

---

## 16 Inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde

Op 11 juli 2014 is de Hoge Raad teruggekomen van een (bijna) 55 jaar oud, maar berucht, arrest over de fiscale firmaproblematiek in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Als gevolg daarvan is de grootste fiscale belemmering weggenomen om een onderneming in te brengen in een personenvennootschap waarbij de inbrenger voor het bedrag van de werkelijke waarde van de onderneming wordt gecrediteerd op zijn kapitaalrekening. In deze bijdrage brengt prof. dr. J.L. van de Streek het nieuwe speelveld in kaart en besteedt daarbij tevens aandacht aan de overdrachtsbelasting.

### 1. Inleiding

De gevolgen voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting van de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde zijn (bijna) 55 jaar bepaald door HR 16 december 1959, nr. 14 092/*BNB* 1960, 34. De integrale eindafrekening over de aanwezige stille reserves (inclusief goodwill) die het arrest voorschrijft, heeft deze inbrengfiguur vanzelfsprekend geen warme belangstelling doen genieten. In plaats daarvan zijn in de praktijk allerlei alternatieve inbrengfiguren ontwik-

keld, zoals de figuur waarbij de onderneming wordt ingebracht tegen de fiscale boekwaarde met een betaling 'buiten de boeken om' dan wel met een voorbehoud van de stille reserves. Vooral de inbreng met voorbehoud van stille reserves lijkt min of meer de standaardinbrengmethode te zijn geworden. Nu de Hoge Raad in zijn arrest van 11 juli 2014, nr. 13/00372/*BNB* 2014, 192 is teruggekomen van zijn beslissing uit 1959 bestaat er aanleiding om de figuur waarbij de onderneming wordt ingebracht tegen de werkelijke waarde weer eens onder de loep te nemen en te beoordelen op zijn praktische merites.

## 2. HR 11 juli 2014

Het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 wijzigt de fiscale consequenties van het geval waarin een onderneming tegen de werkelijke waarde wordt ingebracht. Ik illustreer deze inbrengmethode aan de hand van een voorbeeld waarin X zijn onderneming inbrengt in een vof met Y. Het volgende wordt tussen X en Y overeengekomen:

- X's kapitaalrekening wordt op de commerciële balans van de vof gecrediteerd voor de werkelijke waarde van de onderneming van 500;
- Y brengt alleen arbeid in; en
- de winstverdeling is 75% voor X en 25% voor Y.

De commerciële openingsbalans van de personenvennootschap geeft het volgende beeld.

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

De Hoge Raad heeft in het arrest HR 11 juli 2014 beslist dat X 'slechts' moet afrekenen over de stille reserves en goodwill in het overgedragen gedeelte van zijn onderneming. Dit komt praktisch neer op een bedrag aan overdrachtswinst ter grootte van stille reserves en goodwill vermenigvuldigd met het winstaandeel van Y. Als we veronderstellen dat de fiscale boekwaarde van X's onderneming 100 bedraagt (en de stille reserves en goodwill derhalve 400 bedragen (500 werkelijke waarde -/- 100 boekwaarde)), realiseert X 100 overdrachtswinst (25% van 400) als gevolg van de inbreng.

Het baanbrekende aan het arrest is dat de Hoge Raad terugkomt van zijn beslissing in HR 16 december 1959, nr. 14 092/BNB 1960, 34 dat X óók moet afrekenen over de stille reserves en goodwill in het behouden deel van zijn onderneming. Volgens de Hoge Raad in 1959 bracht de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde (500) met zich dat X ook voor fiscale doeleinden diende uit te gaan van die werkelijke waarde, met een belaste herwaarderingswinst van 300 tot gevolg (75% van 400 stille reserves en goodwill). In zijn arrest van 11 juli 2014 laat de Hoge Raad deze koppeling tussen de commerciële winstbepaling en de fiscale winstbepaling – terecht – los. Daarmee komt de Hoge Raad tegemoet aan de niet-aflatende kritiek die het arrest uit 1959 heeft ontmoet.

## 3. Inbreng tegen de werkelijke waarde in de praktijk

Voor de praktijk betekent het arrest van 11 juli 2014 dat de fiscaliteit niet langer een sta-in-de-weg is voor een inbreng van een onderneming in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde. Het verplicht verantwoorden van belaste herwaarderingswinst is immers van de baan. De vraag rijst in welke gevallen een inbreng tegen de werkelijke waarde thans een voor de hand liggende methode is. Naar mijn mening is dit met name het geval waarin de inbrenger een vergoeding wenst te ontvangen van de toetredende vennoot (en die toetredende vennoot ook over voldoende financiële middelen bezit om die vergoeding te betalen). Tot aan het arrest van 11 juli 2014 was men in een dergelijk geval aangewezen op de bijzonder ingewikkelde methode die bekend staat als een inbreng tegen de boekwaarde met een betaling buiten de boeken van de personenvennootschap om. Deze methode, op grond waarvan het in aanmerking nemen van herwaarderingswinst kon worden vermeden, laat ik in deze bijdrage rusten.

In plaats van een betaling buiten de boeken om, ligt naar mijn mening thans veeleer een betaling over de boeken heen voor de hand. Dit illustreer ik aan de hand van hetzelfde voorbeeld als in paragraaf 2, zij het dat Y nu niet alleen arbeid inbrengt maar ook liquide middelen ter grootte van de 25% van de werkelijke waarde van de onderneming. Het aangepaste voorbeeld luidt als volgt:

- X brengt zijn onderneming in tegen de werkelijke waarde van 500 in een vof met Y;
- Y brengt arbeid in en liquide middelen ter grootte van 125;
- de fiscale boekwaarde van X's onderneming bedraagt 100; en
- de winstverdeling is 75% voor X en 25% voor Y.

De commerciële openingsbalans van de personenvennootschap geeft het volgende beeld:

<i>Commerciële openingsbalans vof</i>			
Onderneming	500	Kapitaal X	500
Kas	<u>125</u>	Kapitaal Y	<u>125</u>
	625		625

Als X vervolgens de kas van 125 opneemt onder debitering van zijn kapitaalrekening, ziet de commerciële balans van de personenvennootschap er als volgt uit:

<i>Commerciële openingsbalans vof</i>			
Onderneming	500	Kapitaal X	375
Kas	<u>nihil</u>	Kapitaal Y	<u>125</u>
	500		500

Als gevolg van de inbreng van de onderneming tegen de werkelijke waarde realiseert X 100 overdrachtswinst (25% winstaandeel Y x 400 stille reserves en goodwill). Deze overdrachtswinst ontstaat ongeacht of Y naast arbeid tevens kapitaal inbrengt en ongeacht of X het door Y ingebrachte kapitaal opneemt (zie het voorbeeld in paragraaf 2). Volgens de Hoge Raad heeft X door de inbreng namelijk 25% van zijn belang bij de onderneming overgedragen in Y. Het feit dat X voor een corresponderend bedrag is bijgeschreven op zijn kapitaalrekening in de boeken van de vennootschap doet daaraan in de optiek van de Hoge Raad niet af.

De opname door X ten laste van zijn kapitaalrekening is vervolgens geen belastbaar feit voor de heffing van inkomstenbelasting. In feite trekt X door de kasopname de vergoeding naar zich toe waarover hij reeds is belast ter zake van de inbreng. Het dunkt mij dat het geen bezwaar ontmoet om de betaling over de boeken van de vennootschap reeds in het kader van de inbreng overeen te komen tussen de vennoten. De – voorwaardelijke – verkoop die hierin besloten ligt, wordt immers voor de heffing van inkomstenbelasting in aanmerking genomen zodra de inbreng een feit is (namelijk door het constateren van overdrachtswinst).

#### 4. Vrijstelling overdrachtsbelasting

Als tot het vermogen van de tegen de werkelijke waarde ingebrachte onderneming een onroerende zaak behoort, kan onder bepaalde voorwaarden aanspraak worden gemaakt op een vrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting (artikel 15, lid 1, onderdeel e, sub 1, eerste gedachtestreepje, Wet op de belastingen van rechtsverkeer jo. artikel 4 Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer). De inbrengvrijstelling geldt op grond van goedkeurend beleid van de Staatssecretaris van Financiën ook als (slechts) de economische eigendom van de onroerende zaak wordt ingebracht (zie het Besluit van 10 juli 2013, nr. BLKB/2013/1130M, V-N 2013/33.2, par. 9). Van een dergelijke inbreng, waarbij de juridische eigendom achterblijft bij de inbrenger, ga ik hierna uit.

Van belang is dat de inbreng van een onderneming inclusief een onroerende zaak in een personenvennootschap tegen de werkelijke waarde, in beginsel een belastbaar feit is voor de heffing van overdrachtsbelasting op de voet van artikel 2, lid 2, Wet belastingen van rechtsverkeer. Ik heb het dus nog niet over de vrijstelling (zie daarvoor hierna). Als gevolg van de inbreng tegen de werkelijke waarde gaan de toekomstige waardeveranderingen van de onroerende zaak de overige vennoten aan ter grootte van hun deelgerechtigheid tot de winst. Dit impliceert dat de overige vennoten een pro rata deel van de economische

eigendom van de onroerende zaak hebben verkregen. Stel dat in het voorbeeld in de paragrafen 2 en 3 tot het vermogen van de door X ingebrachte onderneming een onroerende zaak behoort met een werkelijke waarde van 100. Y is dan overdrachtsbelasting verschuldigd over een heffingsmaatstaf van 25 (25% winstaandeel Y x 100 werkelijke waarde onroerende zaak). Het feit dat Y niet is gerechtigd tot (een deel van) de onderliggende werkelijke waarde zelf (in casu 100) nu dit bedrag geheel is bijgeschreven op X's kapitaalrekening, maakt dit niet anders. In dit verband wijs ik op HR 9 oktober 2009, nr. 08/02257/BNB 2010, 45 waarin de Hoge Raad iets soortgelijks besliste voor een geval waarin een onroerende zaak tegen de fiscale boekwaarde werd ingebracht in een personenvennootschap onder een voorbehoud van de stille reserve. Ook in zo'n geval hebben de overige vennoten een aandeel in de economische eigendom van de (volle) onroerende zaak verkregen ter grootte van hun winstaandeel. Voor het constateren van een belastbaar feit voor de heffing van overdrachtsbelasting is het dus eigenlijk helemaal niet van belang tegen welke waarde wordt ingebracht.

De inbrengvrijstelling vereist dat alle tot het ondernemingsvermogen behorende activa en passiva die een functie vervullen in de onderneming worden ingebracht tegen bijschrijving op de kapitaalrekening van de vennootschap van een bedrag dat ten minste 90% is van de waarde in het economische verkeer van de ingebrachte onderneming. Om te voorkomen dat de vrijstelling wordt gegeven in situaties waarin in wezen sprake is van een verkoop van de onroerende zaak, gelden de volgende drie 'voortzettingsvereisten' (zie artikel 4 Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer):

- de onderneming moet ten minste drie jaren na de inbreng door de vennootschap worden voortgezet;
- de inbrenger moet ten minste drie jaren na de inbreng als vennoot verbonden blijven aan de vennootschap;
- de inbrenger mag het bedrag dat is bijgeschreven op zijn kapitaalrekening in de boeken van de vennootschap in verband met de inbreng van de onderneming – in casu de werkelijke waarde van de onderneming – niet binnen drie jaar na de inbreng in privé opnemen.

Het als derde genoemde vereiste beoogt specifiek te voorkomen dat de onroerende zaak 'over' de boeken van de vennootschap geheel of gedeeltelijk wordt verkocht. Met het in paragraaf 3 beschreven kasrondje waarbij de toetreders liquide middelen inbrengt die vervolgens door de inbrenger worden opgenomen, moet aldus ten minste drie jaren worden gewacht als de inbrengvrijstelling in de overdrachtsbelasting is toegepast.

## 5. Voorbehoud stille reserves

De in de praktijk meest toegepaste inbrengmethode is die waarbij de inbrenger zich de stille reserves voorbehoudt die aanwezig zijn ten tijde van de inbreng. De onderneming wordt dan ingebracht tegen de fiscale boekwaarde. Blijft deze methode onverminderd het populairst na HR 11 juli 2014? Ik verwacht van wel. Als gevolg van het voorbehoud ontstaat namelijk géén overdrachtswinst, waardoor de inbreng 'geruisloos' verloopt voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting. Dit is een belangrijk verschil ten opzichte van het geval waarin de onderneming wordt ingebracht tegen de werkelijke waarde (zie de paragrafen 2 en 3). Voor de heffing van overdrachtsbelasting maakt het geen verschil of de onderneming tegen werkelijke waarde wordt ingebracht dan wel tegen de boekwaarde met een voorbehoud van de stille reserves. De inbrengvrijstelling ex artikel art. 15, lid 1, onderdeel e, sub 1, eerste gedachtestreepje, WBR 1970 is namelijk ook van toepassing op de inbreng van een onderneming tegen de fiscale boekwaarden met voorbehoud van stille reserves.

Toch verwacht ik niet dat er in de praktijk geen behoefte is aan de figuur waarbij de onderneming wordt ingebracht tegen de werkelijke waarde. In paragraaf 3 gaf ik reeds aan dat deze inbrengmethode thans voor de hand lijkt te liggen als de inbrenger van de toetreders een vergoeding wenst te ontvangen. Maar ook andere gevallen zijn denkbaar. Ik noem de volgende drie:

- de inbrenger wenst niet het volledige risico te lopen dat de ten tijde van de inbreng aanwezige stille reserves tenietgaan;
- de inbrenger heeft compensabele verliezen die dreigen te verdampen; en
- het voorbehoud van stille reserves is niet mogelijk.

Ik licht elk geval kort toe. In de praktijk blijft nog weleens onderbelicht dat een voorbehoud van stille reserves tevens inhoudt dat het risico van het tenietgaan van de stille reserves geheel bij de inbrenger ligt. Dit niet-fiscale gevolg kan door de inbrenger als onwenselijk worden beschouwd. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin de door de inbrenger zelfgekweekte goodwill kan verdwijnen door (mede)toedoen van de toetreders. Door de goodwill in te brengen tegen de werkelijke waarde wordt dit risico ondervangen.

Het tenietgaan van de goodwill gaat dan niet alleen de inbrenger aan maar ook de toetreders (en wel conform de winstverdeling). De 'prijs' die hiervoor moet worden betaald door de inbrenger is het in fiscaal in aanmerking nemen van overdrachtswinst.

Als de inbrenger beschikt over compensabele verliezen die dreigen te verdampen, kan het vanuit fiscale optiek juist de voorkeur verdienen om de onderneming in te brengen tegen de werkelijke waarde. Als de compensabele verliezen groot genoeg zijn, kan zelfs worden overwogen om tevens op vrijwillige basis fiscale herwaarderingswinst in aanmerking te nemen. HR 11 juli 2014 laat dit toe. Ten slotte is de inbreng tegen de werkelijke waarde vaak het enige (werkbare) alternatief voor vermogensbestanddelen die niet met een voorbehoud van de stille reserve kunnen worden ingebracht. Het klassieke geval betreft een voorraad waarvan de goederen niet individueel worden geadministreerd.

## 6. Afsluiting

De conclusie luidt dat de fiscale gevolgen van de inbreng van een onderneming tegen de werkelijke waarde een stuk acceptabeler zijn geworden als gevolg van HR 11 juli 2014. De inbreng levert alleen nog belaste overdrachtswinst op en niet langer belaste herwaarderingswinst. Gegeven het feit dat belaste overdrachtswinst dient te worden verantwoord, ligt voor de hand deze methode vooral toe te passen als de inbrenger ook daadwerkelijk van de toetreders een vergoeding ontvangt. De vergoeding lijkt vervolgens over de boeken van de vennootschap te kunnen worden betaald, zij het dat daarmee ten minste drie jaren moet worden gewacht als de inbrengvrijstelling in de overdrachtsbelasting is toegepast vanwege een van de ingebrachte onderneming deel uitmakende onroerende zaak. In overige gevallen verdient het in beginsel aanbeveling om de onderneming in te brengen met behulp van een methode op grond waarvan belaste overdrachtswinst wordt vermeden, zoals het voorbehoud van stille reserves. Bij enkele denkbare uitzonderingen hierop heb ik kort stilgestaan.

*Prof. dr. J.L. van de Streek*