

# GERUISLOOS OF 'GERUISVOL': FISCALE ASPECTEN VAN DE INBRENG VAN EEN EENMANSZAAK IN EEN B.V.-STRUCTUUR



**mr. K. (Kristel) Jansen & mr. J.E.M. (Chelly) van de Vlasakker**

*Kandidaat-notarissen, werkzaam bij Van Putten Van Apeldoorn notarissen, afdeling ondernemingsrecht.*

## 1. INLEIDING

In de ondernemingsrechtpraktijk komt de inbreng van een box 1-onderneming (eenmanszaak/vof) in een B.V.-structuur veel voor. Met name in deze tijd, vlak vóór 30 juni<sup>1</sup>, moet dit vaak met spoed nog worden geregeld. De redenen om de onderneming in te brengen in een B.V.-structuur lopen uiteen, zoals een meer professionele uitstraling of kapitaalbehoefte van de onderneming. Meestal spelen echter de beperking van aansprakelijkheid en fiscale motieven de belangrijkste rol.

In dit artikel zullen wij de diverse fiscale aspecten behandelen die spelen als een eenmanszaak wordt omgezet in een B.V.-structuur. Wij richten ons daarbij op de hoofdlijnen. Daarom beschrijven we *niet* de omzetting van een vof in een B.V.-structuur. Dit artikel beschrijft de inbreng en 'doorzak' van een eenmanszaak, en de gevolgen voor de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting. We gaan uit van inbreng in nieuw opgerichte B.V.'s, en niet in reeds bestaande B.V.'s<sup>2</sup> of N.V.'s<sup>3</sup>. Uitgangspunt voor dit artikel is een binnenlandse situatie: het betreft steeds een ingezetene van Nederland en een geheel Nederlandse onderneming. Er wordt steeds een gehele onderneming ingebracht, en niet een gedeelte ervan.<sup>4</sup>

Wij zullen eerst de casuspositie schetsen (hoofdstuk 2). Vervolgens behandelen we achtereenvolgens de gevolgen voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting<sup>5</sup> voor de ruisende inbreng (hoofdstuk 3) en voor de geruisloze inbreng (hoofdstuk 4), waarbij we uitgaan van een structuur met een holding en een werkmaatschappij. Vervolgens worden de ruisende en geruisloze inbreng behandeld bij een structuur met een holding, een tussenholding en een werkmaatschappij (hoofdstuk 5). Hierna komt de overdrachtsbelasting aan bod: aangezien niet iedere onderneming onroerend goed bezit, is dit als apart hoofdstuk opgenomen (hoofdstuk 6). Daarna sluiten we ons artikel af.

## 2. CASUS

Bep heeft een tijd geleden Heel Ede Bakt gewonnen en is toen een eigen bedrijf in de vorm van een eenmanszaak begonnen ('Beppie's Baksels'). Het gaat zo goed dat ze in overleg met haar accountant/fiscalist heeft besloten om Beppie's Baksels voort te zetten als B.V. Ze wil haar eenmanszaak daarom omzetten in een B.V.-structuur. Daarbij heeft ze de volgende structuur voor ogen:

Structuur 1



1 Voor de goede orde: de deadline van 30 juni heeft te maken met de geldigheid van de inbrengbeschrijving. Volgens artikel 2:204a van het Burgerlijk Wetboek heeft de inbrengbeschrijving betrekking op de toestand van het ingebrachte op een dag die niet eerder ligt dan zes maanden voor de oprichting. Omdat in de inbrengbeschrijving vaak de cijfers van 31 december worden gebruikt, betekent dit dat de inbrengbeschrijving op 1 juli zijn geldigheid verliest.

2 Het is mogelijk om onder voorwaarden een onderneming geruisloos in te brengen in een bestaande vennootschap, zie daarvoor par. 3 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

3 Bij inbreng in N.V.'s is een aantal andere regels van toepassing.

4 We behandelen in dit artikel ook slechts de 'echte' ondernemer van artikel 3.4 en 3.5 van de Wet inkomstenbelasting 2001, en gaan niet in op de vraag welke regels van toepassing zijn op de medegerechtigde van artikel 3.3 lid 1 Wet Inkomstenbelasting 2001.

5 De Wet op de inkomstenbelasting 2001 wordt in dit artikel verkort aangehaald als 'Wet IB', en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 als 'Wet Vpb'.

In hoofdstuk 3 en 4 gaan we ervan uit dat tot het ondernemingsvermogen géén bedrijfspand behoort. In hoofdstuk 6 gaan we in op de situatie dat er wél een bedrijfspand wordt ingebracht.

### 3. RUISENDE INBRENG

#### 3.1 Inleiding

Bij de 'ruisende' inbreng – door een cliënt van ons kantoor ook wel 'geruisvol' genoemd – wordt geen gebruik gemaakt van een fiscale vrijstelling: de onderneming wordt (fiscaal gezien) gestaakt, en er moet in principe inkomstenbelasting worden betaald over de stakingswinst.

#### 3.2 Fiscale gevolgen

De stakingswinst (het verschil tussen de boekwaarde van de goederen van de eenmanszaak en de werkelijke waarde daarvan) wordt bij Bep belast in box 1. Over de meerwaarde die is ontstaan tijdens het bestaan van de eenmanszaak – stille reserves, fiscale reserves en eventuele goodwill – wordt dan belasting betaald. De holding zet de vermogensbestanddelen van de eenmanszaak voor de werkelijke waarde op haar balans. De holding neemt dus geen fiscale latentieclaim over van Bep. Om die reden zijn ook geen voorwaarden of eisen van toepassing.

Het is mogelijk dat Bep in haar eenmanszaak een fiscale oudedagsreserve ('FOR') heeft opgebouwd. Dit betekent dat zij jaarlijks een bepaald gedeelte van haar winst heeft toegevoegd aan deze reserve. Dat gedeelte werd dan niet als winst uit onderneming bij haar in box 1 belast. Zij heeft daardoor eigenlijk op een fiscaal gunstige manier een soort pensioenpot(je) opgebouwd. Een FOR is echter alleen mogelijk bij een eenmanszaak of vof, niet bij een B.V. Op het moment dat Bep de onderneming inbrengt, komt er dus een einde aan de FOR: het gehele bedrag van deze reserve behoort dan tot de stakingswinst. Deze kan echter omgezet worden in een lijfrente.<sup>6</sup> Een lijfrente is een bijzondere vorm van een periodieke uitkering: het gespaarde bedrag wordt op een later moment (bijvoorbeeld als Bep met pensioen gaat) periodiek (bijvoorbeeld maandelijks) door de B.V. aan Bep uitbetaald. Zij moet daar op het moment van uitkering inkomstenbelasting over betalen. Als voor zo'n lijfrente wordt gekozen, kan het bedrag van de FOR als lijfrentepremie worden afgetrokken van de stakingswinst. Per saldo betaalt Bep hierover dus geen inkomstenbelasting bij de inbreng. Op de balans van de holding komt de lijfrenteverplichting aan de creditzijde te staan: dit is immers een schuld aan Bep.

Ook als Bep geen FOR heeft opgebouwd in de eenmanszaak, kan het fiscaal gunstig zijn een lijfrente te bedingen bij de holding. Onder voorwaarden kan een gedeelte van de stakingswinst worden omgezet in een lijfrente bij de holding.<sup>7</sup> Ook over dat gedeelte wordt per saldo dan geen inkomstenbelasting betaald bij de inbreng.

#### 3.3 Terugwerkende kracht

In de praktijk is het vrijwel altijd gewenst om terugwerkende kracht aan de inbreng toe te kennen. Meestal is de gewenste effectieve datum 1 januari. Civielrechtelijk is dat mogelijk door de cijfers van de onderneming vanaf 1 januari in de jaarrekening op te nemen. Is het fiscaal ook mogelijk? Op het moment van de inbreng vindt de overgang van een IB-onderneming (eenmanszaak) naar een Vpb-onderneming (B.V.) plaats. Kan het tijdstip waarop de heffing van inkomstenbelasting overgaat in heffing van vennootschapsbelasting gelegen zijn vóór de oprichting en inbreng? Ja dat kan, zoals blijkt uit het navolgende.

##### a. Voorperiode

De 'koninklijke weg' bij een inbreng begint bij een intentieverklaring. Stel dat Bep die koninklijke weg heeft gevolgd. Dan zou ze, op het moment dat ze het plan had opgevat voor omzetting in een B.V.-structuur, een intentieverklaring hebben opgesteld.<sup>8</sup> Daarin wordt dit voornemen vastgelegd. Volgens de Hoge Raad kan de inbreng terugwerkende kracht hebben naar de datum van ondertekening van de intentieverklaring, als de ondernemer dat wenst.<sup>9</sup> Dus als Bep de intentieverklaring op 15 maart heeft ondertekend, en de oprichting en inbreng vinden plaats op 15 mei, dan kan de inbreng terugwerken tot 15 maart. De periode tussen de intentieverklaring en de oprichting met inbreng wordt ook de 'voorperiode' genoemd.

##### b. Vóór-voorperiode

Is het ook mogelijk om aan de intentieverklaring nog terugwerkende kracht toe te kennen? Dat betekent dat de inbreng niet terugwerkt naar de datum van ondertekening van de intentieverklaring, maar naar een moment dat daar nog vóór ligt. De staatssecretaris van Financiën heeft dit goedgekeurd in een besluit<sup>10</sup>: de ondernemer moet daar wel een verzoek voor indienen bij de Belastingdienst (hetgeen ook ná de inbreng kan). De intentieverklaring kan terugwerken, mits die intentieverklaring binnen drie maanden na de gewenste overgangsdatum aangetekend naar de Belastingdienst is verstuurd<sup>11</sup>, en mits de B.V. binnen 9 maanden na die overgangsdatum is opgericht.<sup>12</sup> De intentieverklaring kan dus maximaal

8 In dit kader wordt ook de term 'voorovereenkomst' gebruikt. In principe wordt hiermee hetzelfde document bedoeld. Een intentieverklaring wordt echter door één persoon opgesteld en een voorovereenkomst (een meerzijdige rechtshandeling) door meerdere personen. Bij een eenmanszaak spreek je dus van een intentieverklaring, en bij een vof van een voorovereenkomst.

9 Hoge Raad 4 november 1953, nr. 11 449 (opgenomen in BNB 1954/18).

10 Besluit van 16 september 2008, nr. CPP2008/1626M, par. 5.

11 Aangetekend en samen met een geleideformulier op te sturen naar Postbus 13, 6400 AA Heerlen. De Belastingdienst registreert een voorovereenkomst of intentieverklaring niet. De datum waarop het document aangetekend is verstuurd, vervangt de registratiedatum. Legalisatie van de handtekening onder de intentieverklaring door een notaris wordt niet gelijkgesteld met een registratie. Zie paragraaf 4 van besluit CPP2008/1626M.

12 Ook geldt o.a. de eis dat deze terugwerkende kracht niet mag leiden tot het behalen van een incidenteel fiscaal voordeel.

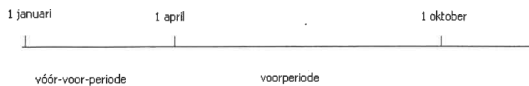
6 Artikel 3.128 Wet IB.

7 Artikel 3.129 Wet IB.

drie maanden terugwerken. Als de intentieverklaring uiterlijk op 31 maart is getekend, kan deze terugwerken tot 1 januari van dat kalenderjaar. De B.V. moet dan worden opgericht vóór 1 oktober. Overigens hoeft de overgangdatum niet per sé 1 januari te zijn. Er mag ook voor een andere datum worden gekozen. De periode tussen de overgangdatum en de intentieverklaring heet de vóór-voorperiode.

### c. Schematisch

Het voorgaande kan als volgt schematisch worden weergegeven:



### d. Geen intentieverklaring

Hoe zit het met terugwerkende kracht als er geen intentieverklaring is opgesteld? Is terugwerkende kracht dan onmogelijk? Gelukkig is dat niet het geval: de akte van oprichting zelf kan namelijk ook als intentieverklaring dienen.<sup>13</sup> Als Bep de holding op 15 mei opricht, kan de overgangdatum dus drie maanden daarvoor liggen. Als terugwerkende kracht naar 1 januari gewenst is, moet Bep de holding dus uiterlijk 31 maart oprichten.

### e. Samenvatting bij overgangdatum 1 januari

Als Bep de inbreng wil laten terugwerken naar 1 januari, dan betekent dit dat:

- indien wel een intentieverklaring: de intentieverklaring vóór 1 april aangetekend versturen naar Belastingdienst en B.V.(s) oprichten vóór 1 oktober van datzelfde boekjaar;
- indien geen intentieverklaring: oprichten vóór 1 april.

### 3.4 Geen voorwaarden of eisen

Zoals in paragraaf 3.1 en 3.2 al is aangegeven: er wordt bij een ruisende inbreng geen gebruik gemaakt van een fiscale faciliteit. Daarom zijn er geen nadere eisen of voorwaarden waaraan voldaan moet worden op straffe van verval van de faciliteit, zoals wel het geval is bij een geruisloze inbreng. Er bestaat bij een ruisende inbreng geen onderscheid tussen inbreng in een holding, in een tussenholding of in een werkmaatschappij.

Voor deze en de andere van toepassing zijnde eisen, zie besluit nr. CPP2008/1626M.

13 Voor de geruisloze inbreng is bepaald dat indien binnen de termijn 'door een notaris een akte van depot of andere notariële akte is opgemaakt, waarin het voornemen tot het oprichten van een vennootschap tot uitdrukking komt', dat dezelfde terugwerkende kracht heeft als een intentieverklaring (cursivering KJ/CvV). Zie par. 4.3.d. Voor de ruisende inbreng is bepaald in Besluit van 16 september 2008, nr. CPP2008/1626M, par. 4, dat dit geldt voor 'een akte van depot [...] waaruit het voornemen tot het oprichten van een besloten vennootschap tot uitdrukking komt'. Daar wordt dus niet expliciet 'een andere notariële akte' genoemd. Onzes inziens is dit onderscheid niet gerechtvaardigd: als het voornemen tot oprichting kan blijken uit een notariële akte van depot, dan blijkt dat (nog sterker) uit de akte van oprichting zelf.

## 4. GERUISLOZE INBRENG

### 4.1 Inleiding

Bij de geruisloze inbreng wordt wel gebruik gemaakt van fiscale faciliteiten. Waar bij de ruisende inbreng inkomstenbelasting wordt betaald over de stakingswinst, gebeurt dat bij een geruisloze inbreng juist niet. De onderneming wordt geacht niet te zijn gestaakt. De belastingclaim wordt doorgeschoven naar de B.V.'s: hierdoor verandert een inkomstenbelastingclaim in een gecombineerde vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingclaim (zie volgende paragraaf).

### 4.2 Fiscale gevolgen

Als er geruisloos wordt ingebracht, hoeft Bep geen inkomstenbelasting te betalen over het verschil tussen de boekwaarde van de goederen van de eenmanszaak en de werkelijke waarde daarvan (stakingswinst). De onderneming wordt dus geacht niet te zijn gestaakt. De holding zet de vermogensbestanddelen van de eenmanszaak op haar balans voor dezelfde waarde als in de balans van de eenmanszaak. Dat wordt ook wel overname tegen boekwaarde genoemd. De holding neemt daardoor de fiscale claim over van Bep. De belastingheffing wordt als het ware uitgesteld.

Bij een geruisloze inbreng kan de opgebouwde FOR niet worden meegenomen: het bedrag van de FOR is derhalve stakingswinst.<sup>14</sup> Deze stakingswinst kan – net als bij een ruisende inbreng – worden omgezet in een lijfrente. Bovendien kunnen volgens het besluit van 30 juni 2010<sup>15</sup> ('Besluit geruisloze omzetting') bepaalde vermogensbestanddelen echter onttrokken worden aan de onderneming die wordt ingebracht. Over de stakingswinst met betrekking tot die onttrokken vermogensbestanddelen wordt dan wel inkomstenbelasting geheven. Die stakingswinst kan ook worden omgezet in een lijfrente.<sup>16</sup>

### 4.3 Terugwerkende kracht

De regels omtrent terugwerkende kracht bij een geruisloze inbreng zijn gelijk aan de regels bij een ruisende inbreng, met uitzondering van de bepalingen rondom de vóór-voorperiode.

#### a. Voorperiode

In beginsel werkt de inbreng terug tot de datum van ondertekening van de intentieverklaring. Dit is gelijk aan de ruisende inbreng (zie par. 3.3.a).

#### b. Vóór-voorperiode

Bij een geruisloze inbreng kan een intentieverklaring negen maanden terugwerken (in plaats van drie maanden bij een ruisende inbreng), mits de intentieverklaring binnen die periode aangetekend naar de Belastingdienst is verstuurd. De ondernemer moet hier wederom een verzoek voor indienen bij de Belasting-

14 Artikel 3.65 lid 2 Wet IB.

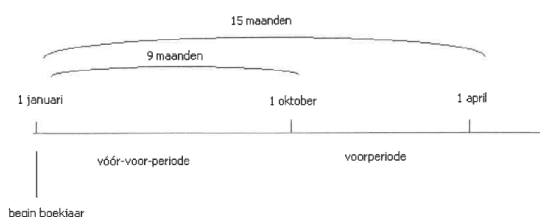
15 Nr. DGB2010/3599M, BNB 2010/277.

16 Par. 4.1.1 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

dienst. Het is in dat geval echter alleen mogelijk om 1 januari als overgangsdatum te kiezen.<sup>17</sup> De B.V. dient bovendien binnen vijftien maanden na de overgangsdatum opgericht te zijn. Bij een ruisende inbreng moet de B.V. binnen negen maanden opgericht zijn: bij een geruisloze inbreng heb je dus meer tijd om de B.V. op te richten dan bij een ruisende inbreng. Als Bep de intentieverklaring heeft getekend op 15 maart, dan kan deze dus terugwerken tot 1 januari (i.p.v. 15 december bij de ruisende inbreng). De B.V. moet dan zijn opgericht vóór 1 april van het volgende boekjaar (15 maanden na 1 januari).

### c. Schematisch

Het voorgaande kan als volgt schematisch worden weergegeven:



### d. Geen intentieverklaring/voorovereenkomst

Ook bij een geruisloze inbreng kan de akte van oprichting als intentieverklaring dienen.<sup>18</sup> Als Bep de holding op 15 mei opricht, is de overgangsdatum dus 1 januari. Een andere overgangsdatum is niet mogelijk.

### e. Samenvatting bij overgangsdatum 1 januari

Bij een geruisloze inbreng moet Bep de inbreng laten terugwerken naar 1 januari. Dit betekent dat:

- indien wel een intentieverklaring: de intentieverklaring vóór 1 oktober aangetekend versturen naar Belastingdienst en B.V.(’s) oprichten vóór 1 april van het volgende boekjaar;
- indien geen intentieverklaring: oprichten vóór 1 oktober.

## 4.4 Inbreng in holding

### a. Artikel 3.65 Wet IB

Zoals in paragraaf 4.1 reeds is aangegeven, wordt bij een geruisloze inbreng de onderneming geacht niet te zijn gestaakt. Voor de omzetting van een eenmanszaak is dit vastgelegd in artikel 3.65 Wet IB. Er is dus geen sprake van stakingswinst, mits 1) de oprichter in (nagenoeg) dezelfde verhouding is gerechtigd als in het vermogen van de omgezette onderneming en 2) aan de door de Minister van Financiën te stellen voor-

waarden (‘de standaardvoorwaarden’) is voldaan. Een belastingplichtige moet een verzoek indienen om deze fiscale faciliteit toe te passen; dit verzoek kan ook na oprichting en inbreng ingediend worden.<sup>19</sup> Het verzoek zal gebruikelijk worden ingediend door de accountant of fiscalist.

Voor een geslaagd beroep op artikel 3.65 Wet IB moet Bep dus, als enige gerechtigde tot het vermogen van de eenmanszaak, ook als enige gerechtigd worden tot het vermogen van de B.V. Zij moet dus de enige aandeelhouder worden. Hierdoor wordt voorkomen dat een gedeelte van het ondernemingsvermogen overgaat op een ander zonder dat Bep er belasting over heeft betaald. Ze moet ‘een onderneming’ inbrengen: het is wel mogelijk om bepaalde vermogensbestanddelen niet in te brengen, en daarmee te onttrekken aan de onderneming.<sup>20</sup> Daarnaast moet voldaan worden aan de standaardvoorwaarden.

### b. Standaardvoorwaarden

De negen standaardvoorwaarden zijn vastgelegd in het Besluit geruisloze omzetting. We zullen hier niet ingaan op alle voorwaarden, maar de belangrijkste noemen.

#### b.1. Vervreemdingsverbod (eerste standaardvoorwaarde)<sup>21</sup>

Artikel 3.65 Wet IB is niet van toepassing als de inbreng onderdeel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of de liquidatie van de onderneming.<sup>22</sup> Als de ondernemer zijn aandelen in de holding vervreemdt binnen drie jaar na de inbreng, wordt geacht dat daarvan sprake is, tenzij de ondernemer het tegendeel aannemelijk maakt. Vervreemding van aandelen is niet slechts de verkoop en levering van de aandelen, maar ook het vervreemden van claims, het verlenen van een koopoptie met betrekking tot de aandelen, het inkopen van aandelen of het betaalbaar stellen van liquidatieuitkeringen. Als er na de inbreng sprake is van een aandelenfusie of een juridische fusie (beide zijn in feite ook een vervreemding van de aandelen), dan komt de faciliteit van artikel 3.65 Wet IB echter niet te vervallen. Dit is expliciet goedgekeurd. Voorwaarde is wel dat de bij de aandelenfusie of juridische fusie verkregen aandelen in de plaats treden van de vervreemde aandelen in de holding voor wat betreft de driejaarstermijn.

#### b.2. Maximale creditering (vierde standaardvoorwaarde)<sup>23</sup>

Bij een inbreng wordt in beginsel de gehele waarde

17 Paragraaf 12.1.2 Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277. Dit is alleen van toepassing als het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar. Als verzocht wordt om aan de intentieverklaring terugwerkende kracht te verlenen, wordt de eerste dag van het op het laatste volledige boekjaar volgende boekjaar de overgangsdatum. Als het laatste volledige boekjaar eindigt op 31 maart, dan is de overgangsdatum dus niet 1 januari, maar 1 april.

18 Besluit geruisloze omzetting, par. 12.1.3.

19 Dit verzoek kan ingediend worden tot het moment dat het achterwege laten daarvan onherroepelijke fiscale gevolgen heeft gehad. Zie par. 14.2 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

20 Zie par. 2.2.2.a van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

21 Zie par. 5 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

22 Zie par. 4.2.1 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

23 Zie par. 8 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.

van de onderneming omgezet in aandelenkapitaal (nominale waarde en eventueel agio). Het is echter ook mogelijk dat een gedeelte van de waarde wordt gecrediteerd. Dit houdt in dat de DGA voor dat gedeelte een vordering krijgt op de B.V., en de B.V. een schuld aan de DGA. Eigenlijk is dan sprake van een soort verkoop van de onderneming. Je zou de creditering namelijk kunnen zien als een koopprijs voor de eenmanszaak, die is omgezet in een geldlening. Daarom is een dergelijke creditering beperkt tot het bedrag van de materieel verschuldigde inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen op de overgangsdatum, plus een afrondingscreditering van 5% van het aandelenkapitaal (maar maximaal € 25.000).

Als Bep kiest voor een geruisloze inbreng, en de overgangsdatum is 1 januari 2020, dan is zij op de overgangsdatum al inkomstenbelasting en premies verschuldigd over de winst die zij over 2019 heeft behaald met de eenmanszaak. Ervan uitgaande dat de totale waarde van Beppie 's Baksels € 300.000 is, en de inkomstenbelasting en premies die zij over 2019 is verschuldigd € 35.000 bedragen, dan is de maximale creditering gelijk aan  $35.000 + (5\% \times 300.000) = € 50.000$ .

### b.3. Voortzetting van de onderneming<sup>24</sup>

De ingebrachte onderneming hoeft door de holding niet gedurende een bepaalde periode voortgezet te worden: er is dus geen sprake van een voortzettingseis. Het is wel zo dat artikel 3.65 Wet IB niet van toepassing is als de inbreng onderdeel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of de liquidatie van de onderneming. Hoe moeten we hiermee omgaan als we een B.V.-structuur oprichten? Het is immers juist niet de bedoeling dat de onderneming in de holding blijft, maar dat deze wordt ingebracht/overgedragen aan de tussenholding of werkmaatschappij. Betekent dit dat door deze tweede inbreng de faciliteit van artikel 3.65 Wet IB komt te vervallen? De staatssecretaris heeft hier rekening mee gehouden: er is geen sprake van een verboden overdracht als de onderneming wordt overgedragen/ingebracht met gebruikmaking van artikel 14 Wet Vpb of artikel 15 Wet Vpb. De specificaties van deze artikelen worden in de volgende paragraaf behandeld.

## 4.5 Inbreng in werkmaatschappij

### a. Inleiding

Als de holding de onderneming (door)inbrengt in de werkmaatschappij, is er in feite sprake van een vervreemding van de ingebrachte vermogensbestanddelen. Over de meerwaarde dient de holding dan vennootschapsbelasting te betalen. Om dit te voorkomen is in artikel 14 Wet Vpb een soortgelijke regeling opgenomen voor een geruisloze inbreng als in artikel 3.65 Wet IB: de faciliteit van artikel 14 Vpb wordt ook wel de

bedrijfsfusiefaciliteit genoemd (zie hierna). Daarnaast is het mogelijk om bij de (door)inbreng gebruik te maken van artikel 15 Vpb: de fiscale eenheid.

## b. Artikel 14 Wet Vpb

### b.1. Inleiding

Als gebruik wordt gemaakt van de faciliteit van artikel 14 Vpb, hoeft de winst behaald met een overdracht niet in aanmerking te worden genomen mits 1) de gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan wordt overgedragen 2) tegen uitreiking van aandelen. Dit wordt een bedrijfsfusie genoemd. Ook hier moet aan een aantal andere voorwaarden worden voldaan. Als aan alle voorwaarden is voldaan, dan hoeft de holding geen verzoek in te dienen bij de Belastingdienst om de faciliteit van toepassing te laten zijn: de faciliteit is dan automatisch van toepassing. De holding kan in zijn aangifte Vpb over dat jaar aangeven gebruik te maken van deze faciliteit. Als daarentegen aan één of meer van deze andere voorwaarden niet is voldaan, dan moet de holding wél een verzoek indienen. Bovendien moet de holding dan voldoen aan de voorwaarden die zijn opgenomen in drie nadere besluiten, waarvan we er enkele hierna onder c zullen behandelen. De werkmaatschappij treedt ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die zijn verkregen in de plaats van de holding, en neemt dus de boekwaarden over.

### b.2. Antimisbruikbepaling

De bedrijfsfusie mag niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.<sup>25</sup> Als dat wel het geval is, is de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 Wet Vpb niet van toepassing. Indien de fiscus kan aantonen dat de betrokken partijen geen zakelijke redenen hebben voor de bedrijfsfusie, dan wordt ervan uitgegaan dat de bedrijfsfusie op belastingontduiking is gericht. De fiscus heeft daarbij een handvat: als de aandelen in de werkmaatschappij óf de holding zelf binnen drie jaar na de bedrijfsfusie geheel of gedeeltelijk worden vervreemd, wordt de bedrijfsfusie geacht onzakelijk te zijn. De ondernemer kan wel tegenbewijs leveren. Als Bep dus gebruik maakt van artikel 14 Wet Vpb, mag zij gedurende drie jaar geen aandelen vervreemden in de holding, en de holding mag gedurende drie jaar geen aandelen in de werkmaatschappij vervreemden.

### b.3. Standaardvoorwaarden

De nadere voorwaarden zijn vastgelegd in drie besluiten<sup>26</sup>, die we hierna gezamenlijk 'de Bedrijfsfusiebesluiten' zullen noemen. Enkele voorwaarden hiervan zijn:

<sup>25</sup> Artikel 14 lid 4 Wet Vpb.

<sup>26</sup> Besluit van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M, V-N 2015/44.12. Dit beleidsbesluit is aangevuld en aangepast bij het Besluit van 6 september 2017, nr. 2017-167217, V-N 2017/44.17 en het Besluit van 9 mei 2019, nr. 2019-3013, V-N 2019/34.12.

<sup>24</sup> Zie par. 4.2 van Besluit geruisloze omzetting, BNB 2010/277.



### 1. Onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan<sup>27</sup>

In artikel 14 Wet Vpb zelf is al geformuleerd dat er alleen sprake is van een bedrijfsfusie als het een onderneming of een zelfstandig gedeelte daarvan betreft. Dit is uitgewerkt in de Bedrijfsbesluiten. Het is dus niet mogelijk om enkele vermogensbestanddelen fiscaal geruisloos door te laten zakken in de ene werkmaatschappij en andere vermogensbestanddelen in een andere werkmaatschappij, tenzij dit zelfstandige onderdelen van een onderneming zijn die los van elkaar kunnen functioneren. Dit onderwerp verdient ook aandacht als het de wens is om de onderneming nog

door te laten zakken in een derde vennootschap (zie hierna hoofdstuk 5).

### 2. Uitreiking van aandelen (inclusief creditering)<sup>28</sup>

De holding brengt een onderneming in de werkmaatschappij in, en de werkmaatschappij geeft daarvoor aandelen in haar kapitaal uit aan de holding. De waarde van de onderneming moet zoveel mogelijk worden omgezet in aandelen; één aandeel met een groot bedrag aan agio is wel toegestaan. Indien het niet mogelijk is om de gehele waarde om te zetten in aandelen, is een beperkte afrondingscreditering toegestaan. De creditering mag maximaal 1 % van hetgeen op de aandelen wordt gestort bedragen, maar nooit meer dan € 4.500.

### c. Artikel 15 Wet Vpb: fiscale eenheid

Artikel 15 Wet Vpb betreft de zogenaamde fiscale eenheid: als de ene vennootschap ten minste 95% van de aandelen in de andere vennootschap bezit, kunnen zij een fiscale eenheid vormen. Zij worden dan fiscaal als één belastingplichtig lichaam gezien. De fiscale eenheid heeft onder andere als voordeel dat tussen de vennootschappen vermogensbestanddelen kunnen worden overgedragen, zonder dat hier vennootschapsbelasting over betaald hoeft te worden. Je kunt binnen de fiscale eenheid dus vrij met vermogensbestanddelen schuiven.<sup>29</sup> Als de holding en de tussenholding een fiscale eenheid vormen, kan de holding met gebruikmaking van artikel 15 Wet Vpb dus de onderneming geruisloos doorinbrengen in de tussenholding. Er hoeft niet per sé een onderneming of zelfstandig gedeelte ingebracht te worden: het is ook mogelijk om 'losse' vermogensbestanddelen door in te brengen in de tussenholding. Bij toepassing van artikel 15 Wet Vpb is creditering in beginsel onbeperkt mogelijk.

Artikel 14 Wet Vpb bevat een antimisbruikbepaling, inhoudende dat de aandelen in de tussenholding gedurende drie jaar na de inbreng niet vervreemd mogen

worden (zie par. 4.5.b). Artikel 15 Wet Vpb bevat ook een dergelijke antimisbruikbepaling<sup>30</sup>: als de fiscale eenheid verbroken wordt binnen drie jaar (indien sprake is van een bedrijfsfusie binnen de fiscale eenheid) of zes jaar (in andere gevallen) ná de inbreng, is alsnog vennootschapsbelasting verschuldigd. Hiertegen is géén tegenbewijs mogelijk.

### d. Samenloop artikel 14 en 15 Wet Vpb

De doorinbreng kan dus zowel plaatsvinden met toepassing van artikel 14 Wet Vpb (bedrijfsfusie) of binnen een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 Wet Vpb. Het is echter niet mogelijk beide bepalingen toe te passen op dezelfde overdracht. Bij een samenloop wordt de doorinbreng geacht te hebben plaatsgevonden binnen de fiscale eenheid.<sup>31</sup>

## 5. TUSSENHOLDING

### 5.1 Inleiding

In de praktijk komt het ook regelmatig voor dat een ondernemer nog een derde B.V. wil oprichten: de tussenholding. Deze tussenholding wordt veelal gebruikt als vehikel om belangrijke vermogensbestanddelen in onder te brengen, zoals een belangrijke machine of immateriële activa zoals intellectueel eigendom. De ondernemer wil die liever niet in het vermogen van de werkmaatschappij laten vallen, omdat de werkmaatschappij in de regel de meeste risico's loopt. Het is ook minder handig om die machine in de holding te houden, want dit bemoeilijkt een latere overdracht van de onderneming: dan moeten de aandelen in de holding worden overgedragen in plaats van de aandelen in de tussenholding<sup>32</sup>, of dan moet de machine eerst verschoven worden naar de werkmaatschappij.

We hebben hiervoor de inbreng in een holding behandeld volgens artikel 3.65 Wet IB en vervolgens de inbreng door die holding in een werkmaatschappij volgens artikel 14 Wet Vpb en artikel 15 Wet Vpb. Hoe verloopt de inbreng als er sprake is van drie B.V.'s? Dat kan als volgt worden weergegeven:

30 De regels rondom de fiscale eenheid zijn in de artikelen 15 e.v. Wet Vpb neergelegd. Deze antimisbruikbepaling staat strikt genomen niet in artikel 15 Wet Vpb zelf, maar iets verderop in artikel 15a lid 3 sub b en c Wet Vpb.

31 Onderdeel 7.6 van het Besluit van 9 mei 2019, nr. 2019-3013, V-N 2019/34.12.

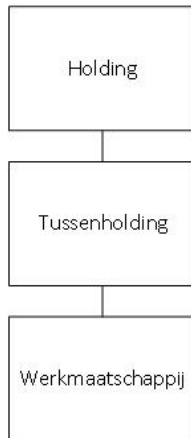
32 Meestal is het fiscaal gunstiger om niet de aandelen in de holding zelf over te dragen maar juist de aandelen in de tussenholding. Als de aandelen in de holding worden overgedragen zal de ondernemer over de verkoopwinst moeten afrekenen in (box 2 van) de inkomstenbelasting. Bij een overdracht van de aandelen in de tussenholding is de holding de verkoper. De winst die de holding met deze verkoop behaalt is in de regel vrijgesteld van vennootschapsbelasting als gevolg van de deelnemingsvrijstelling.

27 Par. 3.1 van Besluit van 12 augustus 2015, BLKB2015/520M.

28 Par. 3.5 van Besluit van 12 augustus 2015, BLKB2015/520M.

29 Dit is uiteraard een zeer grove typering van de fiscale eenheid: er zijn nog (veel) meer eisen en voorwaarden waaraan voldaan moet worden.

Structuur 2



### 5.2 Inbreng in holding en inbreng in tussenholding

De inbreng in de holding verloopt precies zoals in paragraaf 4.4 beschreven, volgens de regels van artikel 3.65 Wet IB. De inbreng in de tussenholding daarna gaat zoals

beschreven in paragraaf 4.5, conform artikel 14 Wet Vpb ofwel conform artikel 15 Wet Vpb.

### 5.3 Inbreng in werkmaatschappij

De inbreng in de werkmaatschappij kan ook plaatsvinden op grond van artikel 14 Wet Vpb of op grond van artikel 15 Wet Vpb, zoals hiervoor omschreven.

In paragraaf 4.5.a werd het al genoemd: wil de faciliteit van artikel 14 Wet Vpb van toepassing zijn bij de inbreng in de tussenholding, dan moet een onderneming of een zelfstandig gedeelte daarvan worden ingebracht. Als op dat moment al het voornemen bestaat om (een gedeelte van) de onderneming door in te brengen in de werkmaatschappij (de derde inbreng), dan is de faciliteit van artikel 14 Wet Vpb in beginsel *niet* van toepassing op de inbreng in de tussenholding als in de tussenholding geen onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan achterblijft. Betekent dit dat het niet mogelijk is een onderneming geruisloos in te brengen in een tussenholding en (al dan niet met achterlating van een of meerdere 'losse' vermogensbestanddelen) uit te laten zakken in de werkmaatschappij? Gelukkig niet, want in één van de Bedrijfsfusiebesluiten is een aantal uitzonderingen opgenomen<sup>33</sup>, waarvan wij hier de twee (voor de praktijk) belangrijkste zullen behandelen.

#### a. Uitzondering 1: weer toepassing artikel 14 Wet Vpb (bedrijfsfusie)

Als de tussenholding de *gehele* onderneming doorinbrengt in de werkmaatschappij en op die inbreng is weer artikel 14 Wet Vpb van toepassing, dan is de inbreng in de tussenholding zelf ook 'veilig'. Als bij de doorinbreng één of meerdere vermogensbestanddelen

(zoals een machine) achterblijven bij de tussenholding, is de inbreng in de tussenholding alleen veilig als het achterblijvende deel van de inbreng geen stille reserves of goodwill bevat en de dooroverdracht ook plaatsvindt op grond van artikel 14 Wet Vpb of als de dooroverdracht wordt vormgegeven als een afsplitsing als bedoeld in artikel 14a Wet Vpb.

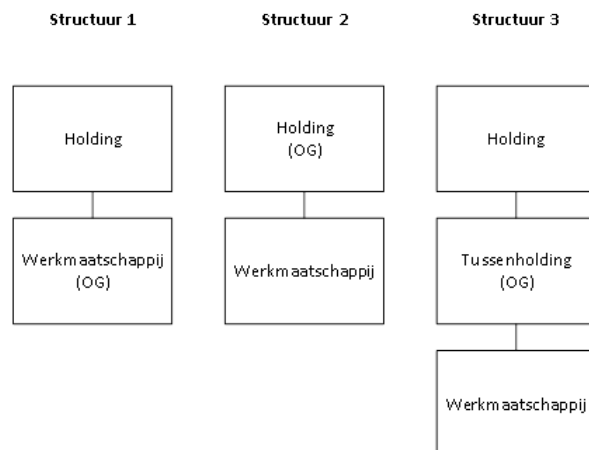
#### b. Uitzondering 2: toepassing artikel 15 Wet Vpb (fiscale eenheid)

Indien de tussenholding de onderneming doorinbrengt in de werkmaatschappij met gebruikmaking van artikel 15 Wet Vpb, dan is de faciliteit van artikel 14 Wet Vpb bij de inbreng in de tussenholding ook veiliggesteld.

## 6. OVERDRACHTSBELASTING

### 6.1 Inleiding

Tot nu toe zijn we ervan uitgegaan dat Bep geen bedrijfspand heeft dat zij inbrengt in de BV's. In de praktijk komt het echter regelmatig voor dat dat wel het geval is. Er zijn dan verschillende structuren denkbaar, zoals:



Bij het kiezen van de juiste structuur spelen verschillende factoren een rol, zoals spreiding van risico's, complexiteit ten opzichte van eenvoud, kosten en verkoopbaarheid. Structuur 3 is bijvoorbeeld het meest flexibel bij een eventuele toekomstige verkoop. Een potentiële koper kan dan kiezen: óf hij koopt alleen de onderneming (= werkmaatschappij) óf hij koopt de onderneming met het pand (= tussenholding en werkmaatschappij).<sup>34</sup> Deze structuur brengt echter naar alle waarschijnlijkheid wel meer (eenmalige en periodieke) kosten met zich mee. Het zal dus afhangen van de feiten en omstandigheden welke structuur het meest voor de hand ligt.

In deze paragraaf gaan we er, anders dan in de vorige paragrafen, van uit dat tot de eenmanszaak van Bep wél

<sup>34</sup> In het laatste geval is er geen sprake van een met overdrachtsbelasting belaste overdracht van de aandelen indien de onroerende zaken volledig ten dienste staan van de onderneming van de werkmaatschappij. Er is niet voldaan aan de zogenoemde doeleis van artikel 4 Wbr.

<sup>33</sup> Par. 3.1.1 van Besluit van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M.

een bedrijfspand behoort. Zij kiest in eerste instantie voor structuur 1. Bep brengt dus haar eenmanszaak met bedrijfspand in haar nieuwe holding in en vervolgens zakt de onderneming mét bedrijfspand uit naar de werkmaatschappij.

Op grond van artikel 2 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer ('Wbr') is in beginsel iedere verkrijging van een in Nederland gelegen onroerende zaak belast met overdrachtsbelasting, dus ook de verkrijging van een onderneming inclusief onroerende zaken door een BV. Omdat de overheid wilde voorkomen dat het moeten betalen van overdrachtsbelasting ondernemers zou tegenhouden om hun onderneming om te zetten in een BV, zijn er verschillende vrijstellingen in het leven geroepen. Wij zullen die vrijstellingen hierna bespreken.

## 6.2 Inbreng in de holding

De verkrijging van een onroerende zaak bij de omzetting van (onder meer) een eenmanszaak in een nieuw opgerichte BV is onder voorwaarden vrijgesteld van overdrachtsbelasting.<sup>35</sup> Die vrijstelling is slechts van toepassing indien (1) alle tot het ondernemingsvermogen behorende activa en passiva die een functie vervullen in de onderneming worden ingebracht (2) tegen toekenning van aandelen.

### a. Economische versus juridische eigendom

Uit de eerste voorwaarde vloeit onder meer voort dat de vrijstelling niet van toepassing is als slechts de *economische* eigendom van de onroerende zaken wordt ingebracht. Omdat de Staatssecretaris dat ongewenst vindt heeft hij in het besluit van 25 mei 2018 (nr. 2018-50125) ('het Besluit') goedgekeurd dat dat wél mag. Belangrijk daarbij is wel dat een eventuele latere inbreng van de juridische eigendom van die onroerende zaken niet is vrijgesteld van overdrachtsbelasting.

### b. Creditering

De tweede voorwaarde betekent dat er in ieder geval aandelen moeten worden uitgereikt aan Bep. Een agiostorting is daarnaast beperkt toegestaan. De hoofdregel is dat er slechts 10% van de waarde van de onderneming worden gecrediteerd.

Bij een *ruisende* inbreng gelden vanuit de Wet IB geen beperkingen met betrekking tot een creditering. Als de eenmanszaak ruisend wordt ingebracht inclusief onroerende zaken, geldt dus wél een crediteringsbeperking op grond van het Uitvoeringsbesluit. Wij merken dat

dat in de praktijk nog wel eens wordt vergeten. Hierbij is nog van belang dat in onderdeel 3.6 van het Besluit is goedgekeurd dat een eventuele creditering voor de door de inbrenger materieel verschuldigde inkomstbelasting en premies volksverzekeringen niet worden aangemerkt als creditering in de zin van het Uitvoeringsbesluit. Bovendien mag op grond van onderdeel 3.7 van het Besluit onder voorwaarden een bedrag dat gelijk is aan de waarde van de door de inbrenger ten laste van de stakingswinst bedongen lijfrentevoorziening aan hem worden gecrediteerd.

Bij een *geruisloze* inbreng mag er meer worden gecrediteerd dan 10%, mits de creditering gelijk is aan het bedrag dat op grond van de bij artikel 3.65 Wet IB behorende standaardvoorwaarden mag worden gecrediteerd. Op grond van onderdeel 3.5 van het Besluit is verder van belang dat een omzetting van een bestaande fiscale oudedagsreserve (FOR) in een lijfrente op de voet van artikel 3.128 Wet IB niet als een creditering in de zin van het Uitvoeringsbesluit wordt aangemerkt.

### c. Aanhoudings- en voortzettingseis

De wetgever wil voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van deze vrijstelling. Dat zou het geval kunnen zijn bij een verkapte verkoop in plaats van een echte inbreng. Om die reden geldt een zogenaamde aanhoudingseis en een zogenaamde voortzettingseis.<sup>36</sup> Als aan één of beide vereisten niet wordt voldaan, komt de vrijstelling te vervallen en is de bij de inbreng niet geheven overdrachtsbelasting alsnog verschuldigd.

#### c.1. Aanhoudingseis

De aanhoudingseis houdt in dat Bep gedurende drie jaren na de inbreng in het bezit moet blijven van haar aandelen. Bep mag haar aandelen dus niet vervreemden, waaronder tevens wordt verstaan een vervreemding van een claim, het verlenen van een koopoptie en een gehele of gedeeltelijke terugbetaling op de aandelen. Het economische belang bij de aandelen dient gedurende de genoemde termijn ook bij Bep te blijven. Een certificering van de aandelen is op grond van onderdeel 3.8.1 van het Besluit wel is toegestaan, mits de certificaten kunnen worden vereenzelvigd met de onderliggende aandelen en de resterende periode van drie jaren wordt 'uitgezeten' door zowel de certificaatouder als de STAK. De aanhoudingseis blijft eveneens buiten toepassing<sup>37</sup>:

- als de vervreemding plaatsvindt in het kader van een juridische afsplitsing; of
- als sprake is van een aandelenfusie met betrekking tot ten minste 75% van de aandelen.

In dat geval treden de bij die afsplitsing of aandelenfusie toegekende aandelen in de plaats van de vervreemde aandelen en wordt de aanhoudingseis op die

35 Artikel 15 lid 1 onderdeel e onder 2° Wbr juncto artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer. Op grond van onderdeel 3.3 van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 mei 2018 (nr. 2018-50125) is een inbreng in een bestaande BV ook mogelijk, onder de volgende voorwaarden (a) uitsluitend de inbrenger(s) aandeelhouder is/zijn van de BV, (b) artikel 5 lid 3 van het Uitvoeringsbesluit (aanhoudingseis) is van toepassing op alle door de inbrenger(s) gehouden aandelen en (c) aan alle overige voorwaarden van de wet en het uitvoeringsbesluit wordt voldaan.

36 Artikel 5 lid 3 Uitvoeringsbesluit respectievelijk artikel 5 lid 4 Uitvoeringsbesluit.

37 Artikel 5 lid 5 Uitvoeringsbesluit.



'nieuwe' aandelen van toepassing.

### c.2. Voortzettingseis

De voortzettingseis houdt in dat de onderneming gedurende een periode van drie jaren na de inbreng moet worden voortgezet. Dit betekent dat de vennootschap geen handelingen mag verrichten die bij Bep, indien zij de eenmanszaak niet zou hebben ingebracht, zou hebben geleid tot een staking van (een gedeelte van) de onderneming. Deze voortzettingseis blijft buiten toepassing in geval van een vervreemding van de bij de inbreng verkregen onderneming inclusief de daartoe behorende onroerende zaken in het kader van (1) een bedrijfsfusie, (2) een interne reorganisatie of (3) een juridische splitsing.<sup>38</sup>

### 6.3 Inbreng in werkmaatschappij

Nu Bep haar eenmanszaak inclusief onroerende zaken heeft ingebracht in haar holding, wenst zij de onderneming inclusief onroerende zaken door te laten zakken in de werkmaatschappij. In dat kader zou zij een beroep kunnen doen op twee vrijstellingen: de bedrijfsfusievrijstelling (artikel 15 lid 1 onderdeel h Wbr juncto artikel 5a Uitvoeringsbesluit) of de interne reorganisatievrijstelling (artikel 15 lid 1 onderdeel h Wbr juncto artikel 5b Uitvoeringsbesluit).<sup>39</sup>

#### a. Bedrijfsfusie

Zoals hiervoor in paragraaf 4.5.a al uitgelegd, is sprake van een bedrijfsfusie indien een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan wordt ingebracht tegen toekenning van aandelen. Voor wat betreft de eis dat sprake moet zijn van 'een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan' wordt de Wet VPB gevolgd. Op grond van het Uitvoeringsbesluit geldt dat een creditering van ten hoogste 10% is toegestaan. Bij een ruisende inbreng moet men dus ook hier extra goed opletten.

Ook hier geldt een aanhoudingseis. Er is namelijk alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd als de holding binnen drie jaren na de doorinbreng niet meer in het bezit is van alle bij of in verband met de doorinbreng verkregen aandelen in het kapitaal van de werkmaatschappij.<sup>40</sup> Er geldt een uitzondering voor een vervreemding van aandelen<sup>41</sup>:

- in het kader van een interne reorganisatie;
- in het kader van een juridische splitsing;
- in het kader van een aandelenfusie met betrekking tot ten minste 75% van die aandelen.

In dat geval treden de hierbij toegekende aandelen in

de plaats van de vervreemde aandelen en wordt de aanhoudingseis op die 'nieuwe' aandelen van toepassing.

Er dient ook aan de voortzettingseis te worden voldaan.<sup>42</sup> De onderneming moet op grond daarvan gedurende ten minste drie jaren na de doorinbreng worden voortgezet door de werkmaatschappij. Een vervreemding van de onderneming inclusief de daartoe behorende onroerende zaken is wel toegestaan in het kader van een (andere) bedrijfsfusie, een interne reorganisatie of een splitsing.<sup>43</sup>

#### b. Interne reorganisatie

Bep, althans de werkmaatschappij, zou bij de doorinbreng ook een beroep kunnen doen op artikel 5b van het Uitvoeringsbesluit. Deze vrijstelling wegens interne reorganisatie is van toepassing indien een tot het concern behorende vennootschap onroerende zaken overdraagt aan een andere vennootschap van dat concern. Van een concern is kort gezegd sprake als een vennootschap 90% of meer van de aandelen in één of meerdere andere vennootschappen houdt. Ook als de werkmaatschappij direct voorafgaand aan de inbreng is opgericht is sprake van een concern als bedoeld in dit artikel.

Het 'voordeel' van deze vrijstelling is dat er geen crediteringsmaximum geldt. In het artikel is namelijk niets bepaald over een eventuele creditering. Met name bij een ruisende doorinbreng – waar zoals aangegeven vanuit de Wet IB en de Wet VPB ook geen crediteringsbeperkingen gelden – is dit dus zeker een te overwegen alternatief. Ook bij deze vrijstelling gelden echter een aanhoudings- en een voortzettingseis.<sup>44</sup> De aanhoudingseis houdt in dat de werkmaatschappij ten minste drie jaren na de inbreng deel moet blijven uitmaken van het concern. Ook hierop zijn diverse uitzonderingen geformuleerd (zie lid 5, 6 en 7 alsmede onderdeel 5 van het Besluit). De voortzettingseis – die slechts in bepaalde situaties van toepassing is – houdt kort gezegd in dat de onderneming of de activiteiten van de holding gedurende ten minste drie jaren na de inbreng binnen concern moeten worden voortgezet. Wij zullen in dit artikel verder niet ingaan op deze eisen.

#### c. Gevolgen doorinbreng voor de genoten vrijstelling bij de inbreng in de holding

Uiteraard dient bekeken te worden of deze doorinbreng inclusief onroerende zaken gevolgen heeft voor de vrijstelling die is ingeroepen bij de inbreng van de eenmanszaak in de holding. Het antwoord op de vraag is kort en krachtig: 'nee'. Zoals hiervoor aangegeven

<sup>38</sup> Artikel 5 lid 6 Uitvoeringsbesluit.

<sup>39</sup> De doorinbreng zou ook kunnen worden vormgegeven als een juridische afsplitsing. Wij gaan daar in dit artikel niet verder op in.

<sup>40</sup> Artikel 5a lid 3 van het Uitvoeringsbesluit.

<sup>41</sup> Artikel 5a lid 5 van het Uitvoeringsbesluit.

<sup>42</sup> Artikel 5a lid 4 Uitvoeringsbesluit.

<sup>43</sup> Artikel 5a lid 6 Uitvoeringsbesluit. Zie ook onderdeel 4.1 van het Besluit in geval van een vervreemding exclusief onroerende zaken.

<sup>44</sup> Artikel 5b lid 3 (aanhoudingseis) en lid 4 (voortzettingseis).

is een vervreemding van de onderneming inclusief de daartoe behorende onroerende zaken in het kader van een bedrijfsfusie of in het kader van een interne reorganisatie toegestaan op grond van lid 6 van artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit. Bep hoeft zich daarover dus geen zorgen te maken.

#### d. Structuur 2

Stel nu dat Bep toch voor structuur 2 zou willen kiezen, waarbij zij haar eenmanszaak inclusief onroerende zaken eerst inbrengt in de holding en de onderneming vervolgens *exclusief* onroerende zaken uitzakt in de werkmaatschappij. Bij de doorinbreng spelen geen overdrachtsbelastingaspecten, omdat de werkmaatschappij geen onroerende zaken verkrijgt. Ondanks het feit dat bij die doorinbreng sprake is van een bedrijfsfusie, lijkt de doorinbreng echter tot gevolg te hebben dat niet aan de voortzettingseis die geldt bij de eerste inbreng (van de eenmanszaak inclusief onroerende zaken in de holding) wordt voldaan omdat de daarbij verkregen onderneming niet *inclusief* de daartoe behorende onroerende zaken wordt vervreemd. Dan zou de overdrachtsbelastingvrijstelling voor de eerste inbreng dus komen te vervallen. Gelukkig steekt onderdeel 3.9 van het Besluit daar een stokje voor. Dat onderdeel verklaart de voortzettingseis in die situatie namelijk buiten toepassing als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- de overdracht vindt plaats binnen het concern als bedoeld in artikel 5b lid 2 en lid 9 van het Uitvoeringsbesluit; én
- de werkmaatschappij zet de onderneming gedurende de resterende periode van drie jaren voort binnen dat concern.

Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, kan Bep dus ook met een gerust hart voor structuur 2 kiezen.

#### e. Structuur 3

Van welke vrijstellingen zou nu gebruik kunnen worden gemaakt indien Bep zou kiezen voor structuur 3?

1. Inbreng eenmanszaak inclusief onroerende zaken in de holding: artikel 15 lid 1 onderdeel e onder 2° Wbr juncto artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit;
2. (Door)inbreng onderneming inclusief onroerende zaken in de tussenholding: bedrijfsfusievrijstelling of interne reorganisatievrijstelling; deze doorinbreng leidt er niet toe dat de vrijstelling die is toegepast bij stap 1 komt te vervallen, want dit is een toegestane vervreemding<sup>45</sup>;
3. (Door)inbreng onderneming exclusief onroerende zaken in de werkmaatschappij: bij deze doorinbreng hoeft geen beroep te worden gedaan op een vrijstelling van overdrachtsbelasting, omdat de werkmaatschappij geen onroerende zaken verkrijgt;
  - indien bij stap 2 gebruik is gemaakt van de bedrijfsfusievrijstelling: deze doorinbreng leidt

er niet toe dat die vrijstelling komt te vervallen, want dit is een toegestane vervreemding aangezien de doorinbreng plaatsvindt binnen concern. De onderneming moet wel gedurende de resterende termijn van drie jaren worden voortgezet binnen het concern<sup>46</sup>;

- indien bij stap 3 gebruik is gemaakt van de interne reorganisatievrijstelling: deze doorinbreng leidt er niet toe dat die vrijstelling komt te vervallen, want er wordt nog steeds voldaan aan de aanhoudingseis (de holding heeft nog steeds het gehele belang in de tussenholding) en – voor zover überhaupt van toepassing – aan de voortzettingseis (de onderneming wordt nog steeds voortgezet binnen het concern).

## 7. SLOT

In dit artikel zijn wij ingegaan op diverse fiscale aspecten die spelen bij de omzetting van een eenmanszaak in een of meerdere BV's. Wij hebben geprobeerd een bruikbaar overzicht op hoofdlijnen te schetsen, waarbij wij op een aantal specifieke aandachtspunten nader zijn ingegaan.

45 Artikel 5 lid 6 Uitvoeringsbesluit.

46 Onderdeel 4.1 van het Besluit.