

Betr: Betr: Re: rechtsvraag kennisgroep [Notes Link](#)

5.1.2e	5.1.2e
	5.1.2e

02-10-
2018
20:17

C	5.1.2e
c	



181002 Beantwoording kg-vraag inz

aanbiedingsplicht en cumprefs.docx

Mochten er vragen zijn, mogen jullie uiteraard altijd contact opnemen.

Met vriendelijke groet,

5.1.2e

Groningen - Leeuwarden - Emmen

.....
Belastingdienst

Midden- en kleinbedrijf

Kempkensberg 12 | 9722 TB Groningen

Postbus 418 | 9700 AK Groningen

5.1.2e	
5.1.2e	@belastingdienst.nl

www.belastingdienst.nl

Aanbiedingsplicht en cumprefs (doorschuifregeling)

Vraag

De heer E. bezat vanaf 67 Awr twee holdings, 67 Awr V en P BV:

- 67 Awr hield overwegend vennootschappen met beleggingsvermogen, waaronder het onroerend goed van het bedrijf (O BV was wel een werkmaatschappij waarin een materiële onderneming werd gedreven).
- P BV hield de werkmaatschappijen (met name E BV).

67 Awr bezat een vordering op E BV, maar geen aandelen in dat bedrijf. Dat is steeds zo geweest tot het moment van omzetting van de vordering in cumprefs 67 Awr. Na de omzetting in cumprefs heeft de 67 Awr ook aandelen verworven in het E-bedrijf. 67 Awr en P (verkrijger) zijn in 67 Awr juridisch gefuseerd.

De heer E is overleden 67 Awr. Hij was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd en enig aandeelhouder van holding P BV. De dochtermaatschappijen van P BV houden zich bezig met 67 Awr. P BV bezit 67 Awr van de gewone aandelen en 67 Awr van de cumprefs in E BV.

De cumprefs voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 4.17a lid 5 laatste volzin. De cumprefs zijn ontstaan door omzetting van een schuld van E BV aan P BV op 67 Awr. Die schuld was deels ontstaan door een schuldig gebleven koopsom van aandelen 67 Awr. Vervolgens zijn aanvullend bedragen verstrekt in het kader van de ondernemingsactiviteiten (aangewend voor investeringen en versteviging werkkapitaal). Het deel dat zag op de schuldig gebleven koopsom was op overlijdensdatum van de heer E reeds geheel afgelost door de inkoop van een deel van de cumprefs. Op de overlijdensdatum van de heer E resteerde nog voor een bedrag ad 67 Awr aan cumprefs (inclusief agio). Op basis van de chronologische oorsprong ('fifo') is het deel van de omgezette vordering dat zag op de schuldig gebleven koopsom reeds geheel afgelost.

De overige aandelen in E BV 67 Awr worden gehouden door O BV, de vennootschap van de heer O. De heer O voert de dagelijkse leiding over E BV. De strategische beslissingen werden steeds genomen door de heer E.

Op 67 Awr heeft E zijn testament gewijzigd. Vader heeft de aandelen gelegateerd aan de beide kinderen. Bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap zijn alle aandelen toegedeeld aan de nalatenschap.

In de statuten van E BV van 67 Awr is een aanbiedingsverplichting opgenomen die o.a. bij overlijden van E van toepassing is. De echtgenote van de heer E heeft als enig bestuurder van P BV de aandelen van P BV aangeboden aan O BV. O BV heeft aangegeven hiervan gebruik te willen maken. Er loopt een civiele procedure of O BV op de juiste wijze op de aanbieding heeft gereageerd.

De erfgenamen zijn verplicht de aandelen aan te bieden, maar wensen de aandelen zelf te behouden. Het betreft een familiebedrijf.

67 Awr

67 Awr

67 Awr

Het stond en staat derhalve zeker niet (nagenoeg) vast dat de aandelen in E BV door O BV zouden of zullen worden overgenomen. Tot op heden heeft geen overdracht van de aandelen aan de andere aandeelhouder plaatsgevonden. Het is nog altijd onduidelijk of de aandelen (ooit) door O BV zullen worden overgenomen. Voor het geval van een overname, is er volgens de adviseur tussen partijen consensus dat die overdracht zal plaatsvinden tegen de waarde van de aandelen op het moment van overdracht.

Vraag 1: Heeft de aanbiedingsplicht tot gevolg dat de door P BV gehouden aandelen in E BV niet kwalificeren als ondernemingsvermogen in de zin van artikel 4.17a lid 2?

Vraag 2: Kwalificeren de cumprefs in E BV als ondernemingsvermogen?

Antwoord

Vooropgesteld merk ik op dat er in 67 Awr een fusie plaatsvond. In 67 Awr is de heer E overleden. Is ter zake van de juridische fusie sprake van ontgaan (met andere woorden, is de fusie enkel ingegeven door het aanstaand overlijden van de heer E?). Voor de beantwoording van de vragen ga ik ervan uit dat dit niet aan de orde is.

Vraag 1: nee. De aanbiedingsplicht vormt in deze casus, gelet op de feiten en omstandigheden van dit geval, geen beletsel voor de doorschuifregeling.

Vraag 2: ja. Gegeven het algemene oordeel van de Hoge Raad van 22 april 2016, BNB 2016/167, lijken de vermogensetiketteringsregels ook van toepassing op preferente aandelen. De vervolgvraag is dan of de cumprefs verplicht ondernemingsvermogen vormen, keuzevermogen, of verplicht privévermogen. In zijn algemeenheid vormen preferente aandelen privévermogen, net als overnamevorderingen. In dit specifieke geval zijn de preferente aandelen echter niet op één lijn te stellen met een overname vordering, omdat de preferente aandelen een omzetting vormen van een lening die is verstrekt voor versteviging van het werkkapitaal en voor investeringen in de onderneming. Ingeval deze vordering niet zou zijn omgezet in prefs, dan zou de vordering moeten worden geëtiketteerd en kan de vordering worden aangemerkt als ondernemingsvermogen (keuzevermogen).

Beschouwing

Vraag 1: aanbiedingsplicht

De doorschuifregeling in de inkomstenbelasting kent geen voortzettingsvereiste. Als er echter geen intentie is om de onderneming voort te zetten, is de doorschuifregeling naar onze mening niet van toepassing. De bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet kent wél een voortzettingsvereiste. In dit antwoord wordt alleen ingegaan op de doorschuifregeling in de inkomstenbelasting.

Op een vraag van de NOB heeft de staatssecretaris aangegeven dat wanneer aandelen in een werk-BV op basis van een aanbiedingsverplichting bij overlijden van een aandeelhouder aangeboden moeten worden aan een of meerdere medeaandeelhouders op een dergelijke overdracht van de aandelen de doorschuifregeling niet van toepassing zal zijn omdat geen sprake is van een overgang krachtens erfrecht, maar van een overgang krachtens een tijdens het leven gesloten overeenkomst ([Vakstudie Wet IB 2001 artikel 4.17a Wet IB 2001, aantekening 2.7](#)).

'Voorts vraagt de NOB aandacht voor de situatie dat meerdere aandeelhouders participeren in een gemeenschappelijke (werk-)BV. Volgens de NOB hebben zij vaak een aandeelhoudersovereenkomst gesloten op grond waarvan de aandelen in geval van overlijden van een aandeelhouder moeten worden aangeboden aan de andere aandeelhouder(s), een zogenoemde aanbiedingsverplichting. De NOB vraagt of kan worden bevestigd dat bij een overdracht op grond van een dergelijke aanbiedingsverplichting sprake is van een verkrijging krachtens erfrecht waarop de doorschuifregeling van artikel 4.17a en de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 van toepassing zijn. Ik begrijp de vraag van de orde als volgt. De aandelen worden overgedragen op grond van een bij leven gesloten aandeelhoudersovereenkomst. Dit betekent dat deze overeenkomst de titel is van deze overdracht en niet de titel krachtens erfrecht. In de regel zal in een dergelijke overeenkomst zijn bepaald dat een zakelijke vergoeding voor de aandelen moet worden betaald. Hierdoor wordt aan de heffing van erf- of schenkbelasting niet toegekomen, zodat de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 niet in beeld komt. Evenmin is dan de doorschuifregeling van artikel 4.17c Wet IB 2001 van toepassing, omdat er een tegenprestatie voor de aandelen wordt ontvangen.'

Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, p. 8-9 (MvA).

Het antwoord van de Staatssecretaris van Financiën op bovenstaande vraag van de NOB lijkt te zien op de situatie, waarin aandeelhouders rechtstreeks vanuit privé deelnemen in een gemeenschappelijke BV. Daarvan is in de onderhavige casus geen sprake.

In de vragenrubriek van Vakstudie-Nieuws [V-N 2012/26.33](#) en [V-N 2012/34.21](#) wordt ingegaan op de situatie dat sprake is van een indirect belang, zoals in deze casus het geval is. In dat geval gaan op grond van de aanbiedingsplicht niet de aandelen van de aandeelhouder in privé over op de andere aandeelhouders, doch de aandelen die de persoonlijke holding houdt in de gemeenschappelijke BV. Op het tijdstip van overlijden is er nog een indirect belang in de vennootschap die een onderneming drijft. De persoonlijke houdstervennootschap is echter verplicht dat belang aan te bieden aan de overige participant(en). Gesteld kan worden dat niet langer sprake is van aandelen in een vennootschap die een onderneming drijft, als ten tijde van de verkrijging krachtens erfrecht reeds vaststaat of zo goed als zeker is dat het belang in de werkmaatschappij zal worden vervreemd (ervan uitgaande dat de houdstermaatschappij zelf geen onderneming drijft).

De situatie in de vragenrubriek van Vakstudie-Nieuws wijkt echter af van de onderhavige situatie. O BV heeft nog in 2012 afgezien van het overnemen van de aandelen op basis van dezelfde aanbiedingsverplichting in het kader van een juridische fusie. Nu O BV de aandelen wél wil overnemen, proberen de erfgenamen er met juridische middelen aan te ontkomen. Tot op heden (meer dan 5 jaar na het overlijden) heeft geen overdracht van de aandelen aan O BV plaatsgevonden. Het is nog altijd onduidelijk of de aandelen (ooit) door O BV zullen worden overgenomen. Er kan gelet op de feiten en omstandigheden niet gezegd worden dat ten tijde van de verkrijging krachtens erfrecht reeds vaststaat of zo goed als zeker is dat het belang in de werkmaatschappij zal worden vervreemd.

Bovendien is het voortbestaan van de onderneming niet afhankelijk van de arbeid van E. De arbeid van E is gelet op de feiten en omstandigheden niet zodanig 'persoonlijk', dat met het overlijden van E de onderneming in feite is gestaakt. Deze casus verschilt daarmee wezenlijk van casussen van bijvoorbeeld beroepsbeoefenaren. (Bij bijvoorbeeld beroepsbeoefenaren is de arbeid doorgaans gekwalificeerd en hoogst persoonlijk; een derde kan deze arbeid niet leveren. Hier is dat niet aan de orde.)

N.B.: voor het geval de nalatenschap nog niet is verdeeld, wordt opgemerkt dat de tweejaarstermijn inmiddels is verstreken (art. 4.17b lid 3 Wet IB 2001).

Vraag 2: kwalificatie cumprefs

De doorschuifregeling van art. 4.17a vindt kort gezegd alleen plaats als er een onderneming wordt gedreven (lid 1). Of sprake is van een materiële onderneming, wordt getoetst op het moment van overlijden (toetsmoment).

P BV drijft op dat toetsmoment een onderneming. Ten overvloede, als de fusie niet zou hebben plaatsgevonden, zou ^{67 Awr} A ook een onderneming hebben gedreven vanwege haar belang in werkmaatschappij O BV. Dit is echter nu niet relevant, omdat de overlijdensdatum het toetsmoment is en ^{67 Awr} op dat moment niet meer bestaat.

In lid 2 wordt de doorschuifregeling kort gezegd beperkt tot het ondernemingsvermogen van de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben. Hiervoor zijn de regels van vermogensetikettering van belang.

In lid 5 is aangegeven dat als in casu P BV een belang houdt in een ander lichaam (lees: E BV), de bezittingen en schulden van E BV onder bepaalde omstandigheden worden toegerekend aan P BV, met inachtneming van de omvang van het belang van P BV in E BV.

Met betrekking tot ^{67 Awr} gewone aandelen vindt toerekening plaats, waardoor P BV een materiële onderneming drijft.

De indirect gehouden cumprefs voldoen echter niet aan de voorwaarden als bedoeld in artikel 4.17a lid 5 laatste volzin. Daardoor vindt toerekening van de bezittingen en schulden van E BV aan P BV met betrekking tot de cumprefs niet plaats.

Met ingang van 1 juli 2016 is artikel 4.17a lid 7 ingevoerd. Daarin is bepaald dat een belang in een ander lichaam niet wordt gerekend tot het ondernemingsvermogen. Deze wetswijziging heeft echter geen terugwerkende kracht naar de overlijdensdatum 67 Awr.

Nu de toerekening van lid 5 niet van toepassing is omdat de cumprefs niet kwalificeren en de wetswijziging van lid 7 in het overlijdensjaar nog niet van toepassing was, rijst de vraag of dan ten aanzien van cumprefs de regels van vermogensetikettering van toepassing zijn (op basis van de uitspraak van de Hoge Raad van Hoge Raad, 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:705).

En als die vraag bevestigend wordt beantwoord, is de vervolgvraag of de cumprefs verplicht ondernemingsvermogen vormen, keuzevermogen, of verplicht privévermogen.

Vermogensetikettering?

De Hoge Raad heeft op 22 april 2016 [BNB 2016/167](#) beslist, dat

2.3.1. Uit artikel 35c, lid 5, letter a, SW vloeit voort dat de bezittingen en schulden van de lichamen waarin de BV belangen aanhoudt die voor de erflater indirect gehouden aanmerkelijke belangen vormen, voor de toepassing van hoofdstuk IIIA van de SW moeten worden toegerekend aan de BV. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat dit geldt voor de bezittingen en schulden van de onder 2.1.3 vermelde overige actieve vennootschappen waarin de erflater een indirect aanmerkelijk belang hield en waarop de BOR, naar buiten geschil is, van toepassing is. Dit brengt mee dat voor de toepassing van de BOR ervan moet worden uitgegaan dat de BV een (materiële) onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet IB 2001.

2.3.2. Tot het ondernemingsvermogen van de onderneming die de houdstermaatschappij na de hiervoor omschreven toerekening geacht wordt te drijven, kunnen op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij zelf behoren (vgl. Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13, blz. 27). Hiermee wordt zoveel mogelijk een uniforme behandeling bereikt van enerzijds gevallen waarin het vermogen aan een besloten vennootschap toebehoort, en anderzijds gevallen waarin het vermogen toebehoorde aan de erflater zelf (vgl. HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, ECLI:NL:HR:2010:BL0193, BNB 2010/286). Er bestaat geen aanleiding om een aandelenbelang hierbij anders te behandelen dan andere vermogensbestanddelen van de houdstermaatschappij.”

Het aandelenbelang in deze procedure betrof een minderheidsbelang (er was m.a.w. geen sprake van een (indirect) aanmerkelijk belang).

Dit arrest heeft voor de inkomstenbelasting (artikel 4.17a Wet IB 2001) dezelfde uitwerking.

In de onderhavige casus gaat het echter niet om een minderheidsbelang in een andere deelneming, maar om (niet kwalificerende) cumprefs. De holding (P BV) drijft, net als in het arrest, een onderneming. Het arrest van de Hoge Raad leidt ertoe dat de vermogensetikettering er voor kan zorgen dat de preferente aandelen alsnog kwalificeren als ondernemingsvermogen. Wellicht dat nog verdedigd zou kunnen worden dat voor preferente aandelen wel erg specifieke regels gelden en dat een IB-ondernemer toch zelden tot nooit preferente aandelen op zijn IB-balans heeft staan, maar gegeven het algemene oordeel van de Hoge Raad lijkt deze stellingname weinig kansrijk.

Ondernemingsvermogen, keuzevermogen of privévermogen?

De kennisgroep AB heeft (destijds) de vraag voorgelegd aan de KG winstbepaling of indirect behouden preferente aandelen ondernemingsvermogen, privévermogen of keuzevermogen vormen. ^{67 Awr}

67 Awr

Indien bij overdracht van een onderneming de overnamesom geheel of gedeeltelijk schuldig wordt gebleven, vormt de overnamevordering van de overdrager op de overnemer in principe verplicht privévermogen.

De KG winstbepaling is van mening dat prefs die tot stand zijn gekomen in het kader van een bedrijfsopvolging, dezelfde betekenis hebben in het vermogen van de belastingplichtige als een overnamevordering. Gelet op de bijzondere voorwaarden waaronder dergelijke prefs plegen te worden uitgegeven, is het juridisch karakter van de prefs (het feit dat het aandelen zijn) niet van doorslaggevende betekenis voor de vermogensetikettering. Daarom moeten de prefs naar de mening van de KG winstbepaling op dezelfde wijze worden behandeld als een overnamevordering. In beginsel kwalificeren de preferente aandelen dus als verplicht privévermogen.

Echter, in de onderhavige casus zijn de cumprefs (althans, naar de stand van zaken op overlijdensdatum) het resultaat van omzetting van een lening die is verstrekt voor versteviging van het werkkapitaal en voor investeringen in de onderneming. Ingeval de vordering niet zou zijn omgezet in prefs, dan zou de vordering moeten worden geëtiketteerd en is verdedigbaar dat de vordering minimaal kwalificeert als keuzevermogen (uitgaande van een gelijke behandeling van een vordering en prefs).

Gegeven het feit dat in deze casus de omzetting van de vordering in prefs ruim vóór 2010 heeft plaatsgevonden, de heer E vóór de reparatiewetgeving n.a.v. het arrest van BNB 2016/167 is overleden, op grond van het fifo-stelsel uit de prefs de oorspronkelijke overnamevordering is 'afgelost' en door middel van de prefs enkel ondernemingsactiviteiten worden gefinancierd, acht de kennisgroep het procesrisico dat de prefs etiketteren als keuzevermogen/ondernemingsvermogen aanzienlijk.

Als bij het voorgaande in aanmerking wordt genomen dat, vanwege de wetswijziging naar aanleiding van BNB 2016/167, sprake is van een achterhoedegevecht en dat er, met name vanwege de feitelijke elementen in deze casus, van een ingenomen standpunt geen precedentwerking kan uitgaan, is de kennisgroep van mening dat de preferente aandelen kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen.

Een vraag die voor de Successiewet nog relevant is, is wat er na overlijden met de preferente aandelen is gebeurd. Vóór ^{67 Awr} is een deel van de prefs ingekocht. Zijn er na overlijdensdatum ^{67 Awr} ook nog prefs ingekocht (in strijd met het voortzettingsvereiste)?

67 Awr

67 Awr