemmering is daarvoor namelijk thans weggenomen.

2 Het alom bekritiseerde herwaarderingswinstarrest *BNB* 1960/34

In HR 16 december 1959, nr. 14 092, *BNB* 1960/34 besliste de Hoge Raad dat de inbreng van een onderneming in een fiscaal transparant samenwerkingsverband tegen de werkelijke waarde, bij de inbrenger in beginsel leidt tot belastingheffing over alle stille reserves en de gehele in de onderneming aanwezige goodwill. De totale "inbrengwinst" bestaat volgens de Hoge Raad uit twee componenten, te weten:

- (i) overdrachtswinst ter grootte van de door de inbrenger aan de overige vennoten overdragen stille reserves en goodwill; en
- (ii) herwaarderingswinst ter grootte van de door de inbrenger behouden stille reserves en goodwill.

Beide componenten zijn omstreken, maar de kritiek op de herwaarderingswinstcomponent spant zonder meer

1. Verbonden aan Loyens & Loeff NV en het Amsterdam Centre for Tax Law van de Universiteit van Amsterdam.
2. HR 11 juli 2014, nr. 13/00372, *V-N* 2014/36.16, *BNB* 2014/192.
3. Zonder volledig te (kunnen) zijn, verwijs ik naar J. Spaans-stra, 'Herwaardering bij het toe- en uitreden van firmanten', *WFR* 1960/4492, J.F.M. Giele, 'De verplichte herwaardering bij inbreng van een onderneming in een VOF, een gerechtvaardigde complicatie?', *MBB* 1967/11, J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma (FM nr. 10)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 100-109, M.A. Wisselink, *Overdrachts- en liquidatiewinst (FM nr. 1)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 186-190 en H.J. Hofstra & L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting (Fiscale Hand- en Studieboeken)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 330-331. Meer recente kritiek is afkomstig van A.J.A. Stevens, *De commanditaire vennootschap (FM nr. 102)*, Deventer: Kluwer 2001, p. 56-57, J.J.M. Jansen, 'Invoeringswet personenvennootschappen en inkomstenbelasting', *WFR* 2007/815, J. Doornebal, 'Een merkwaardige inbreuk op de vrijheid bij deze keuze van een waarderingsstelsel', in: 40 jaar *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 51-77 en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (onderdeel Inkomstenbelasting)*, IB.3.2.35.C.c3.

4. J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma (FM nr. 10)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 109.

de kroon. De herwaarderingscomponent was ook het vernieuwende aan het arrest, want daarvóór was het al vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat overdrachtswinst in aanmerking dient te worden genomen indien een onderneming wordt ingebracht tegen de werkelijke waarde.⁵ Het standaardarrest voor wat betreft de overdrachtswinstcomponent is HR 26 juni 1957, nr. 13 189, *BNB* 1957/267. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat de inbreng van een onderneming geldt als een overdracht voor zover het economische belang van de onderneming daardoor bij overige vennoten komt te liggen.⁶ De Hoge Raad vulde deze maatstaf zelf concreet in aan de hand van de overeengekomen (over)winstverdeling.⁷ Voor zover de overige vennoten na de inbreng delen in de (over)winst van het samenwerkingsverband heeft volgens de Hoge Raad de inbrengende vennoot zijn onderneming overgedragen. De berekening van de overdrachtswinst komt daardoor praktisch neer op de vermenigvuldiging van het percentage van de (over)winst dat aan de overige vennoten toekomt met de stille reserves en de goodwill. Ik geef een voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld

X gaat met Y een VOF aan waarbij X zijn in de vorm van een eenmanszaak gedreven onderneming inbrengt tegen werkelijke waarde van 500. De fiscale boekwaarde van de onderneming – lees: activa minus passiva – is 100. Y brengt alleen arbeid in.⁸ De winstverdeling is 50% voor X en 50% voor Y. De commerciële VOF-balans ziet er direct na opening als volgt uit.

Commerciële openningsbalans VOF			
Onderneming	500	Kapitaal X	500
		Kapitaal Y	nihil
	500		500

Volgens de Hoge Raad heeft X door de inbreng 50% van zijn onderneming overgedragen aan Y en bedraagt de

5. Zie voor een geval waarin de inbreng een partiële overdracht impliceerde bijvoorbeeld HR 20 januari 1954, nr. 11 577, *BNB* 1955/54 en HR 28 september 1955, nr. 12 496, *BNB* 1955/343.
6. De goederenrechtelijke deelgerechtigheid in de vennootschappelijke gemeenschap doet dus niet ter zake.
7. Zijnde de winst na aftrek van een arbeidsbeloning, rentevergoeding over de kapitaalrekening en een vergoeding voor het gebruik van niet-ingebachte bedrijfsmiddelen.
8. Voor de fiscale uitwerking maakt het geen wezenlijk verschil of de toetredende vennoot alleen arbeid inbrengt dan wel ook een bedrag in contanten stort; een storting in contanten heeft slechts effect op de omvang van het fiscale ondernemingsvermogen van de toetredende. In de casus van *BNB* 1960/34 bracht de toetredende vennoot alleen arbeid in.

fiscaal in aanmerking te nemen overdrachtswinst 200 (50% x 400 stille reserves en goodwill). De mogelijke kritiek hierop laat zich met één blik op de commerciële VOF-balans eenvoudig begrijpen.⁹ Als gevolg van de bijschrijving van de werkelijke waarde van de onderneming op de kapitaalrekening van X, heeft X namelijk helemaal geen stille reserves en goodwill aan Y overgedragen. Y heeft dan ook niets aan X betaald. Op het bedrag van de bij inbreng aanwezige stille reserves en goodwill kan X aanspraak maken bij uittreding uit de VOF.¹⁰ Y deelt pas voor 50% in de stille reserves en goodwill die eventueel ná inbreng zullen ontstaan. Het moet ervoor worden gehouden dat de Hoge Raad zich van een dergelijke tegenwerping bewust is geweest en desondanks de inbreng tegen werkelijke waarde als een gedeeltelijke overdracht van de stille reserves en goodwill heeft aangemerkt.¹¹ In de optiek van de Hoge Raad is de bijschrijving van de stille reserves en goodwill op de kapitaalrekening van de inbrenger voor een deel – in het voorbeeld 50% – kennelijk net zo'n evidente fiscale realisatie van meerwaarden als een overdracht tegen een vergoeding. Daar valt naar mijn mening wel iets voor te zeggen omdat het op de kapitaalrekening van de inbrenger bijgeschreven bedrag feitelijk voor dat deel functioneert als een vordering op de toetredende.¹² Om geen misverstand te doen ontstaan zij opgemerkt dat

9. Zie K. Bierlaagh, *Fiscale problemen rond de vennootschap onder firma (II)*, *MBB* 1958, nr. 12, p. 32-35, J. Spaanstra, *Enige aspecten van de voortgezette bedrijfsoverdracht*, *WFR* 1960/53, onderdeel 4, J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma (FM nr. 10)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 76, M.A. Wisselink, *Overdrachts- en liquidatiewinst (FM nr. 1)*, Deventer: Kluwer 1994, p. 182-186 en H.J. Hofstra & L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting (Fiscale Hand- en Studietoelagen)*, Deventer: Kluwer 1998, p. 330-331.
10. Als de VOF de onderneming direct zou verkopen gevolgd door ontbinding van de VOF, bedraagt de commerciële winst van de VOF nihil en ontvangt X zijn kapitaal van 500 terug.
11. Zo geeft de Hoge Raad uitdrukkelijk aan te beseffen dat de waardeveranderingen van het door X ingebrachte vermogen toetredende Y aangaan ten opzichte van de werkelijke waarde van dat vermogen ten tijde van de inbreng.
12. Zie voor een dergelijke verklaring bijvoorbeeld J.E.A.M. van Dijk in zijn noot onder HR 16 december 1959, nr. 14 092, *BNB* 1960/4 en J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma (FM nr. 10)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 88. Deze vordering kan inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de commerciële VOF-balans in het geval waarin de onderneming in het eerste jaar waardeloos wordt gestaakt:

Commerciële VOF-balans			
Onderneming	nihil	Kapitaal X	250
		Kapitaal Y	-/- 250
	nihil		nihil

deze in de kapitaalrekening van X belichaamde "vordering" op Y gewoon deel uitmaakt van het verplichte fiscale ondernemingsvermogen van X.¹³

Anders ligt dit met betrekking tot de herwaarderingswinstcomponent. De eensluidende kritiek hierop is omvangrijk en is sinds het wijzen van het arrest *BNB* 1960/34 onverminderd aangehouden.¹⁴ Volgens de Hoge Raad leidt de inbreng van een onderneming tegen werkelijke waarde óók tot belastingheffing bij de inbrenger over de stille reserves en goodwill in het door hem behouden deel van de onderneming. Dat betekent in het bovenstaande voorbeeld dat X een herwaarderingswinst van 200 (50% x 400) moet verantwoorden. De commerciële VOF-balans functioneert dan tevens als fiscale balans van de firmanten aan de hand waarvan zij hun fiscale winst moeten bepalen.¹⁵ Letterlijk overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat in een geval waarin:

"de inbrenger in de boeken der vennootschap zal worden gecrediteerd voor de van de voormalige boekwaarden afwijkende hogere waarde, dit betekent dat zij voor hun winstberekening uitgaan van deze hogere waarde; dat het alsdan den inbrenger niet vrijstaat voor zijn winstberekening ten dienste van de heffing van inkomstenbelasting vast te houden aan zijn voormalige boekwaarde; dat dit insluit dat hij voor de heffing van inkomstenbelasting geacht moet worden voor het 'overgedragen' aandeel in het bedrijfsvermogen overdrachtswinst en voor het overige herwaarderingswinst te hebben gemaakt, tot een gezamenlijk beloop van de aan het ingebrachte bedrijfsvermogen toegekende hogere waarde."

De Hoge Raad wordt vooral verweten met dit oordeel zonder overtuigende reden een inbreuk te hebben gemaakt op het principe dat de fiscale winstbepaling losstaat van de commerciële winstbepaling.¹⁶ Het feit dat de inbrenger het door hem vanuit fiscale optiek behouden deel commercieel "herwaardeert" naar de werkelijke

waarde op de commerciële VOF-balans zou aldus géén reden hoeven te zijn om die herwaardering voor de fiscale winstbepaling automatisch te volgen. Het ongelukkige gevolg van de beslissing van de Hoge Raad is ongetwijfeld geweest dat een inbreng van een onderneming tegen werkelijke waarde, hetgeen vanuit een economisch oogpunt volstrekt rationeel is, niet langer een optie was.¹⁷ Slechts argeloze belastingplichtigen liepen nog in de val van de herwaarderingswinst. In plaats daarvan is het praktijk geworden om de onderneming commercieel in te brengen tegen de fiscale (!) boekwaarden van de inbrenger. Deze tegennatuurlijke gang van zaken behoeft vervolgens allerlei kunst- en vliegwerk om ervoor te zorgen dat de toetreders niet onbedoeld wordt bevoordeeld.¹⁸

3 Het motorvrachtschip-arrest van 11 juli 2014

De casus van het arrest waarin de Hoge Raad terugkomt op *BNB* 1960/34 betreft een reder – hierna aangeduid als BV X – die in 2001 als beherend vennoot met 80 commandieten een CV aangaat met als doel de exploitatie van zeeschepen.¹⁹ Het winstaandeel van BV X bedraagt 23,66%. In het kader van deze bijdrage is van belang dat BV X een motorvrachtschip inbrengt waarvan de werkelijke waarde € 353.948 hoger is dan kostprijs waarvoor BV X het schip heeft laten bouwen.²⁰ BV X wordt op haar kapitaalrekening in de boeken van de CV gecrediteerd voor de werkelijke waarde van het motorvrachtschip. In haar aangifte vennootschapsbelasting verantwoordt BV X de gehele stille reserve in het motorvrachtschip van € 353.948 als bate vallend onder het tonnageregime ex art. 3.22 e.v. Wet IB 2001. Onder dit regime wordt de winst uit scheepvaart op verzoek van de belastingplichtige op forfaitaire wijze vastgesteld

De kapitaalrekening van zowel X als Y wordt verminderd met hun aandeel in het verlies van 500, te weten 250 voor X (50% van 500) en 250 voor Y (50% van 500).

13. Zie J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Deventer: Kluwer 1993, p. 89.

14. Zie de in voetnoot 3 genoemde literatuur.

15. In vergelijkbare zin M.L.M. van Kempen in onderdeel IB.3.2.35.C.c2 van de *Cursus Belastingrecht* (onderdeel Inkomstenbelasting). Zie voorts goed dat het fiscale ondernemingsvermogen van X 500 bedraagt en dat van Y nihil.

16. Zie voor de autonomie van het fiscale winstbegrip o.a. HR 17 maart 1954, nr. 11 681, *BNB* 1954/128; HR 1 oktober 1975, nr. 17 700, *BNB* 1976/194; HR 23 september 1992, nr. 28 155, *BNB* 1993/60 en HR 2 maart 1994, nr. 29 061, *BNB* 1994/164.

17. J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Deventer: Kluwer 1993, p. 108 merken op dat "iedere firmant de herwaardering wel uit zijn hoofd [zal] laten".

18. Zonder nadere maatregelen dreigen immers de ten tijde van de inbreng aanwezige stille reserves en goodwill bij realisatie mede toe te komen aan de toetreders (en wel ten grootte van zijn winstaandeel). Het kunst- en vliegwerk bestaat onder andere uit een betaling door de toetreders aan de inbrenger buiten de firmaboeken om en/of een door de inbrenger gemaakt voorbehoud van de stille reserves en goodwill. Ik wijs erop dat in het geval waarin de stille reserves en goodwill door de inbrenger volledig worden voorbehouden, er uiteraard ook geen sprake is van overdrachtswinst.

19. Het gros van de commandieten bestaat uit particulieren die elk voor fl. 25.000 participeren.

20. Ik besteed geen aandacht aan een ander geschilpunt in deze procedure, te weten de belastbaarheid van de winstopslag op de door BV X aan de CV doorberekende kosten.

aan de hand van de tonnage van de schepen. Hoewel de inspecteur het verzoek van BV X om de toepassing van de tonnageregeling inwilligde, vindt hij deze regeling niet van toepassing op de als bate verantwoorde stille reserve in het motorvrachtschip. Zowel de rechtbank als het hof stelt de inspecteur in het gelijk. Beide rechtscollages oordelen dat de stille reserve in het motorvrachtschip regulier is belast, en wel voor 76,34% als overdrachtswinst (€ 270.204) en voor 23,66% als herwaarderingswinst (€ 83.744). De totale bate kan in de optiek van beide rechtscollages niet worden aangemerkt als een resultaat behaald met de exploitatie van een schip dan wel als een resultaat dat daarmee direct samenhangt. De bate is volgens de rechtbank en het hof bij BV X opgekomen in hoedanigheid van "handelaar" in het motorvrachtschip en niet als (mede-)exploitant.

De Hoge Raad gaat afzonderlijk in op de overdrachtswinstcomponent en de herwaarderingscomponent. Zonder omhaal van veel woorden stemt de Hoge Raad in met het oordeel van het hof dat de met de inbreng van het motorvrachtschip behaalde overdrachtswinst niet onder het tonnageregime valt. De grote verrassing van het arrest is dat de Hoge Raad vervolgens beslist dat de inbreng van een vermogensbestanddeel tegen werkelijke waarde niet langer voor de fiscale winstberekening tot verplichte herwaarderingswinst leidt. De Hoge Raad gaat expliciet "om" en neemt aldus afstand van één van de in de fiscale literatuur meest en felst bekritiseerde arresten. Letterlijk overweegt de Hoge Raad:²¹

"Middel II bestrijdt voorts het oordeel van het Hof dat belanghebbende bij de overdracht van het schip aan de cv overdrachtswinst en herwaarderingswinst heeft behaald. Het middel wordt terecht voorgesteld voor zover het betoogt dat in een geval als het onderhavige, waarin een activum voor een hogere waarde dan de fiscale boekwaarde wordt ingebracht in een transparante personenvennootschap en de inbrengende ondernemer een belang bij het activum behoudt, goed koopmansgebruik niet ertoe dwingt om (ook) in de mate waarin de inbrenger gerechtigd blijft tot de waarde van het activum boven de boekwaarde bij inbreng, deze meerwaarde in het jaar van inbreng als winst in aanmerking te nemen. De omstandigheid dat het desbetreffende activum op de balans van de personenvennootschap zal verschijnen voor de waarde waarvan bij de inbreng is uitgegaan, vormt anders dan de Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 16 december 1969, BNB 1960/34, niet langer aanleiding om anders te oordelen. Die omstandigheid neemt immers niet weg dat de inbrenger met betrekking tot het door hem behouden belang bij het activum, voor dat gedeelte geen meerwaarde heeft gerealiseerd. De Hoge Raad komt in zoverre daarom terug van zijn arrest."

21. Zie r.o. 3.3.2.

Het oordeel van de Hoge Raad impliceert dat BV X op grond van goed koopmansgebruik niet verplicht is om 23,66% van de stille reserve in het motorvrachtschip als herwaarderingswinst in aanmerking te nemen. Dit oordeel is van belang voor alle belastingplichtigen²² die tegen de werkelijke waarde vermogensbestanddelen inbrengen in een fiscaal transparant samenwerkingsverband. Meteen moet worden opgemerkt dat het omgaan van de Hoge Raad de procederende belastingplichtige zelf de facto niet baatte als gevolg van de eindafrekeningsbepaling die van toepassing is bij de overgang naar het tonnageregime.²³ Op grond van deze bepaling dienen vermogensbestanddelen die worden gebruikt voor het behalen van scheepvaartwinst vlak vóór het van toepassing worden van het tonnageregime te worden gewaardeerd naar de waarde in het economische verkeer. Aangezien het dossier geen aanwijzing bevatte dat de werkelijke waarde van het motorvrachtschip was gewijzigd in de periode vanaf de inbreng tot aan het van toepassing worden van het tonnageregime in de loop van 2001, diende BV X volgens de Hoge Raad op grond van deze bepaling (alsnog) de stille reserve in het behouden deel van het motorvrachtschip tot de winst te rekenen.

Hoewel het voor de procederende belastingplichtig dus niet uitmaakte, juich ik het toe dat de Hoge Raad deze zaak heeft aangegrepen om terug te komen op BNB 1960/34.²⁴ Het beleidsbesluit waarin de Staatssecretaris van Financiën vasthoudt aan BNB 1960/34 kan dan ook worden ingetrokken.²⁵ Noemenswaardig is dat het arrest bijna alle elementen bevat die volgens Lubbers idealiter van een arrest deel uit zouden moeten maken als de Hoge Raad omgaat.²⁶ Eén ding ontbreekt mijns inziens in het arrest en dat is een uitdrukkelijk door de Hoge Raad uitgesproken motief voor het omgaan. In de sfeer van goed koopmansgebruik wil de Hoge Raad nog wel eens omgaan vanwege maatschappelijke ontwikkelingen.²⁷ Een dergelijke dynamiek is evenwel niet aan de orde in dit arrest. Het arrest past naar mijn mening het

22. Natuurlijke personen die onder de Wet IB 2001 winst of resultaat genieten alsmede lichamen die onder de vennootschapsbelasting vallen.

23. Het betreft art. 3.23 lid 2 Wet IB 2001.

24. Volgens de advocaat-generaal vormde deze zaak niet een gelegenheid om op BNB 1960/34 terug te komen vanwege een gebrek aan belang. Zie onderdeel 7.3 van de conclusie.

25. Besluit van 31 augustus 2001, nr. CPP2001/2374M, BNB 2001/41, vraag 1.

26. Zie A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren (Fiscale Geschriften)*, Amersfoort: Sdu 2007, p. 305 alsmede de noot van A.O. Lubbers onder het motorvrachtschip-arrest in BNB 2014/192.

27. Zie HR 18 december 1991, nr. 26 674, BNB 1992/181 (huurkoopvorderingen) en HR 1 februari 2008, nr. 43 486, BNB 2008/106 (veldinventaris).

beste in het – intussen in aantal aardig oplopend – rijtje arresten waarin de Hoge Raad met betrekking tot een op het terrein van het goed koopmansgebruik aanvankelijk ingezette koers omgaat vanwege een gewijzigd inzicht (van de Hoge Raad zelf (!)).²⁸

4 De persoonlijke fiscale VOF-balans

De praktische vraag die naar aanleiding van het motorvrachtschiparrest rijst, is hoe de persoonlijke fiscale VOF-balans van de inbrengende vennoot er uit ziet als de onderneming wordt ingebracht tegen werkelijke waarde en daarbij alléén overdrachtswinst tot uitdrukking wordt gebracht. Dit is een nieuwe vraag want onder *BNB* 1960/34 was die persoonlijke fiscale VOF-balans vanwege de verplichting in aanmerking te nemen herwaarderingswinst simpelweg gelijk aan de commerciële VOF-balans (zie onderdeel 2).²⁹ Ter illustratie van de problematiek gebruik ik hetzelfde voorbeeld als in onderdeel 2. Voor de goede orde merk ik op dat dit niet een geval is waarvan ik met name verwacht dat de inbrengfiguur met creditering tegen de werkelijke waarde zijn "revival" zal beleven; zie voor die gevallen onderdeel 5 hierna. Het voorbeeld uit onderdeel 2 luidt als volgt:

- X gaat een VOF aan met Y en brengt zijn onderneming in;
- Y brengt alleen arbeid in;
- de fiscale boekwaarde van X's onderneming bedraagt 100 en de werkelijke waarde 500;
- de winstverdeling van de VOF is 50%/50%.

Volledigheidshalve geef ik nogmaals de commerciële VOF-balans vlak na opening weer.

Commerciële openingsbalans VOF			
Onderneming	500	Kapitaal X	500
		Kapitaal Y	nihil
	<u>500</u>		<u>500</u>

28. Zonder volledig te zijn wijs ik op HR 13 november 1991, nr. 27 563, *BNB* 1992/109 (obligaties); HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, *BNB* 1998/409 (voorzieningen) en HR 28 juni 2000, nr. 34 169, *BNB* 2000/275 (pensioenverplichtingen). Zie over het omgaan van de Hoge Raad in goedkoopmansgebruikswesties uitgebreid: A.O. Lubbers, *Goed koopmansgebruik* (Fiscale Geschriften), Amersfoort: Sdu 2005, p. 639-367 en J. Doornebal, 'Goed koopmansgebruik als open norm', *NTFR-B* 2008/33.

29. Ik besteed geen aandacht aan de persoonlijke fiscale VOF-balans van de toetreders want voor hem geldt onverkort de commerciële VOF-balans als fiscale openingsbalans.

Ter aanvulling merk ik op dat de jaarlijkse afschrijving 10% bedraagt. In de commerciële winst- en verliesrekening van de VOF wordt aldus rekening gehouden met een afschrijvingslast van 50 (10% van 500).

Het lijkt geen twijfel dat de voor X op te stellen persoonlijke fiscale VOF-balans behulpzaam moet zijn bij:

- de vaststelling van het fiscaal eigen vermogen van X,³⁰ en
- de bepaling van X's fiscale winst volgens zijn eigen – uiteraard binnen goed koopmansgebruik en wettelijke kaders toegestane – stelsel.

De eerste gedachte die wellicht opkomt, is om een persoonlijke fiscale VOF-balans voor X te construeren waarop het behouden deel van de onderneming op de oorspronkelijke boekwaarde blijft staan en het overgedragen deel van de onderneming te boek wordt gesteld voor de werkelijke waarde.³¹ Concreet ziet die balans er als volgt uit.

Persoonlijke fiscale VOF-balans X			
Onderneming	300	Kapitaal X	300
		Kapitaal Y	nihil
	<u>300</u>		<u>300</u>

De boekwaarde van de onderneming van 300 op deze balans is een optelsom van het behouden deel van 50 (50% van 100) en het als overgedragen beschouwde deel van 250 (50% van 500). Hoewel het fiscaal eigen vermogen van X er juist op wordt weergegeven, vind ik deze balans niet geschikt als hulpmiddel bij de bepaling van X's fiscale winst. Dat komt omdat er bij deze balans niet van kan worden uitgegaan dat X's fiscale onderneming in feite de helft is van de door de VOF gedreven onderneming. Zo zou op basis van deze balans de onjuiste indruk kunnen worden gewekt dat X's fiscale afschrijvingslast de helft bedraagt van 30 (10% van 300 boekwaarde onderneming). De fiscale afschrijvingslast van X moet echter worden berekend op basis van de boekwaarde van het behouden deel, te weten 50, zodat de X's fiscale afschrijvingslast 5 bedraagt (10% van 50). De "hybride" boekwaarde van 300 geeft ook aanleiding tot complicaties bij de verkoop van bedrijfsmiddelen, hetgeen kan worden geïllustreerd door te veronderstellen dat de onderneming van de VOF – niet lang na de

30. Het fiscaal eigen vermogen is van belang voor de mogelijkheid om te doteren aan de fiscale oudedagsreserve ex art. 3.67 e.v. *Wet IB* 2001 in het geval X een natuurlijk persoon is. Voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen/vennoten is het fiscaal eigen vermogen van belang voor de hoogte van een eventuele deelnemingsschuld ex art. 131 *Wet VPB* 1969.

31. Zo begrijp ik M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht* (onderdeel *Inkomstenbelasting*), *IB*.3.2.35.C.c3.

totstandkoming van de VOF – aan een derde wordt verkocht voor 600. In de korte VOF-periode heeft zich aldus een waardestijging voorgedaan van 500 (600 – 100). Welk deel van de op basis van deze persoonlijke fiscale balans gemaakte boekwinst van 300 (600 – 300) is belast bij X?³²

Ik geef er de voorkeur aan om voor X's fiscale winstberekening uit te gaan van de volgende persoonlijke fiscale VOF-balans.

Persoonlijke fiscale VOF-balans X			
Onderneming	100	Kapitaal X	300
		Kapitaal Y	-/- 200
	100		100

Een dergelijke balans op basis van de "oude" boekwaarden van X is eerder gesuggereerd door Giele en Vermeend.³³ Bij deze persoonlijke fiscale VOF-balans van X gaat wél op dat X's onderneming in fiscale zin bestaat uit de helft van de door de VOF gedreven onderneming, te weten de niet-overgedragen helft. X's fiscale winst bedraagt dan ook de helft van de met behulp van deze fiscale VOF-balans berekende winst. Zo wordt automatisch aan X de juiste afschrijvingslast van 5 toegerekend (de helft van 10% van 100 boekwaarde). In het gedachte-experiment waarin de onderneming van de VOF niet lang na de totstandkoming van de VOF wordt verkocht aan een derde voor 600, rolt er bovendien de juiste fiscale boekwinst uit voor X, te weten 250 (de helft van (600 – 100)). Voor de goede orde merk ik op dat de persoonlijke fiscale VOF-balans op geen enkele wijze relevant is voor de fiscale positie van Y. Dat het fiscaal eigen vermogen van X op deze fiscale VOF-balans 300 bedraagt, is dan

ook niet curieus.³⁴ Na de inbreng is het fiscale eigen vermogen van X immers toegenomen met de overdrachts-winst van 200. Gegeven het fiscale waarderingsstelsel van X, bedraagt Y's kapitaal vervolgens 200 negatief. Dat negatieve kapitaal brengt tot uitdrukking dat het op basis van deze balans aan Y toekomende deel van de bestaande stille reserves en goodwill (te weten Y's winstpercentage van 50% x 400) in feite voor X is. Dat strookt met de werkelijkheid want X heeft immers de onderneming ingebracht tegen werkelijke waarde en is op de commerciële VOF-balans gecrediteerd voor die werkelijke waarde.³⁵

De lezer die het intussen is beginnen te duizelen, kan ik enigszins geruststellen. Het lijkt namelijk niet per se nodig om een persoonlijke fiscale VOF-balans op te stellen. Zo was de belastingplichtige in *BNB* 1960/34 in zijn aangifte voor de inkomstenbelasting uitgegaan van de commerciële VOF-balans en de commerciële winst- en verliesrekening van de VOF. Zijn fiscale winst had hij daaruit afgeleid door een lager bedrag aan afschrijvingen in aanmerking te nemen.³⁶ Voorts had hij geen fiscale herwaarderingswinst aangegeven. Het hof stemde in met deze handelswijze.³⁷ Nu de Hoge Raad is teruggekomen op *BNB* 1960/34 lijkt alsnog van dit hofoordeel te kunnen worden uitgegaan.

32. Het antwoord luidt 250. De eerste 200 boekwinst dient geheel aan X te worden toegerekend en de resterende 100 boekwinst slechts voor de helft.

33. Zie J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Deventer: Kluwer 1993, p. 119 en 130-131, die dit type persoonlijke fiscale VOF-balansen opmaken voor gevallen waarin de inbreng tegen werkelijke waarde in weerwil van *BNB* 1960/34 niet zou hebben geleid tot fiscale herwaarderingswinst. Voor de goede orde merk ik op dat Giele en Vermeend een dergelijke balans opstellen voor het geval waarin de toetreders buiten de boeken om betaalt (p. 119) en het geval waarin de toetreders contanten inbrengt (p. 130-131). Ik zie echter niet in waarom de door hen gesuggereerde persoonlijke fiscale VOF-balans niet ook zou kunnen worden gebruikt in het door mij gehanteerde voorbeeld waarin de toetreders slechts arbeid inbrengt en helemaal niets betaalt (dus ook niet buiten de boeken om).

34. Zie J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Deventer: Kluwer 1993, p. 119 en 130-131, die overigens wel verzuchten dat "niet alleen studenten met deze balans steeds weer grote problemen [hebben]".

35. Dit kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van het geval waarin de VOF de onderneming verkoopt gevolgd door ontbinding en vereffening. Bij een verkoop van de onderneming voor 500 maken X en Y vanuit X's fiscale optiek beiden 200 winst (elk 50% van 400). Y krijgt daarvan echter niets omdat Y ter grootte van dit bedrag eerst het negatieve kapitaal van 200 moet "inhalen". Bij vereffening van het VOF-vermogen krijgt X vervolgens de volledige verkoopprijs van 500 toebedeeld (300 bestaand kapitaal X + 200 winst).

36. In mijn voorbeeld bedraagt de commerciële afschrijvingslast die X aangaat 25 (de helft van 50) die voor fiscale doeleinden dan moet worden verlaagd tot 5.

37. Letterlijk overwoog het hof dat "een aangifte als voor 1956 is geschied, waarbij is uitgegaan van de vennootschappelijke administratie, doch concreet is aangegeven op welke wijze die gegevens moeten worden gecorrigeerd met het oog op het verschil (ten aanzien van belangh.) tussen de fiscale en de vennootschappelijke boekwaarden, voldoet aan de eis der wet en voldoende duidelijk tot uitdrukking brengt dat, herwaarderend van het behouden deel van de ingebrachte bedrijfsmiddelen tot de voor de onderlinge verhouding aangehouden waarde niet wordt gewent".

5 Is er nog behoefte aan een afrekening buiten de boeken om?

In *BNB* 1960/34 beseftte de Hoge Raad dat het in de praktijk wel heel onaantrekkelijk zou worden om een onderneming tegen de werkelijke waarde in te brengen in een VOF als dit fiscale herwaarderingswinst zou uitlokken. Toch weerhield dit besef de Hoge Raad er niet van om fiscale herwaarderingswinst voor te schrijven. In de optiek van de Hoge Raad was er namelijk een alternatieve route beschikbaar die de Hoge Raad in *BNB* 1960/34 aanduidde als een "afrekening buiten de (commerciële, JLS) boeken van de vennootschap om". In een dergelijk geval wordt de onderneming ingebracht tegen de fiscale (!) boekwaarden waarbij de toetreders aan de inbrenger buiten de commerciële VOF-balans om een vergoeding betaalt voor de ten tijde van de inbreng aanwezige stille reserves en goodwill waarop hij via zijn winstaandeel recht krijgt. De inbrenger realiseert "slechts" overdrachtswinst die gelijk is aan de van de toetreders in privé te ontvangen vergoeding.³⁸ De veelal bij de toetreders aanwezige liquiditeitsproblemen om die vergoeding daadwerkelijk te betalen, werden in de praktijk nog weleens opgelost door de vergoeding aan de inbrenger schuldig te blijven. Het behoeft geen betoog dat een dergelijke gang van zaken een zeer gecompliceerde boel oplevert.³⁹

Een belangrijk gevolg van het "motorvrachtschip-arrest" is mijns inziens dat aan de inbrengfiguur waarbij buiten de boeken om wordt afgerekend, niet langer behoefte is. De onderneming kan thans tegen de werkelijke waarde worden ingebracht zonder dat dit fiscale herwaarderingswinst tot gevolg heeft. Wel is onverkort blijven gelden dat de inbreng van een onderneming tegen de werkelijke waarde tot belaste overdrachtswinst leidt. De vraag rijst in welke gevallen in de praktijk gebruik zal worden gemaakt van de "nieuwe" mogelijkheid om een onderneming in te brengen tegen de werkelijke waarde. Mijns inziens ligt voor de hand dat het gevallen betreft waarin de inbrenger van de onderneming graag van de toetreders een vergoeding ontvangt (en de toetreders uiteraard over voldoende liquiditeiten beschikt om die vergoeding te betalen). De verschuldigde belasting over de overdrachtswinst kan de inbrenger dan bovendien uit het ontvangen bedrag voldoen. In wezen gaat het dus om de gevallen waarvoor de Hoge Raad in *BNB* 1960/34

de alternatieve inbrengfiguur heeft ontwikkeld met een betaling buiten de boeken om. In plaats van buiten de boeken om, kan bij een inbreng tegen de werkelijke waarde de betaling over de boeken van de vennootschap lopen (zie het voorbeeld hierna). In andere gevallen, zoals het geval uiteengezet in onderdeel 2 en onderdeel 4 waarbij de toetreders slechts arbeid en géén contanten inbrengt, lijkt de inbreng van de onderneming tegen fiscale boekwaarden met voorbehoud van stille reserves en goodwill waarschijnlijk de meest geëigende weg te blijven. Overdrachtswinst kan dan immers het beste worden vermeden.⁴⁰

Ik geef een voorbeeld van de praktijkgevallen waarvan ik verwacht dat de inbreng vanaf nu in de regel zal plaatsvinden tegen de werkelijke waarde. Het voorbeeld borduurt voort op het door mij in onderdeel 2 en onderdeel 4 gebruikte voorbeeld met dien verstande dat Y nu niet alleen arbeid inbrengt maar óók contanten ter grootte van de helft van de werkelijke waarde van de onderneming. Het aangepaste voorbeeld kan als volgt worden samengevat.

- X brengt zijn onderneming in tegen de werkelijke waarde van 500 in een VOF met Y;
- Y brengt arbeid in en een bedrag aan contanten van 250;
- de fiscale boekwaarde van de onderneming van X bedraagt 100;
- de winstverdeling is 50% voor X en 50% voor Y.

De commerciële openningsbalans van de VOF luidt als volgt.

Commerciële VOF-balans			
Onderneming	500	Kapitaal X	500
Kas	250	Kapitaal Y	250
	<u>750</u>		<u>750</u>

40. Ik abstraheer van situaties waarin compensabele verliezen kunnen worden benut. Als de compensabele verliezen groot genoeg zijn, kan zelfs worden overwogen om tevens op vrijwillige basis fiscale herwaarderingswinst in aanmerking te nemen. Het motorvrachtschiparrest laat dit toe (zie ook HR 20 januari 1954, nr. 11 577, *BNB* 1955/54). Voorts wijs ik erop dat een inbreng tegen de boekwaarde met voorbehoud van stille reserves voor de betrokkenen vanuit civielrechtelijke optiek ingrijpend (!) anders kan uitpakken dan de inbreng tegen de werkelijke waarde. Dit verschil is met name aan de orde als de ten tijde van de inbreng aanwezige stille reserves teniet gaan. Als is ingebracht tegen de werkelijke waarde deelt de inbrenger voor een percentage ter grootte van zijn winstaandeel in dit verlies. Bij de inbreng met voorbehoud stille reserves is het verlies volledig voor rekening van de inbrenger.

38. Herwaarderingswinst is in termen van *BNB* 1960/34 niet aan de orde omdat de onderneming nu eenmaal niet is ingebracht tegen de werkelijke waarde.

39. Zie voor een uitwerking met balansen M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (onderdeel Inkomstenbelasting)*, IB.3.2.35.C.d2 en J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma (FM nr. 10)*, Deventer: Kluwer 1993, p. 117-121.

Vervolgens neemt X het bij de VOF aanwezige bedrag aan contanten van 250 op onder debitering van zijn kapitaalrekening, waarna de commerciële VOF-balans het volgende beeld geeft.

Commerciële VOF-balans			
Onderneming	500	Kapitaal X	250
		Kapitaal Y	250
	500		500

De twee bovenstaande commerciële VOF-balansen laten zien dat een inbreng van de onderneming tegen de werkelijke waarde partijen in staat stelt om de betaling door de toetreders aan de inbrenger op een eenvoudige en transparante manier over de boeken van de vennootschap te laten verlopen.

De fiscale gevolgen zijn na het motorvrachtschip-arrest niet langer prohibitief voor deze gang van zaken. De inbreng van de onderneming tegen de werkelijke waarde van 500 levert X weliswaar overdrachtswinst op van 200 (50% van de stille reserves en goodwill) maar niet langer herwaarderingswinst. Direct na de inbreng – maar nog vóór de kasopname van 250 – kan voor X de volgende persoonlijke fiscale VOF-balans worden opgesteld.

Persoonlijke fiscale VOF-balans X			
Onderneming	100	Kapitaal X	300
Kas	250	Kapitaal Y	50
	350		350

Zoals aangegeven in onderdeel 4 is dit geen curieuze balans. X's kapitaal is door de overdrachtswinst van 200 toegenomen tot 300. Het kapitaal van Y is op deze balans slechts zichtbaar voor 50 en wordt voor het overige geacht te zitten in de stille reserves en de goodwill.⁴¹ Dat het kapitaal van Y op deze balans niet spoort met het kapitaal van Y op Y's persoonlijke fiscale VOF-balans, is niet van belang; het gaat op deze balans uitsluitend om de fiscale positie van X.

Na de kapitaalopname door X van 250, die voor X geen belastbaar feit is maar slechts een onttrekking van kasmiddelen naar privé, ziet de persoonlijke fiscale VOF-balans van X er als volgt uit.

Persoonlijke fiscale VOF-balans X			
Onderneming	100	Kapitaal X	50
		Kapitaal Y	50
	100		100

Ik wijs erop dat het van eminent belang lijkt om de betaling van Y aan X altijd éérs over de boeken van de vennootschap te laten lopen zoals in het bovenstaande voorbeeld. Als Y – omwille van een wel zeer praktische gang van zaken – buiten de boeken om het bedrag van 250 aan X zou betalen en hiervoor (desondanks) op de commerciële openningsbalans van de VOF zou worden gecrediteerd, ligt de stelling van de fiscus op de loer dat X dient af te rekenen over 75% (in plaats van 50%) van de stille reserves en goodwill. Dat komt omdat strikt genomen een dergelijke gang van zaken kan worden ontfaafd in een tweetal transacties. Op grond van de eerste transactie draagt X de helft van de onderneming over aan Y, welke helft X vervolgens namens Y inbrengt in de VOF. Als gevolg hiervan behaalt X overdrachtswinst ter grootte van 200 (50% van 400 stille reserves en goodwill). De tweede transactie houdt in dat X de niet-overgedragen helft van zijn onderneming inbrengt in de VOF tegen de werkelijke waarde van 250. Deze inbreng lokt opnieuw overdrachtswinst uit en wel ter grootte van 100 (50% van 200 stille reserves en goodwill). Uiteindelijk betekent dit dat X ongelukkigerwijs moet afrekenen over 75% van de in zijn onderneming aanwezige stille reserves en goodwill.

6 Conclusies

Het mag mijns inziens met recht een baanbrekend arrest worden genoemd waarin de Hoge Raad is teruggekomen op zijn beslissing uit 1959 dat over alle stille reserves en goodwill moet worden afgerekend als een onderneming tegen de werkelijke waarde wordt ingebracht in een fiscaal transparante personenvennootschap. De integrale afrekening bestaande uit een overdrachts- en herwaarderingscomponent heeft decennialang de totstandkoming van personenvennootschappen op de meest voor de hand liggende wijze belemmerd en gecompliceerd. Nu de inbreng van een onderneming tegen de werkelijke waarde nog slechts overdrachtswinst met zich brengt, verwacht ik dat de inbrengfiguur in de praktijk zijn rentree zal maken in de gevallen waarin de inbrenger een vergoeding verlangt van de toetreders. Voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting lijkt het daarbij van cruciaal belang om de betaling van die vergoeding over de boeken van de personenvennootschap te laten verlopen. Dit vergt een belangrijke omschakeling ten opzichte van de praktijk onder *BNB* 1960/34 waarin de betaling voor fiscale doeleinden juist buiten de boeken om diende te geschieden.

41. In deze zin ook J.F.M. Giele & W.A. Vermeend, *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Deventer: Kluwer 1993, p. 119.