



DE GERUISLOZE TERUGKEER UIT DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP; FANTASTISCHE FACILITEIT OF ROEMLOZE REGELING?

Zijn de voorwaarden van de geruisloze terugkeermogelijkheid in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doeltreffend en proportioneel?



Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam student: Tom Hooijmans
Studentnummer: 537828

Begeleider: M.T.E. (Mark) Robben
Tweede beoordelaar: R.B.N. van Ovost

Datum versie: 28-08-2023

Erasmus
School of
Economics

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Introductie	3
1.2 Probleemstelling.....	3
1.3 Toetsingskader	4
1.3.1 Doeltreffendheid	4
1.3.2 Proportionaliteit	4
1.3.3 Weging van de toetsingscriteria	4
1.4 Opbouw en werkwijze	5
1.5 Afbakening.....	5
2. De geruisloze terugkeerfaciliteit.....	6
2.1 Achtergrond.....	6
2.2 Doel	6
2.3 Werking	6
2.4 Voorwaarden	8
2.4.1 Voorwaarden voor de BV.....	8
2.4.2 Voorwaarden voor de aandeelhouder(s)	10
2.4.3 Voorwaarden aangaande verliesverrekening	12
2.5 Lotsverbondenheid.....	15
2.6 Samenvatting	15
3. Toetsen van de voorwaarden	17
3.1 Inleiding	17
3.2 De ontbindingseis.....	17
3.3 Alle aandeelhouders zijn natuurlijke personen	19
3.4 Voorwaarden aangaande verliesverrekening	21
3.4.1 Verplichte winstneming en aanpassing van de boekwaarden	21
3.4.2 Overhevelingsbreuk.....	21
3.5 Overige voorwaarden	22
3.6 Bevindingen	24
4. Bevindingen	27
Literatuur	28
Boeken	28
Artikelen	28
Parlementaire stukken.....	29
Jurisprudentie.....	29
Bijlage 1. Werking van de terugkeerreserve.....	31

1. Inleiding

1.1 Introductie

Het Nederlandse belastingstelsel gaat ervan uit dat bij overschrijding van een zekere winst, een ondernemer voor een ondernemingsvorm met rechtspersoonlijkheid kiest, zoals een BV of NV.¹ Analoog hieraan lijkt te gelden dat de ondernemer voor een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid kiest indien deze zekere winstdrempel niet overschreden wordt.

Ondernemingen in de inkomstenbelasting, zoals een eenmanszaak of personenvennootschap, kennen geen rechtspersoonlijkheid. Dergelijke ondernemingen worden rechtstreeks voor rekening en risico van de achterliggende ondernemer gedreven. Een onderneming moet in een bepaalde juridische vorm worden gedreven. De onderneming hoeft deze juridische rechtsvorm echter niet noodzakelijkerwijs gedurende haar gehele bestaan te behouden. Het is bijvoorbeeld mogelijk om een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid om te zetten in een onderneming met rechtspersoonlijkheid, middels de geruisloze inbrengfaciliteit.²

De geruisloze terugkeerfaciliteit bewandelt de omgekeerde route. Onder voorwaarden kan de onderneming van een BV geruisloos terugkeren naar de inkomstenbelasting. Dit kan interessant zijn indien de aandeelhouder (aandeelhouders) van een BV tot de conclusie komt (komen) dat de BV niet langer de gunstigste juridische rechtsvorm is om de onderneming in te drijven, maar dat de onderneming beter in de inkomstenbelasting kan worden gedreven. Belangrijkste reden voor een terugkeer zijn de tegenvallende resultaten van de BV, waardoor een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid vanuit een fiscaal perspectief aantrekkelijker is dan een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid. Wegens ondernemersfaciliteiten zoals de zelfstandigenaftrek en de MKB-winstvrijstelling worden relatief lagere winsten minder zwaar belast in de inkomstenbelasting, vergeleken met de gecombineerde vennootschapsbelasting- en AB-belastingdruk waaraan respectievelijk de BV en haar aandeelhouder(s) onderworpen zijn. Een terugkeer kan ook fiscaal ruisend plaatsvinden, al zal dan mogelijk fiscale afrekening plaatsvinden met een uitvloeien van liquide middelen tot gevolg. Omdat dit in bepaalde gevallen onwenselijk is, heeft de wetgever de geruisloze terugkeerfaciliteit in artikel 14c Wet op de VPB 1969 opgenomen.

1.2 Probleemstelling

De geruisloze terugkeerfaciliteit bewerkstelligt dat de winst die resulteert uit de overgang van de onderneming van de BV onder voorwaarden niet in aanmerking wordt genomen. De kern van de regeling is dat de materiële onderneming van een BV geruisloos, dus zonder fiscale afrekening, overgaat op haar aandeelhouder(s), die de onderneming als winstgenieter(s) in de inkomstenbelasting voortzet(ten). De voorwaarden voor de geruisloze terugkeerfaciliteit zijn te vinden in artikel 14c Wet op de VPB 1969. Daarnaast heeft de Staatssecretaris van Financiën aanvullende regelgeving gepubliceerd.³ De voorwaarden verbonden aan het gebruik van de terugkeerfaciliteit zijn talrijk en relatief gecompliceerd. Dientengevolge is de faciliteit niet erg populair. Uit een betrekkelijk oude schatting blijkt dat er jaarlijks ruwweg honderd tot tweehonderd gevallen zijn waarbij van de faciliteit gebruik wordt gemaakt.⁴ De beperkte hoeveelheid jurisprudentie kan eveneens als aanwijzing worden gezien dat de terugkeerfaciliteit niet veelvuldig gebruikt wordt. Dit roept de vraag op of de gestelde voorwaarden niet te stringent zijn geformuleerd, zodat de terugkeerfaciliteit een roemloze regeling blijkt te zijn.

¹ Van Dijck 1983, p. 853.

² Art. 3.65 Wet IB 2001.

³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30375, nr. 2, p. 25-26 en p. 166.

Hieruit volgt de volgende probleemstelling:

Zijn de voorwaarden van de geruisloze terugkeerfaciliteit in de Wet op de VPB 1969 doeltreffend en proportioneel?

Om tot een antwoord op deze probleemstelling te komen, wordt gebruik gemaakt van de volgende deelvragen:

- Hoe werkt de geruisloze terugkeerfaciliteit en welke voorwaarden zijn aan het gebruik van de terugkeerregeling verbonden?
- Hoe verhouden de mogelijk knellende voorwaarden zich tot het toetsingskader?

1.3 Toetsingskader

In de nota Zicht op Wetgeving 1991 zijn zes criteria genoemd aan welke wetgeving moet voldoen om de kwaliteit van de wetgeving te waarborgen. Wegens beperkte onderzoeksruimte richt deze scriptie zich op twee van de zes criteria, te weten het doeltreffendheids- en proportionaliteitsbeginsel.

1.3.1 Doeltreffendheid

Een wet dient altijd het doel te behalen dat de wetgever met deze wet voor ogen heeft, op zijn minst in belangrijke mate. De doeltreffendheid ziet op de mate waarin de door de wetgever beoogde beleidsdoelstelling door het ingevoerde beleid wordt verwezenlijkt, met zo min mogelijk negatieve neveneffecten.⁵ Toetsen aan het doeltreffendheidsbeginsel vereist in eerste instantie een heldere en nauwkeurige formulering van de nagestreefde doelen. Middels de geruisloze terugkeerfaciliteit in de vennootschapsbelasting beoogt de wetgever een geruisloze omzetting van een in een BV gedreven onderneming naar een inkomstenbelastingonderneming zo min mogelijk fiscaal te belemmeren.⁶

1.3.2 Proportionaliteit

Het proportionaliteitsbeginsel wordt in deze scriptie in juridische zin opgevat. De proportionaliteit komt in het geding indien een wet onnodige beperkingen oplegt aan belanghebbenden. In een dergelijk geval worden belanghebbenden onevenredig beperkt. Hetzelfde geldt als een wet een groter bereik heeft dan nodig om haar beoogde doel te realiseren. Ook dan worden belanghebbenden, voor wie de wet niet bedoeld is, beperkt.⁷ Deze scriptie toetst of de voorwaarden van de geruisloze terugkeerfaciliteit 'overkill' dan wel 'underkill' bevatten. In andere woorden, deze scriptie toetst of de voorwaarden van de geruisloze terugkeerfaciliteit verder, dan wel minder ver, gaan dan nodig, om de gegeven beleidsdoelstelling te verwezenlijken.

1.3.3 Weging van de toetsingscriteria

Het doeltreffendheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel liggen in elkaars verlengde. Het doeltreffendheidsbeginsel onderzoekt of een wet al dan niet haar beoogde doel verwezenlijkt. Het proportionaliteitsbeginsel toetst of deze wet te ver, of juist minder ver gaat dan benodigd om de gegeven beleidsdoelstelling te verwezenlijken. Het is primair van belang dat een ingevoerde wet haar doel treft. Ingeval een wet haar beoogde doel niet realiseert, wordt niet toegekomen aan de proportionaliteitstoets, daar de wet niet in lijn met haar doelstelling uitwerkt. Als een wet doel treft, moet worden beoordeeld of deze wet ook proportioneel is. Bij sprake van overkill of underkill kan een wet, ondanks dat deze doel treft, toch als onwenselijke wetgeving uitwerken. De verwevenheid der beginselen zorgt ervoor dat eerst aan het doeltreffendheidsbeginsel getoetst moet worden, alvorens de juridische proportionaliteit van een wet te beoordelen. Concreet betekent dit dat in deze

⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2, (MvT) p. 25.

⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 9.

⁷ Kamerstukken II 2004/05, 22008, nr. 7, p. 200-209.

scriptie eerst de doeltreffendheid van een voorwaarde aan bod zal komen, voordat aandacht wordt besteed aan de proportionaliteit van die voorwaarde.

1.4 Opbouw en werkwijze

Dit onderzoek richt zich op de vraag of de mogelijk knellende voorwaarden binnen de geruisloze terugkeerfaciliteit doeltreffend en proportioneel zijn. Middels literatuuronderzoek wordt getracht antwoord te geven op de deelvragen en de probleemstelling. In hoofdstuk 2 worden de achtergrond, het doel en de werking van de terugkeerregeling behandeld. Tevens worden de relevantste voorwaarden uitgebreid besproken. Bij het beschrijven van deze restricties komen de potentiële knellende voorwaarden van de faciliteit bloot te liggen. In het derde hoofdstuk worden deze knellende voorwaarden getoetst aan het doeltreffendheids- en proportionaliteitsbeginsel. De bevindingen van dit hoofdstuk zijn van groot belang voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Hoofdstuk 4 sluit af met een opsomming van de bevindingen en een antwoord op de probleemstelling.

1.5 Afbakening

Daar de onderzoeksruimte beperkt is, focust deze scriptie zich primair op de geruisloze terugkeerfaciliteit zoals deze in de Wet op de VPB 1969 is opgenomen. De faciliteit heeft tentakels naar andere belastingwetten, zoals de overdrachtsbelasting en inkomstenbelasting. Voor de duidelijkheid en volledigheid zal, daar waar dat gepast is, een korte uitstap worden gemaakt naar andere belastingwetten. De terugkeerreserve wordt als belangrijk onderdeel van de terugkeerfaciliteit kort besproken. In de bijlage zijn enkele voorbeelden opgenomen van hoe de terugkeerreserve uitwerkt. De lotsverbondenheid van de terugkeerfaciliteit met andere belastingwetten wordt echter niet in zijn totaliteit uitputtend behandeld.

Daarnaast zal er vanuit eenvoudsoverwegingen in deze scriptie louter over een geruisloze terugkeer van een BV worden gesproken, waar ook de NV en andere kapitaalvennootschappen worden bedoeld. Ook zal er veelvuldig over aandeelhouders worden gesproken, waar dan ook een enkele aandeelhouder wordt bedoeld. Tevens besteedt deze scriptie maar beperkt aandacht aan in het buitenland gevestigde, en naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, die naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte BV of NV. Bovendien staat in deze scriptie de aandeelhouder met een aanmerkelijk belang (AB) centraal. Het kan voorkomen dat een terugkerende BV aandeelhouders heeft met een belang kleiner dan vijf procent van het aandelenkapitaal. Bepalingen omtrent het AB-regime in de inkomstenbelasting zijn dan niet van toepassing, waardoor in deze scriptie hier geen aandacht aan wordt besteed.

2. De geruisloze terugkeermogelijkheid

2.1 Achtergrond

In de jaren 80 van de vorige eeuw werd in de literatuur een leemte in de doorschuifregelingen opgemerkt.⁸ Toentertijd waren reeds enkele geruisloze fiscale overgangen mogelijk. Zo kon binnen de inkomstenbelasting een onderneming fiscaal geruisloos worden doorgeschoven na overlijden van de ondernemer. Tevens was een geruisloze sfeerovergang van de inkomstenbelasting naar de vennootschapsbelasting reeds fiscaal gefaciliteerd. Het ontbrak echter nog aan een mogelijkheid om vanuit een BV geruisloos terug te keren naar een onderneming in de inkomstenbelasting, wat gewenst zou kunnen zijn indien de BV tegenvallende resultaten behaalt.⁹ De Staatssecretaris van Financiën nam in 1986 een conceptversie van een geruisloze terugkeermogelijkheid op in een pakket wetsvoorstellen waar tijdens de toenmalige kabinetsperiode werk van gemaakt moest worden.¹⁰ Evengoed duurde het nog veertien jaar alvorens de terugkeermogelijkheid daadwerkelijk in de Wet op de VPB 1969 werd opgenomen. Dit gebeurde in 2001, tegelijkertijd met de invoering van de Wet IB 2001. In 2003 werden de aan de terugkeerregeling verbonden standaardvoorwaarden gepubliceerd in een besluit.¹¹ Het recentste besluit bevat zowel standaardvoorwaarden en toelichting hierop, alsook beleid.¹²

2.2 Doel

Middels de geruisloze terugkeermogelijkheid beoogt de wetgever om een 'door middel van een NV of BV gedreven onderneming fiscaal geruisloos om te zetten in een onderneming die rechtstreeks voor rekening komt van de vroegere aandeelhouders natuurlijke personen (en winstbewijshouders)'. De sfeerovergang die hierbij plaatsvindt, probeert de wetgever zo min mogelijk fiscaal te belemmeren. Na gebruik van de terugkeermogelijkheid wordt de onderneming voortgezet in de vorm van een eenmanszaak als de BV een enkele aandeelhouder heeft. Indien de BV meerdere aandeelhouders heeft, wordt de onderneming voortgezet in een samenwerkingsverband tussen de aandeelhouders, zoals een personenvennootschap.¹³ In essentie bewerkstelligt de terugkeermogelijkheid dat de materiële onderneming van een BV fiscaal geruisloos, dus zonder fiscale afrekening, overgaat op haar aandeelhouders, welke natuurlijke personen moeten zijn. De aandeelhouders zetten de onderneming in de inkomstenbelastingsovereenkomst voort als winstgenieter¹⁴.

2.3 Werking

Een doorschuifmogelijkheid is erop gericht de belastingheffing over eventuele goodwill, stille en fiscale reserves uit te stellen door het belastbare voordeel van een belastingplichtige door te schuiven naar één of meer andere belastingplichtige(n). De hieraan ten grondslag liggende techniek is het 'indeplaatstreden'. De voortzettende belastingplichtige treedt vanuit het fiscale oogpunt in de plaats van zijn voorganger. De voortzetter neemt de fiscale boekwaarden van zijn voorganger over. Bestaande fiscale reserves worden geacht door de voortzettende belastingplichtige te zijn gevormd. Aanwezige goodwill, stille en fiscale reserves gaan zo over op de voortzetter, evenals de eventuele

⁸ Nauta 1984, p. 176.

⁹ Nauta 1984, p. 176.

¹⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 3 november 1986, nr. 086-3079.

¹¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 20 februari 2003, nr. CPP2002/3267M.

¹² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

¹³ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 9.

¹⁴ Daar de wetgever heeft gekozen voor de term 'winstgenieter' kan het samenwerkingsverband tussen de voortzettende aandeelhouders ook een commanditaire vennootschap zijn. De commandieten zijn niet noodzakelijk allen ondernemer, maar kwalificeren wel als winstgenieter.

investeringsaftrek en willekeurige afschrijving.¹⁵ Op deze wijze blijft de belastingclaim behouden, al wijzigt deze wel van subject en in karakterologisch opzicht. Fiscale afrekening wordt zo uitgesteld. De voortzettende belastingplichtige zal in beginsel uiteindelijk bij staking of liquidatie van de onderneming over de dan aanwezige goodwill, stille en fiscale reserves moeten afrekenen.¹⁶

Bij de geruisloze terugkeerregeling ligt het fiscale doorschuiven en het indeplaatstreden ietwat gecompliceerder. Dit vloeit voort uit de sfeerovergang die plaatsvindt bij de terugkeerregeling. De winst van een BV wordt in eerste instantie in de vennootschapsbelasting betrokken. Latere (winst)uitdelingen aan aandeelhouders natuurlijke personen worden middels het AB-regime in box 2 in de inkomstenbelasting belast. Bij een onderneming in de inkomstenbelasting wordt de winst, naar mate van het aandeel in de onderneming, aan de achterliggende participant(en) toegerekend. Indien dit natuurlijke personen zijn, wordt deze winst belast in box 1 in de inkomstenbelasting. Bij een geruisloze terugkeer uit de BV moet dus een dubbele fiscale claim worden omgezet naar een min of meer gelijkwaardige enkelvoudige fiscale claim. In beginsel is het gecombineerde vennootschapsbelasting- en AB-tarief ruwweg gelijk aan het effectieve inkomstenbelastingtarief in box 1. Doorschuiven van de fiscale boekwaarden van goodwill¹⁷, stille en fiscale reserves maakt dat de dubbele belastingclaim op deze vermogensbestanddelen wordt omgezet in een enkelvoudige inkomstenbelastingclaim. Daar deze claims globaal overeenkomen, blijft de fiscale claim op deze vermogensbestanddelen materieel behouden.¹⁸

Doorschuiven van de fiscale boekwaarden volstaat echter niet altijd omdat de gecombineerde vennootschapsbelasting- en AB-claim in enkele gevallen niet goed op elkaar aansluiten. Dit is onder andere het geval indien de BV winstreserves heeft. Over deze reserves is reeds vennootschapsbelasting voldaan, maar omdat deze winst nog niet is uitgekeerd aan de aandeelhouders natuurlijke personen, resteert nog een AB-claim. Als de BV geruisloos terugkeert, zal de winstreserve tot het kapitaal van de onderneming in de inkomstenbelasting gaan behoren, waarop geen belastingclaim rust.¹⁹ De fiscus verliest op het moment van terugkeer dan haar AB-claim. De wetgever heeft de mogelijkheid tot claimverlies onderkend en een correctiemogelijkheid opgenomen in de vorm van de terugkeerreserve²⁰. De terugkeerreserve kan positief, nihil of negatief zijn. Een positieve terugkeerreserve komt credit op de fiscale balans van de voortgezette onderneming ten laste van het ondernemingsvermogen en verhoogt de stakingswinst. Een negatieve terugkeerreserve komt debet op de balans, verhoogt het ondernemingsvermogen van de voortgezette onderneming en verlaagt de stakingswinst. De terugkeerreserve valt uiterlijk bij staking van de inkomstenbelastingonderneming vrij. Bij een gedeeltelijke staking moet een evenredig deel van positieve terugkeerreserve in de winst vrijvallen.²¹ In de bijlage wordt de terugkeerreserve kort uitgelegd en zijn ter illustratie enkele voorbeelden gegeven.

¹⁵ Schruver 2005, par. 1.2.2.

¹⁶ Mestrom, *Doorschuiffaciliteiten* (online, bijgewerkt 19 januari 2023).

¹⁷ Goodwill wordt hier voor de volledigheid genoemd. Het is echter maar zeer de vraag of goodwill voor zal komen bij de marginaal renderende of zelfs verlieslatende BV's die doorgaans van de geruisloze terugkeerregeling gebruik wensen te maken.

¹⁸ De Wit en Renckens 2020, p. 857.

¹⁹ Elsweier, in: *Cursus Belastingrecht*, aant. Vpb.2.8.F.c1 (online, bijgewerkt 15 maart 2023).

²⁰ Het hoofddoel achter de terugkeerreserve van art. 3.54a Wet IB 2001 is dat de AB-claim die ingevolge art. 4.24a en 4.42a Wet IB 2001 niet in aanmerking wordt genomen, veilig wordt gesteld.

²¹ Zwier, in: *NDFR Commentaar, deel Inkomstenbelasting*, art. 3.54a Wet IB 2001, aant. 3.1 (online, bijgewerkt 27 maart 2023).

2.4 Voorwaarden

De geruisloze terugkeerfaciliteit een verscheidenheid aan voorwaarden. Deze zijn te vinden in de wettekst van artikel 14c Wet op de VPB 1969. De minister kan, en is dus niet verplicht, nadere voorwaarden stellen, welke te vinden zijn in het besluit geruisloze terugkeer.²² Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de geruisloze inbrengfaciliteit, waarbij altijd aan de standaardvoorwaarden moet worden voldaan.²³ Dat de geruisloze terugkeerregeling zo veel voorwaarden heeft, vindt haar grondslag mede in het feit dat de sfeerovergang van de vennootschapsbelasting naar de inkomstenbelasting relatief complex kan zijn. De wetgever acht de gestelde eisen noodzakelijk om claimbehoud te bewerkstelligen en om misbruik en oneigenlijk gebruik van de faciliteit tegen te gaan. De voorwaarden verschillen in aard en karakter. Enkele eisen zijn door de wetgever ingevoerd vanuit het door haar gewenste beleid. Andere voorwaarden zijn een tegemoetkoming aan de BV en haar aandeelhouders. Er zijn eisen met betrekking tot de aandeelhouders, de BV en de voort te zetten onderneming in de inkomstenbelasting. In deze paragraaf worden de relevantste voorwaarden uiteengezet en afgepeld tot potentiële knelpunten aan het licht komen.

2.4.1 Voorwaarden voor de BV

Kwalificerende rechtspersonen

De BV kwalificeert als rechtspersoon die een beroep kan doen op de geruisloze terugkeerfaciliteit. Naast de in Nederland gevestigde BV, kwalificeren ook naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschappen die naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met de BV of NV, indien deze aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:

- de kapitaalvennootschap drijft in Nederland een onderneming met behulp van een vaste inrichting; en
- het heffingsrecht over de winst van deze vaste inrichting is aan Nederland toebedeeld; en
- de kapitaalvennootschap heeft haar werkelijke leiding gelegen op de BES-eilanden, Aruba, Curaçao, Sint-Maarten, in een Europese lidstaat of een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten.

Kapitaalvennootschappen, naar aard en inrichting vergelijkbaar met een BV of NV, die naar buitenlands recht zijn opgericht en niet in Nederland zijn gevestigd, of waarvan Nederland het heffingsrecht over de winst van een vaste inrichting niet heeft, kunnen geen beroep doen op de geruisloze terugkeerfaciliteit.²⁴

Materiële onderneming

Om van de geruisloze terugkeerfaciliteit gebruik te mogen maken, moet de BV een materiële onderneming drijven. Hierbij moet het drijven van een onderneming worden opgevat zoals dit in de inkomstenbelasting wordt opgevat. Het moet gaan om een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal dat door deelname aan het economisch verkeer beoogt winst te behalen.²⁵ De Hoge Raad heeft in 2021 bevestigd dat een beroep op de terugkeerfaciliteit niet succesvol is indien de BV geen materiële onderneming drijft.²⁶ Op vermogensbestanddelen van de BV die in de inkomstenbelasting slechts tot het verplichte privévermogen kunnen behoren, is de geruisloze terugkeerfaciliteit niet toepasbaar. Vermogensbestanddelen en fiscale reserves van de BV die bij de voortzettende

²² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

²³ Art. 3.65 lid 1 Wet IB 2001.

²⁴ Bresser, in: *NDFR Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

²⁵ *Kamerstukken II 2000/01*, 27209, nr. 6, p. 30.

²⁶ HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1321 *FED* 2021/146, m.nt. M.T.E. Robben.

aandeelhouders tot het ondernemingsvermogen kunnen behoren, kunnen geruisloos worden doorgeschoven.²⁷

Deze voorwaarde oogt logisch, daar een dubbele vennootschapsbelasting- en AB-claim moet worden omgezet naar een min of meer gelijkwaardige, enkelvoudige inkomstenbelastingclaim in box 1. Voor vermogensbestanddelen die niet tot het ondernemingsvermogen van de inkomstenbelastingonderneming kunnen behoren en kwalificeren als verplicht privévermogen, geldt dat er claimverlies zou kunnen optreden indien de terugkeerfaciliteit onverkort toepasbaar zou zijn. De gecombineerde vennootschapsbelasting- en AB-claim zou verloren gaan als deze vermogensbestanddelen middels de terugkeerfaciliteit geruisloos kunnen terugkeren naar de inkomstenbelastingfeer, zonder dat hierbij een min of meer gelijkwaardige belastingclaim in het leven wordt geroepen. Zo zou het verplichte privévermogen dat na de terugkeer bij de voortzettende aandeelhouders terecht komt in box 3 van de inkomstenbelasting, tegen een substantieel lager forfaitair tarief belast worden. Doordat vermogensbestanddelen met een verplicht privé karakter in de huidige situatie niet middels de terugkeerfaciliteit terug kunnen keren, moeten deze bij vereffening van het vermogen van de BV uitgekeerd worden aan de aandeelhouders en vindt geen claimverlies plaats.

Verzoek

De geruisloze terugkeerregeling wordt toegepast op gezamenlijk verzoek van de BV en haar aandeelhouders. De gezamenlijkheid van het verzoek houdt verband met het feit dat de terugkeerfaciliteit slechts op de gehele onderneming kan worden toegepast, en niet per aandeelhouder.²⁸ Het verzoek kan uiterlijk worden ingediend totdat het achterwege laten daarvan voor in ieder geval één van de betrokken personen onherroepelijke fiscale gevolgen heeft gehad. De beoordeling of wordt voldaan aan de wettelijke vereisten geschiedt naar de toestand op het overgangstijdstip. Dit is het moment vanaf wanneer de overgedragen onderneming voor de heffing van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting wordt geacht rechtstreeks voor rekening en risico van de voortzettende aandeelhouders te worden uitgeoefend. Het verzoek moet voor het ontbindingsbesluit zijn ingediend. De inspecteur beslist over het verzoek bij een voor bezwaar vatbare beschikking.²⁹

De terugkeerfaciliteit kan met terugwerkende kracht worden toegepast. Het verzoek om terugwerkende kracht dient binnen negen maanden na het laatste volledige boekjaar van de BV te zijn ingediend. Terugwerkende kracht is slechts mogelijk indien ook op het gewenste eerdere overgangstijdstip aan de wettelijke voorwaarden werd voldaan. Als het verzoek om toepassing van de geruisloze terugkeerfaciliteit is ingediend binnen negen maanden na aanvang van het boekjaar waarin de overgang plaatsvindt, is een verzoek om terugwerkende kracht niet nodig.³⁰

Ontbinding

Middels de ontbindingseis beoogt de wetgever te voorkomen dat lege vennootschappen achterblijven na het overgangstijdstip.³¹ De BV moet binnen drie maanden na goedkeuring van het verzoek worden ontbonden. Ingeval van terugwerkende kracht sprake is, moet de ontbinding van de BV binnen vijftien maanden na het overgangstijdstip geschieden. Als deze termijn niet wordt gehaald, bestaat er geen bezwaar tegen het kiezen van een ander overgangstijdstip.³² Het ontbindingsbesluit

²⁷ Art. 14c lid 4 onder a Wet op de VPB 1969 en Bresser, in: *NDFR Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 7.1 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

²⁸ Schruver 2005, par. 8.2.7.

²⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 2 en 5.2 (*Stcrt.* 2018, 62988).

³⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

³¹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27209, nr. 3, (MvT) p. 9.

³² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

zorgt ervoor dat de BV een procedure aangaande de vereffening van het vennootschappelijke vermogen moet starten.³³ Na vereffening van het vermogen moet de BV worden uitgeschreven uit het handelsregister. Met deze stap wordt de liquidatie van de BV voltooid en houdt de BV op te bestaan. Dit dient te gebeuren binnen negen maanden na bekrachtiging van het verzoek om toepassing van de geruisloze terugkeerfaciliteit. De eerder genoemde termijnen zijn te verlengen bij bijzondere omstandigheden.³⁴

Zonder aanvullende regelgeving zou de uiteindelijke liquidatie van de BV ervoor zorgen dat compensabele verliezen van de BV verloren zouden gaan. Bovendien kunnen door de ontbindingseis en daaropvolgende vereffeningprocedure geen vermogensbestanddelen of (winstgevende) activiteiten in de BV achterblijven, waarmee openstaande compensabele verliezen verrekend kunnen worden. Vermogensbestanddelen die niet middels de terugkeerfaciliteit naar de onderneming in de inkomstenbelasting kunnen terugkeren, zoals duurzaam overtollige beleggingen en pensioen- of lijfrenteverplichtingen, kunnen niet in de BV kunnen achterblijven. Aanwezige pensioen- of lijfrenteverplichtingen moeten vrijvallen, afgekocht worden of ondergebracht worden bij erkende professionele verzekeraars of pensioenuitvoerders, waarvoor in de regel omvangrijke hoeveelheden liquiditeiten vereist zijn. Voor ander verplicht privévermogen ligt fiscale afrekening op de loer, wat in combinatie met een gebrek aan liquiditeiten voor problemen kan zorgen.³⁵

2.4.2 Voorwaarden voor de aandeelhouder(s)

Alle aandeelhouders zijn natuurlijke personen

De aandeelhouders van de terugkerende BV moeten op het overgangstijdstip allen natuurlijke personen zijn. Dit toetsingstijdstip is gekozen daar op dit moment de vermogensbestanddelen van de BV overgaan op de voortzettende aandeelhouders natuurlijke personen.³⁶ De wetgever acht het niet van belang of de betreffende natuurlijke personen al dan niet in Nederland woonachtig zijn. Deze voorwaarde vormt een potentieel obstakel in het gebruik van de terugkeerfaciliteit ingeval de terugkerende BV een andere BV als aandeelhouder heeft. Dit is veelvoorkomend in het fiscale landschap, bijvoorbeeld in de vorm van een holdingstructuur. De holding drijft vaak geen materiële onderneming, maar bezit de aandelen in de werkmaatschappij en eventueel andere activa of passiva. De werkmaatschappij drijft een materiële onderneming waarvan wordt gewenst dat deze terugkeert naar de inkomstenbelasting. Een beroep op de geruisloze terugkeerfaciliteit is in een dergelijk geval vruchteloos omdat de aandelen van de terugkerende BV niet in handen zijn van een natuurlijk persoon.

Alle aandeelhouders zetten de gehele onderneming voort

Deze voorwaarde is tweeledig. Allereerst is vereist dat alle aandeelhouders natuurlijke personen de terugkerende onderneming in de inkomstenbelasting voortzetten. Alle voortzettende aandeelhouders moeten als winstgenieter in de zin van de inkomstenbelasting kwalificeren. Daar de wetgever voor de term 'winstgenieter' heeft gekozen, kunnen voortzettende aandeelhouders zowel als ondernemer alsook als medegerechtigde winst uit onderneming genieten. Dit zorgt ervoor dat een terugkerende onderneming in de vorm van een commanditaire vennootschap kan worden voortgezet. Een stille vennoot (commandite) kwalificeert in de regel niet als ondernemer voor de inkomstenbelasting, maar wel als medegerechtigde. Indien de terugkerende onderneming in een samenwerkingsverband moet worden voortgezet, doordat de BV meerdere aandeelhouders heeft, moet de gerechtigdheid

³³ Doornebal 2000, par. 3.

³⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 4.4 en 4.5 (*Stcrt.* 2018, 62988).

³⁵ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 39.

³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1427, r.o. 4.2, V-N 2019/26.11, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

van de voortzettende aandeelhouders in dit samenwerkingsverband overeenkomen met hun belang in de BV.³⁷

Bovendien wordt de geruisloze terugkeerfaciliteit niet per aandeelhouder toegepast.³⁸ Enerzijds betekent dit dat het voor een BV met meerdere aandeelhouders niet mogelijk is om een gedeelte, bijvoorbeeld het belang van één aandeelhouder, van de materiële onderneming van de BV terug te laten keren middels de terugkeerfaciliteit terwijl de rest van de materiële onderneming in de BV achterblijft. Het moet altijd om de gehele materiële onderneming van de BV gaan. Anderzijds is het niet mogelijk dat bij een terugkeer van de gehele BV tussen aandeelhouders onderling voor verschillende manieren van een terugkeer uit de BV wordt gekozen. Het is niet toegestaan dat de ene aandeelhouder voor zijn belang in de BV fiscaal ruisend terugkeert, terwijl de andere aandeelhouder voor diens belang fiscaal geruisloos terugkeert.³⁹

De waarde van ieders gerechtigdheid in de BV moet overeenkomen met de aan iedere voortzettende aandeelhouder toe te rekenen inbrengwaarde van de vermogensbestanddelen die in het samenwerkingsverband worden ingebracht. Er mag dus geen verschuiving in de gerechtigdheid optreden tussen de voortzetters. De terugkeerregeling is niet bedoeld als vehikel voor bedrijfsopvolging of overdracht van (een deel van) de onderneming aan een andere aandeelhouder of een derde.⁴⁰ De inbrengwaarde van een voortzettende aandeelhouders wordt verhoogd door eventueel aanwezig buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen dat aan een betreffende aandeelhouder wordt toegewezen. In andere woorden, de aan iedere voortzetter van het samenwerkingsverband toe te rekenen inbrengwaarde van de vermogensbestanddelen, eventueel vermeerderd met het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen dat aan een ieder wordt toegerekend, moet overeenkomen met ieders gerechtigdheid via het aandelenbezit in de BV.⁴¹ Een voorbeeld hiervan is opgenomen in de bijlage. Bij bepaling van de gerechtigdheid tot het vermogen in het samenwerkingsverband, via het aandelenbezit in de BV, moet rekening worden gehouden met de rechten die aan aandelen kunnen worden toegerekend.⁴²

De winstverdeling van het samenwerkingsverband moet zakelijk zijn maar behoeft, doordat onttrekkingen naar het buitenvennootschappelijk vermogen van voortzetter de aan hem toe te rekenen inbrengwaarde verhogen, niet exact gelijk te zijn aan de aandelenverhouding in de BV.⁴³ Als op het gewenste overgangstijdstip geen verschuivingen optreden in ieders gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen, krijgt op dat moment ieder waar hij als voortzetter recht op heeft.⁴⁴ Een terugkeer vanuit de BV naar een reeds bestaand samenwerkingsverband tussen de aandeelhouders is toegestaan. Voorwaarde hieraan is dat er tussen de voortzettende aandeelhouders in het bestaande samenwerkingsverband geen wijziging optreedt in de gerechtigdheid tot de voort te zetten onderneming. De activiteiten van het bestaande samenwerkingsverband hoeven niet noodzakelijkerwijs in lijn te liggen met de activiteiten van de terugkerende onderneming.⁴⁵ Wel zal er enige relatie tussen de activiteiten moeten zijn, zodat het samenwerkingsverband voor fiscale doeleinden als één gehele materiële onderneming kwalificeert.

Het tweede onderdeel van deze voorwaarde is dat de gehele onderneming voortgezet moet

³⁷ *Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6, p. 29-30.*

³⁸ *Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6, p. 29.*

³⁹ Beide genoemde situaties zijn wel mogelijk bij de evenknie van de geruisloze terugkeerfaciliteit, de geruisloze inbrengfaciliteit, te vinden in artikel 3.65 Wet IB 2001.

⁴⁰ *Kamerstukken II 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 53-54.*

⁴¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.4.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴² Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.4.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴³ In de praktijk zal een winstverdeling vaak gelijk zijn aan het aandelenbelang in de BV. Gronden voor een niet-identieke winstverdeling zijn schaars.

⁴⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.4.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 27 december 2005, par. D3, nr. CPP2005/2573M.

worden. De voortzettingseis kent geen minimale tijdsperiode gedurende welke de onderneming in de inkomstenbelasting voortgezet moet worden. Hierbij rijst de vraag of de voortzettingseis in gevaar komt indien een der voortzetters overlijdt, of om andere redenen (een deel van) de voortgezette onderneming wordt gestaakt. Een gedeeltelijke staking na toepassing van de geruisloze terugkeerregeling belemmert de faciliteit niet. Analoog aan de geruisloze inbrengfaciliteit is van toepassing dat de terugkeerfaciliteit toepasbaar is, ook al worden in samenhang met de terugkeer wijzigingen aangebracht in de aard of omvang van de ondernemingsactiviteiten.⁴⁶ Wel moet na deze wijzigingen nog een materiële onderneming resteren die voor rekening en risico van de voortzettende aandeelhouders wordt gedreven. Bovendien mag de terugkeer uit de BV geen deel uitmaken van een geheel aan rechtshandelingen gericht op liquidatie of overdracht van de onderneming.⁴⁷ Deze intentie wordt getoetst op het tijdstip van civielrechtelijke overdracht van de onderneming.⁴⁸ Vanaf dat moment wordt de materiële onderneming voor rekening en risico van de voortzetter(s) gedreven.

Als een aandeelhouder van een BV in gemeenschap van goederen is gehuwd, zijn beide huwelijkspartners gerechtigd tot de helft van de aandelen. Omdat beide huwelijkspartners kwalificeren als aandeelhouder van de BV, moeten beide partners als winstgenieter de terugkerende onderneming in de inkomstenbelasting voortzetten in een samenwerkingsverband. De gerechtigdheid tot het vermogen van de onderneming in de inkomstenbelasting moet gelijk blijven aan ieders gerechtigdheid in het vermogen van de BV. De verplichte toetreding van beide partners in het samenwerkingsverband kan een belemmering vormen voor het gebruik van de terugkeerregeling. Dit geldt ook voor partners die in beperkte gemeenschap van goederen zijn gehuwd, waarbij de aandelen in de BV in de huwelijksgemeenschap vallen. De staatssecretaris heeft goedgekeurd dat in gemeenschap van goederen gehuwde aandeelhouders niet beiden de terugkerende onderneming hoeven voort te zetten in gelijke verhouding als hun gerechtigdheid in de BV. Een verschuiving naar de 'ondernemende' partner is toegestaan.

Hier breekt de wetgever met het grondbeginsel dat een verschuiving in de gerechtigdheid tot het vermogen niet is toegestaan. De AB-claim wordt aan beide partners toegerekend naar de mate waarin zij de onderneming in de inkomstenbelasting voortzetten. De subjectieve AB-claim van de ene huwelijkspartner kan, middels de terugkeerreserve, geheel worden omgezet in een subjectieve box 1 claim van de andere huwelijkspartner.⁴⁹ Daarnaast is het ook merkwaardig te noemen dat deze goedkeuring louter geldt voor in gemeenschap van goederen gehuwden. Huwelijkspartners die in een beperkte gemeenschap van goederen zijn getrouwd, kunnen een aandelenbelang in deze gemeenschap hebben en zich praktisch in dezelfde situatie bevinden als in gemeenschap van goederen gehuwden. Merkwaardig genoeg vallen deze in beperkte gemeenschap van goederen gehuwde partners niet onder de goedkeuring van de staatssecretaris, waardoor zij beide de terugkerende onderneming moeten voortzetten in een samenwerkingsverband, zonder dat er verschuivingen in de gerechtigdheid mogen optreden.

2.4.3 Voorwaarden aangaande verliesverrekening

In de regel zijn verrekenbare verliezen binnen de Nederlandse fiscaliteit subjectgebonden. Dit betekent dat compensabele verliezen in beginsel gebonden zijn aan de belastingplichtige die deze verliezen heeft geleden en dat deze niet overgedragen kunnen worden aan andere

⁴⁶ HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:BI8115, r.o. 3.4, *FED* 2004/47, m.nt. P.C. van der Vegt en HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8535, *FED* 2003/640, in samenhang met Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴⁷ HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5791, *BNB* 1997/374, m.nt. A.C. Rijkers en HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238, *BNB* 1997/332.

⁴⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.4 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁴⁹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 4.10 (*Stcrt.* 2018, 62988).

belastingplichtige(n).⁵⁰ De terugkeerfaciliteit bevat een uitzondering op deze regel. Onder voorwaarden is het mogelijk dat de BV haar compensabele verliezen overdraagt aan de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelasting. De wetgever voorkomt hiermee dat openstaande compensabele verliezen zouden verdampen bij liquidatie van de BV.⁵¹ De verliesverdamping zou een belemmering kunnen vormen voor de voortzettende aandeelhouders. Het fiscaal voordeel van deze verliezen gaat bij liquidatie van de BV verloren, terwijl bij voortzetting van de onderneming in de BV deze compensabele verliezen nog fiscaal profijt op kunnen leveren. De wetgever heeft hierop geanticipeerd en enkele voorwaarden omtrent de overheveling van compensabele verliezen naar de inkomstenbelasting bij de voortzettende aandeelhouders opgenomen in de geruisloze terugkeerfaciliteit.

Verplichte winstneming en aanpassing van boekwaarden

De ontbindingswinst van de BV wordt niet in aanmerking genomen indien en voorzover deze de compensabele verliezen van de BV overstijgt. Bij aanwezigheid van verrekenbare verliezen binnen de BV moeten goodwill⁵², stille en fiscale reserves (deels) gerealiseerd worden voor ten hoogste het bedrag aan verrekenbare verliezen. De fiscale boekwaarden van de vermogensbestanddelen die (deels) worden gerealiseerd, worden aangepast. Herwaardering van de vermogensbestanddelen gebeurt naar rato van de aanwezige goodwill en stille en fiscale reserves.⁵³ Zie ter illustratie het voorbeeld hieronder:

BV X heeft de volgende balans. Alle bedragen in duizenden euro's.

	Debet		Credit	
	Boekwaarde	Waarde economisch verkeer		
Pand	700	1300	Aandelenkapitaal	200
Voorraad	100	100	Winstreserve	500
Debiteuren	60	60	Herinvesteringsreserve	400
Bank	290	290	Schulden	50
Totaal	1150	1750	Totaal	1150

Naast de stille reserve in het pand van 600, beschikt BV X over een fiscale reserve in de vorm van een herinvesteringsreserve van 400. Daarnaast beschikt de BV over 300 aan compensabele verliezen. De ontbindingswinst bestaat uit de stille reserve in het pand (600) en de herinvesteringsreserve (400) = 1000. In beginsel worden de fiscale boekwaarden van de BV geruisloos doorgeschoven naar de balans van de voort te zetten inkomstenbelastingonderneming. BV X heeft echter compensabele verliezen waardoor de ontbindingswinst deels gerealiseerd moet worden. De ontbindingswinst vloeit voor 60% ($600 / 1000 * 100\%$) voort uit de stille reserve in het pand. De overige 40% ($400 / 1000 * 100\%$) resulteert uit realisatie van de fiscale reserve. De compensabele verliezen dienen volgens dezelfde verdeelsleutel aan deze vermogensbestanddelen te worden toegerekend. De boekwaarde van het pand wordt verhoogd met 60% van $300 = 180$. De fiscale reserve wordt afgewaardeerd voor 40% van $300 = 120$.

⁵⁰ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 20 Wet VPB 1969, aant. 1.6.1 (online, bijgewerkt 3 mei 2023).

⁵¹ *Kamerstukken II 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 51-52.*

⁵² Goodwill wordt hier wederom voor de volledigheid genoemd. Het is echter maar zeer de vraag of goodwill voor zal komen bij de marginaal renderende of zelfs verlieslatende BV's die doorgaans van de geruisloze terugkeerregeling gebruik wensen te maken.

⁵³ *Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6, p. 31.*

Na de voorwaarde omtrent de verplichte winstneming en aanpassing van de boekwaarden heeft BV X de volgende balans. Alle bedragen in duizenden euro's.

Debet			Credit	
	Boekwaarde	Waarde economisch verkeer		
Pand	880	1.300	Aandelenkapitaal	200
Voorraad	100	100	Winstreserve	800
Debiteuren	60	60	Herinvesteringsreserve	280
Bank	290	290	Schulden	50
Totaal	1330	1750	Totaal	1330

BV X beschikt niet langer over compensabele verliezen.

Met de aanpassing van de boekwaarden van de vermogensbestanddelen die de ontbindingswinst veroorzaken, wordt voorkomen dat deze winst nogmaals in de voortgezette onderneming in de inkomstenbelasting tot uitdrukking komt, hetgeen dubbele heffing zou betekenen. Aanwezige negatieve stille reserves moeten gerealiseerd worden onmiddellijk voorafgaand aan het overgangstijdstip. Het vermogensbestanddeel waarin zich de negatieve stille reserve bevindt, wordt overeenkomstig naar beneden afgewaardeerd. Indien de BV geen ontbindingswinst realiseert waartegen het ontstane verlies verrekend kan worden, leidt de afwaardering tot een compensabel verlies.⁵⁴ Middels deze voorwaarde poogt de wetgever de compensabele verliezen van de BV in eerste instantie zoveel mogelijk binnen de vennootschapsbelasting te verrekenen.

Overhevelingsbreuk

Ingeval de compensabele verliezen groter zijn dan de ontbindingswinst, kunnen de resterende compensabele verliezen overgeheveld worden naar de inkomstenbelasting. Voor 19/44^e deel worden de verliezen van de BV aangemerkt als ondernemingsverlies in de zin van artikel 3.148, tweede lid, Wet IB 2001, van de voortzettende aandeelhouders.⁵⁵ Indien de BV meerdere aandeelhouders heeft, wordt het over te hevelen compensabele verlies aan de aandeelhouders toegerekend naar rato van ieders belang in de BV.⁵⁶ De overhevelingsbreuk vindt zijn grondslag in het laagste vennootschapsbelastingtarief in de teller en het hoogste effectieve inkomstenbelastingtarief van box 1, rekening houdend met de MKB-winstvrijstelling, in de noemer.⁵⁷ Met deze breuk voorkomt de wetgever dat verliezen die in de vennootschapsbelasting tegen een relatief laag tarief verrekenbaar zijn, in de inkomstenbelasting tegen een relatief hoog tarief afgetrokken kunnen worden. Dit zou voordelig zijn voor de voortzettende aandeelhouders, terwijl de fiscus erbij in zou schieten. Vanzelfsprekend is een hoge overhevelingsbreuk voor de voortzettende aandeelhouders fiscaal favorabel, omdat dan een groter deel van de verrekenbare verliezen van de BV naar de inkomstenbelastingsoverheveling worden overgeheveld. Overigens zijn de overgeheveldde compensabele verliezen slechts verrekenbaar met de winsten die toerekenbaar zijn aan de voortgezette inkomstenbelastingonderneming.⁵⁸

Daarnaast strekt de overheveling van compensabele verliezen zich slechts uit tot verliezen waarvan het aannemelijk is dat deze zijn geleden bij uitoefening van de materiële onderneming die in de inkomstenbelasting wordt voortgezet.⁵⁹ Verliezen voortvloeiend uit vermogensbestanddelen die niet tot de materiële onderneming in de inkomstenbelasting kunnen behoren, zoals verliezen uit

⁵⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 4.9 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁵⁵ Art. 14c lid 3 Wet op de VPB 1969 en Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 juli 2023 (*Stcrt.* 2023, 19835)

⁵⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 4.7 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32504, nr. 7, p. 4. en *Kamerstukken II* 2018/19, 35028, nr. 3, p. 67.

⁵⁸ Art. 3.150 lid 8 Wet IB 2001.

⁵⁹ Art. 14c lid 3 Wet op de VPB 1969.

duurzaam overtollige beleggingen, zijn niet overdraagbaar aan de voortzettende aandeelhouders. Een deel van de compensabele verliezen kan bij liquidatie van de BV derhalve toch verdampen. De staatssecretaris heeft hier een tegemoetkoming toegekend, waarmee de verliescompensatiemogelijkheden geoptimaliseerd worden. Goedgekeurd is dat, als een verlies van een bepaald jaar niet geheel, maar slechts gedeeltelijk is verrekend, het verrekende gedeelte zo veel mogelijk wordt geacht te zijn verrekend met verliezen die niet geleden zijn bij uitoefening van de voortgezette inkomstenbelastingonderneming. Hierdoor maximaliseert het aandeel van de overhevelbare compensabele verliezen.⁶⁰

2.5 Lotsverbondenheid

Ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, wordt overdrachtsbelasting geheven. Een verkrijging welke plaatsvindt in het kader van vereffening van het vermogen van een BV die gebruik maakt van de geruisloze terugkeerfaciliteit, is vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Deze vrijstelling is door de wetgever expliciet gekoppeld aan het gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit. De geruisloze inbrengfaciliteit, de tegenhanger van de terugkeerfaciliteit, kent deze expliciete koppeling niet. De vrijstelling voor overdrachtsbelasting geldt voor de inbrengfaciliteit ongeacht of de inbreng fiscaal ruisend dan wel geruisloos geschied.⁶¹ Hier lijkt de wetgever overdrachtsbelastingtechnisch geen consistente houding aan te nemen bij de juridische rechtsvormwijziging van een materiële onderneming.⁶²

Vanuit de dividendbelasting geldt een vrijstelling voor de liquidatie-uitkeringen die worden gedaan in het kader van de geruisloze terugkeerfaciliteit.⁶³ Als ter zake van de liquidatie-uitkeringen die betrekking hebben op vermogensbestanddelen van de voortgezette onderneming dividendbelasting zou worden ingehouden, zou 'het geruisloos doorschuiven van de claims voor een deel illusoir worden'.⁶⁴ Daarnaast kent de omzetbelasting een regeling voor de overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen, waarbij wordt geacht dat er geen levering of dienst plaatsvindt.⁶⁵ Op deze wijze is er bij de overdracht van de materiële onderneming aan de voortzettende aandeelhouders geen omzetbelasting verschuldigd.

2.6 Samenvatting

De geruisloze terugkeerfaciliteit is per 2001 opgenomen in de Wet op de VPB 1969, als tegenhanger van de al langer bestaande geruisloze inbrengfaciliteit. De terugkeerregeling ziet op het op verzoek overdragen van de materiële onderneming van een BV aan al haar aandeelhouders, welke natuurlijke personen moeten zijn. na gebruik van de faciliteit moet de onderneming worden voortgezet in de vorm van een eenmanszaak, indien de BV één aandeelhouder heeft, of een samenwerkingsverband, als de BV meerdere aandeelhouders heeft. Indien de terugkerende onderneming in een samenwerkingsverband tussen de voortzettende aandeelhouders wordt ondergebracht, moet ieders gerechtigdheid tot het vermogen van dit samenwerkingsverband gelijk zijn aan ieders aandeel in de BV. Middels het doorschuiven van de fiscale boekwaarden van de BV naar de onderneming in de inkomstenbelasting en eventueel het opnemen van een terugkeerreserve op de fiscale balans van de teruggekeerde onderneming, zorgt de wetgever voor fiscaal claimbehoud. De dubbelledige vennootschapsbelasting- en AB-claim wordt zo omgezet in een enkelvoudige inkomstenbelastingclaim.

⁶⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.5.3 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁶¹ Art. 15 lid 1 onderdeel e Wet BRV.

⁶² HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1321 *FED* 2021/146, m.nt. M.T.E. Robben.

⁶³ Art. 3 lid 1 onderdeel b Wet op de DB 1965.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27209, nr. 3, (MvT) p. 62.

⁶⁵ Art. 37d Wet op de OB 1968.

De terugkeerregeling gaat gepaard met een verscheidenheid aan cumulatieve voorwaarden. De over te dragen onderneming moet als materiële onderneming kwalificeren in de zin van de Wet IB 2001. Na overdracht van de onderneming aan haar aandeelhouders natuurlijke personen, moet de BV ontbonden en geliquideerd worden. De ontbindingswinst die hierbij wordt gerealiseerd, wordt niet in aanmerking genomen voorzover zij de compensabele verliezen van de BV overstijgt. Verrekenbare verliezen van de BV, die na de verplichte winstneming in combinatie met aanpassing van de boekwaarden resteren, kunnen worden overgeheveld naar de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelastingfeer, zodat deze niet verdampen.⁶⁶ Hoewel de terugkeerfaciliteit niet is ontworpen om een (gedeeltelijke) bedrijfsoverdracht te faciliteren, frustreren een gedeeltelijke staking of aanpassingen in de aard en omvang van de materiële onderneming het gebruik van de faciliteit niet. Mits hetgeen resteert aan ondernemingsactiviteiten als materiële onderneming kwalificeert en voor rekening en risico van de voortzettende aandeelhouders wordt gedreven. Verder mag de geruisloze terugkeer geen deel uitmaken van een geheel aan rechtshandelingen gericht op overdracht of liquidatie van de onderneming.⁶⁷

⁶⁶ Art. 14c Wet op de VPB 1969.

⁶⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

3. Toetsen van de voorwaarden

3.1 Inleiding

De geruisloze terugkeerfaciliteit kent een forse hoeveelheid voorwaarden. Vanuit de literatuur klinkt dan ook kritiek op de complexiteit van de faciliteit. De voorwaarden die mogelijk kunnen knellen, worden in dit hoofdstuk getoetst aan het doeltreffendheids- en proportionaliteitsbeginsel. Het doeltreffendheidsbeginsel onderzoekt de mate waarin de door de wetgever beoogde beleidsdoelstelling door het ingevoerde beleid wordt verwezenlijkt, met zo min mogelijk negatieve neveneffecten.⁶⁸ Het hoofddoel van de terugkeerfaciliteit is het zo min mogelijk fiscaal belemmeren van de rechtsvormwijziging van een materiële onderneming van de vennootschapsbelasting naar de inkomstenbelasting, waarbij de onderneming door de vroegere aandeelhouders natuurlijke personen wordt voortgezet.⁶⁹ Het proportionaliteitsbeginsel wordt in juridische zin opgevat en toetst of de voorwaarden van de faciliteit verder of minder ver gaan dan nodig om de gegeven beleidsdoelstelling te verwezenlijken. In andere woorden, of de voorwaarden van de terugkeerregeling overkill of underkill bevatten.

3.2 De ontbindingseis

Na terugkeer uit de BV moet de achterblijvende BV binnen drie maanden ontbonden worden. Het opnemen van deze voorwaarde werd reeds betwist alvorens de geruisloze terugkeerfaciliteit in de Wet op de VPB 1969 was opgenomen. Al in 1991 concludeert Doornebal, in een door hem geschetste conceptversie van de terugkeerregeling, dat het verbinden van de ontbindingseis aan de terugkeerfaciliteit een aantal belangrijke problemen oproept.⁷⁰ Naast Doornebal zijn ook andere auteurs niet onverdeeld lovend over de ontbindingseis,⁷¹ maar ondanks deze kritiek houdt de wetgever vast aan deze voorwaarde. De wetgever ziet de ontbindingseis als een fundamenteel onderdeel van de terugkeerregeling. Goedbeschouwd geeft de wetgever twee argumenten voor het opnemen van de ontbindingseis. Allereerst zal het laten vallen van de ontbindingseis volgens de wetgever leiden tot een substantiële toename in de complexiteit van de geruisloze terugkeerfaciliteit. Er moet dan op detailniveau bekeken worden in welke situaties liquidatie van de BV achterwege kan blijven en in hoeverre vermogensbestanddelen in de BV kunnen achterblijven.⁷² Bovendien acht de wetgever het onwenselijk en een onbedoeld neveneffect van de terugkeerregeling dat een lege BV achterblijft na de sfeerovergang van de materiële onderneming van de BV. De wetgever omschrijft een lege vennootschap als een vennootschap die in bedrijfseconomische zin leeg is (geen activa) en/of waarin geen onderneming meer wordt gedreven (geen activiteiten).⁷³ De ontbindingseis ligt in lijn met eerder beleid ter voorkoming van oneigenlijk gebruik en misbruik van lege vennootschappen.⁷⁴

Doeltreffendheid

Het is onduidelijk waarom de wetgever het laten vervallen van de ontbindingseis tot een potentieel struikelpunt verheft. De onderbouwing voor een substantiële toename in de complexiteit van de terugkeerfaciliteit is matig. Ingeval de ontbindingseis uit de voorwaarden van de geruisloze terugkeerfaciliteit wordt geschrapt, kan de BV blijven bestaan. Het liquideren van de BV wordt geen verplichting maar een keuze voor de aandeelhouders. Er hoeft niet op detailniveau bekeken te

⁶⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 31865, nr. 203, p. 1 en 7.

⁶⁹ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27209, nr. 3, (MvT) p. 9.

⁷⁰ Doornebal 1991, p. 273-274.

⁷¹ Onder andere Stevens 2000, aant. 4.3 en Jansen 2002, aant. 4.6.

⁷² *Kamerstukken II 2005/06*, 30375, nr. 2, p. 26 en 167.

⁷³ *Kamerstukken II 1991/92*, 22300-IXB, nr. 20, p. 3-4.

⁷⁴ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27209, nr. 3, (MvT) p. 27.

worden in welke situaties liquidatie van een BV achterwege kan blijven, omdat liquidatie altijd achterwege kán blijven. Verder acht de wetgever het lastig te beoordelen in hoeverre vermogensbestanddelen in de BV achter mogen blijven, bijvoorbeeld ter dekking van aanwezige pensioen- en lijfrenteverplichtingen. Dit argument kan niet geheel overtuigen. Activa, zoals een pand of beleggingen, kunnen in de BV achtergelaten worden ter dekking van dergelijke verplichtingen, zolang hetgeen terugkeert naar de inkomstenbelasting als materiële onderneming is aan te merken. Indien de BV niet voldoende activa heeft, kan de BV een volwaardige lening uitgeven aan de onderneming in de inkomstenbelasting ter waarde van de te dekken verplichting. Een zakelijke lening omvat onder andere zakelijkheid omtrent de rente, aflossing, looptijd en eventuele zekerheden. De lening van de BV fungeert als financiering van (een deel van) de onderneming in de inkomstenbelasting en behoort aldaar tot het ondernemingsvermogen.⁷⁵

Het beleid ter voorkoming van oneigenlijk gebruik en misbruik van lege vennootschappen kan evenmin overtuigen. Invoering van de Wet Flex BV in 2012 en afschaffing van de ministeriële verklaring van geen bezwaar hebben de argumenten waarop dit beleid is gebouwd grotendeels ondermijnd.⁷⁶ Daar het beleid ter voorkoming van oneigenlijk gebruik en misbruik van lege vennootschappen op loze argumenten is gebouwd, lijkt ook de ontbindingseis zelf een loze functie te vervullen op dit gebied. Het obstakel dat de ontbindingseis kan vormen in gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit heeft geen sterke rechtvaardigheidsgrond meer. Daarbovenop ondermijnt de ontbindingseis de aantrekkelijkheid en het gebruik van de terugkeerregeling. De ontbindingseis draagt niet bij aan het wegnemen van fiscale belemmeringen bij de sfeerovergang van een materiële onderneming, noch zijn de argumenten voor de ontbindingseis overtuigend. De doeltreffendheid van deze voorwaarde kan dan ook sterk bekritiseerd worden.

Proportionaliteit

De gedachte achter de ontbindingseis is het voorkomen dat na terugkeer van de materiële onderneming naar de inkomstenbelasting een lege BV achterblijft. Dit zou het geval zijn wanneer alle vermogensbestanddelen van de BV deel (kunnen) gaan uitmaken van de voort te zetten onderneming in de inkomstenbelasting. In dergelijke gevallen wordt een lege BV ontbonden zonder dat de ontbindingsvoorwaarde te ver of juist minder ver gaat dan nodig. In veel gevallen bezit de BV echter ook vermogensbestanddelen die geen onderdeel kunnen uitmaken van de onderneming in de inkomstenbelasting. Dergelijke vermogensbestanddelen zijn bijvoorbeeld pensioen- of lijfrenteverplichtingen of vermogensbestanddelen met het karakter van verplicht privévermogen. Na terugkeer van de materiële onderneming van de BV, is de BV dan ook niet noodzakelijk geheel leeg. Ontbinding van de BV om een achterblijvende lege BV tegen te gaan is derhalve ook niet noodzakelijk en de ontbindingseis schiet haar doel voorbij. De ontbindingseis treft in dergelijke gevallen meer doel dan beoogd; er is sprake van overkill.

Vermogensbestanddelen die tot het verplichte privévermogen behoren in het kader van de etiketteringsleer, moeten ingevolge de ontbindingsvoorwaarde bij de vereffening van het vermogen aan de aandeelhouders in privé worden uitgekeerd. Bij deze uitdeling van de BV is AB-heffing verschuldigd door de aandeelhouders. Daar de vereffening van het vermogen leidt tot fiscale afrekening, gepaard gaande met een uitvloeit van liquide middelen, kan dit een reden vormen om af te zien van gebruik van de terugkeerfaciliteit. Daarnaast leidt de ontbindingseis ertoe dat bestaande pensioen- en lijfrenteverplichtingen moeten vrijvallen, afgekocht of ondergebracht moeten worden bij erkende professionele verzekeraars of pensioenuitvoerders.⁷⁷ Indien onvoldoende liquiditeiten

⁷⁵ Bresser, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 7.2.5 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

⁷⁶ *Kamerstukken II 2008/09*, 31058, nr. 6, p. 11 en *Canisius en Canisius 2015*, par. 4.3.

⁷⁷ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27209, nr. 3, (MvT) p. 39.

voorhanden zijn, vormt de dit een aanzienlijke fiscale belemmering. Tot 2023 was het ook mogelijk een lijfrenteverplichting, voor zover ontstaan door omzetting van een fiscale oudedagsreserve (FOR) bij inbreng van een (inkomstenbelasting)onderneming in een BV, weer terug om te zetten in een FOR in de inkomstenbelasting.⁷⁸ Sinds invoering van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen in 2017 is opbouw van pensioen- en lijfrenteverplichtingen in eigen beheer niet langer toegestaan. Bestaande verplichtingen worden op reguliere wijze afgewikkeld. De essentie van de problematiek rondom pensioen- en lijfrenteverplichtingen zal derhalve voorlopig nog relevant blijven.

Daarnaast kunnen aandeelhouders de BV uit eigen beweging ontbinden als deze na terugkeer van de materiële onderneming leeg is. Een geheel lege BV levert in beginsel geen voordelen op voor de aandeelhouders. Echter kost een lege BV wel geld, daar aan de vennootschappelijke voorschriften voldaan moet worden. Eventuele administratiekosten en de kosten voor het opmaken van een te deponeren jaarrekening en vennootschapsbelastingaangifte zijn lasten die de BV hoe dan ook draagt, ook als ze leeg is. Als hier geen redelijk voordeel uit de BV tegenover staat, is het vanuit aandeelhoudersperspectief mogelijk irrationeel om de BV langer aan te houden. Er is dus reeds een vennootschapsrechtelijke, monetaire incentive om de lege BV uit eigen beweging te ontbinden. Mocht de intentie bestaan om nieuwe activiteiten in de BV op te starten, dan is er geen bezwaar tegen het aanhouden van een lege BV. Ook een nieuw opgerichte BV blijft niet zelden een tijdje leeg alvorens de activiteiten daadwerkelijk van start gaan, als deze al van start gaan.

Bovendien zijn er al legio andere bepalingen binnen de Nederlandse wetgeving die lege BV's en mogelijk oneigenlijk gebruik of misbruik hiervan aan banden leggen. Binnen het Burgerlijk Wetboek zijn enkele ontbindingsmogelijkheden opgenomen, uit te voeren door de Kamer van Koophandel⁷⁹ of de rechterlijke macht⁸⁰. Daarnaast kunnen bestuurders van een BV onder omstandigheden aansprakelijk worden gesteld voor de nog af te dragen belastingen van de BV⁸¹ of zelfs schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan⁸². Binnen de Wet op de VPB 1969 zijn beperkingen ingebracht aan de overdraagbaarheid van de herinvesteringsreserve en compensabele verliezen. Indien het belang in een BV in belangrijke mate (>30%) wijzigt, treden deze wetten in werking waarbij de overdraagbaarheid wordt ingeperkt.⁸³

3.3 Alle aandeelhouders zijn natuurlijke personen

De BV mag bij het gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit louter natuurlijke personen als aandeelhouder hebben. Het toetsingstijdstip voor deze voorwaarde is het overgangstijdstip. Dit is het moment wanneer de overgedragen onderneming voor de heffing van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting wordt geacht rechtstreeks voor rekening en risico van de voortzettende aandeelhouders te worden uitgeoefend.⁸⁴ Deze voorwaarde is expliciet opgenomen in het geformuleerde doel van de geruisloze terugkeerfaciliteit. De geruisloze terugkeerregeling maakt het mogelijk de door een BV gedreven onderneming geruisloos om te zetten in een inkomstenbelastingonderneming, die rechtstreeks voor rekening komt van de vroegere aandeelhouders natuurlijke personen (en winstbewijshouders).⁸⁵

⁷⁸ Art. 3.69 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 (vervallen) en Bresser, in: *NDFR Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 7.3.1 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

⁷⁹ Art. 2:19a BW.

⁸⁰ Art. 2:185 BW.

⁸¹ Art. 36 IW 1990.

⁸² Art. 2:248 BW.

⁸³ Art. 12a en 20a Wet op de VPB 1969.

⁸⁴ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 1.1 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁸⁵ *Kamerstukken* 1999/2000 27209, nr. 3 (MvT) p. 9.

Doeltreffendheid

Voor gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit is het niet toegestaan dat een BV aandeelhouder is van een terugkerende BV. De wetgever heeft echter niet verder toegelicht waarom deze eis als voorwaarde voor gebruik van de terugkeerregeling is opgenomen. De rechtsvormwijziging, die middels de geruisloze terugkeerfaciliteit zo min mogelijk fiscaal belemmerd moet worden, kan ook plaatsvinden indien de aandeelhouders van de terugkerende BV geen natuurlijke personen zijn. De geruisloze inbrengfaciliteit kent een dergelijke eis dan ook niet. Bij die faciliteit is niet vereist dat de ondernemer achter een eenmanszaak of participant in een samenwerkingsverband, een natuurlijk persoon of een rechtspersoon met rechtspersoonlijkheid moet zijn. De geruisloze inbrengfaciliteit is toepasbaar ongeacht voor wiens rekening en risico de om te zetten materiële onderneming wordt gedreven.⁸⁶ Deze situatie geldt echter niet voor de geruisloze terugkeerfaciliteit, wat merkwaardig te noemen is. Een terugkerende BV met zowel natuurlijke personen als ook een andere BV als aandeelhouder, kan in een samenwerkingsverband worden voortgezet. Rekenkundig hoeft dit geen problemen op te leveren en van claimverlies hoeft ook geen sprake te zijn.

Een aspect dat zou opspelen indien deze voorwaarde wordt losgelaten, ligt in het geruisloos doorschuiven wat middels de geruisloze terugkeerfaciliteit gebeurt. Stel dat BV A honderd procent aandeelhouder is van BV Z en dat BV Z wenst haar materiële onderneming in de inkomstenbelastingsfeer voort te zetten. Zij gebruikt hiervoor de geruisloze terugkeerfaciliteit, waarvoor het in deze hypothetische situatie niet is vereist dat de aandeelhouders van de terugkerende BV natuurlijke personen zijn. De eenmanszaak, met de doorgeschoven fiscale boekwaarden, die ontstaat als gevolg van de geruisloze terugkeer, wordt geheel voor rekening en risico gedreven van BV A. De eenmanszaak is in deze constructie in feite niet-bestaand en BV A verkrijgt op deze wijze de vermogensbestanddelen van de teruggekeerde onderneming tegen boekwaarden, zonder dat hier fiscale afrekening bij plaatsvindt. Een dergelijke activa-passiva transactie is onder normale omstandigheden niet geruisloos mogelijk binnen de vennootschapsbelasting. Het laten vervallen van deze voorwaarde zou mogelijk kunnen uitnodigen tot misbruik of oneigenlijk gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit. De terugkeerfaciliteit zou dan toegepast kunnen worden met de intentie om een fiscaal geruisloze activa-passiva tussen twee BV's te bewerkstelligen. Hier kan echter tegenin gebracht worden dat er een intentie tot voortzetten van de inkomstenbelastingonderneming moet bestaan. Bovendien mag de geruisloze terugkeerfaciliteit niet worden toegepast indien de terugkeer is gericht op de overdracht of liquidatie van (een gedeelte van) de terugkerende onderneming.⁸⁷

Voor de klassieke holdingstructuur levert deze voorwaarde een fiscale belemmering op. De aandelen van de holding zijn in de regel in handen van een natuurlijk persoon. De aandelen van de werkmaatschappij zijn in handen van de holding. De werkmaatschappij oefent de materiële onderneming uit waarvan wordt gewenst dat deze terugkeert naar de inkomstenbelastingsfeer. De holding drijft vaak geen materiële onderneming maar bezit, naast de aandelen in de werkmaatschappij, bijvoorbeeld een pand of pensioenverplichting. Daar de aandelen van de werkmaatschappij niet direct in handen zijn van een natuurlijk persoon, kan de materiële onderneming niet geruisloos terugkeren naar de inkomstenbelasting middels de terugkeerfaciliteit. De staatssecretaris heeft deze belemmering onderkend en aangegeven dat deze kan worden weggenomen door middel van een juridische fusie tussen de holding en werkmaatschappij. De juridische fusie wordt dan met het oog op toepassing van de terugkeerregeling geacht niet te zijn gericht op uitstel of ontgaan van belastingheffing. Naast een juridische fusie is het ook mogelijk om een aandelenoverdracht uit te voeren waarbij de holding de aandelen van de werkmaatschappij aan

⁸⁶ Art. 3.65 Wet IB 2001.

⁸⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.4 (*Stcrt.* 2018, 62988).

een natuurlijk persoon overhandigt. Daarmee wordt in beginsel niet strijd met doel en strekking van de terugkeerregeling gehandeld.⁸⁸

Proportionaliteit

De wetgever vermeldt expliciet in haar doelstelling dat zij wenst een juridische rechtsvormwijziging te faciliteren indien de voort te zetten onderneming rechtstreeks voor rekening en risico van de voortzettende aandeelhouders natuurlijke personen (en winstbewijshouders) wordt gedreven.⁸⁹ Dat de wetgever deze eis expliciet in haar doelstelling opneemt, toont dat zij veel waarde aan deze voorwaarde hecht. De vraag is echter of de voorwaarde dat alle aandeelhouders van de terugkerende BV natuurlijke personen moeten zijn, niet meer doel treft dan beoogd. Het doel van de geruisloze terugkeerregeling is het fiscaal faciliteren van een rechtsvormwijziging. De aanvullende voorwaarde dat alle aandeelhouders natuurlijke personen moeten zijn, lijkt dan ook onnodig belemmerend en derhalve disproportioneel.

3.4 Voorwaarden aangaande verliesverrekening

Het voorkomen dat compensabele verliezen van de BV verdampen bij ontbinding van de BV ligt in lijn met het algemene doel van de geruisloze terugkeerfaciliteit. Verliesverdamping zou een fiscale belemmering kunnen vormen bij gebruik van de terugkeerregeling. Hoewel de bepalingen omtrent de verliesverrekening de terugkeerregeling complexer en uitgebreider maken, is dit voor belastingplichtigen altijd beter dan dat de compensabele verliezen van de BV definitief verdampen.

3.4.1 Verplichte winstneming en aanpassing van de boekwaarden

Doeltreffendheid en proportionaliteit

Het verrekenen van compensabele verliezen van de BV tegen de ontbindingswinst die ontstaat bij het (ten dele) realiseren van stille en fiscale reserves creëert in beginsel geen belemmering voor de voortzettende aandeelhouders. De realisatie hiervan leidt in de regel niet tot directe belastingheffing waardoor geen liquide middelen benodigd zijn.⁹⁰ In twee situaties kan de verplichte winstneming in combinatie met het aanpassen van de fiscale boekwaarden anders uitwerken, met acute belastingheffing tot gevolg. De verplichte winstneming kan in combinatie met een voorafgaande juridische fusie mogelijk leiden tot acute belastingheffing over de ontbindingswinst. Ditzelfde geldt voor het geval waarin de BV te maken krijgt met verliestemporiseringsmaatregelen. In dat geval bestaat ook de mogelijkheid dat bij de terugkeer, ook al is deze in beginsel fiscaal geruisloos, vennootschapsbelasting verschuldigd is. De voorwaarde van verplichte winstneming treft in dergelijke gevallen meer doel dan beoogd, waardoor van overkill sprake is. Wel moet de nuance worden gemaakt dat de kern van het ontstaan van deze mogelijke probleemsituaties niet in de geruisloze terugkeerfaciliteit ligt, maar in de voorwaarden omtrent de juridische fusie en verliesverrekening respectievelijk. Het is dan ook niet rechtvaardig de geruisloze terugkeerfaciliteit op deze grond van overkill te betichten en te veroordelen.

3.4.2 Overhevelingsbreuk

Doeltreffendheid

Indien na de verplichte winstneming en aanpassing van de fiscale boekwaarden nog compensabele verliezen resteren, mogen deze voor 19/44^e deel worden aangemerkt als ondernemingsverlies in de inkomstenbelastingfeer bij de voortzettende aandeelhouders.⁹¹ Het fiscale voordeel dat

⁸⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 3.2 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁸⁹ *Kamerstukken* 1999/2000 27209, nr. 3 (MvT) p. 9.

⁹⁰ Bresser, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 5.1 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

⁹¹ Art. 14c lid 3 Wet op de VPB 1969.

compensabele verliezen vertegenwoordigen wordt middels de overhevelingsbreuk veiliggesteld. Bovendien tracht de overhevelingsbreuk te voorkomen dat er een tariefsvoordeel te behalen valt waardoor de compensabele verliezen van de BV meer, dan wel minder fiscaal voordeel opleveren.⁹² De belastingbesparing die de compensabele verliezen in de inkomstenbelasting opleveren, dient ruwweg gelijk te zijn aan de potentiële belastingbesparing in de vennootschapsbelasting. Enerzijds betracht de breuk dat een fiscale belemmering, die de verliesverdamping zou kunnen vormen, wordt weggenomen. Anderzijds beoogt de overhevelingsbreuk dat de fiscus erbij inschiet doordat compensabele verliezen in de inkomstenbelasting tegen een hoger effectief tarief aftrekbaar zijn dan in de vennootschapsbelasting. Het algemene doel van de terugkeerregeling in ogenschouw nemend, vervult de overhevelingsbreuk een belangrijke en doeltreffende rol door het risico op verliesverdamping weg te nemen.

Proportionaliteit

De wetgever gaat voor de overhevelingsbreuk uit van het laagste vennootschapsbelastingtarief in de teller en het hoogste effectieve tarief in de inkomstenbelasting, rekening houdend met de MKB-winstvrijstelling, in de noemer.⁹³ Het is echter aannemelijk dat terugkerende ondernemingen op het overgangsmoment niet erg winstgevend zullen zijn. Tegenvallende resultaten zijn immers in de regel een van de hoofdredenen voor een terugkeer uit de BV. Uitgaan van het laagste tarief in de vennootschapsbelasting is derhalve verdedigbaar. Dat de wetgever in de noemer uitgaat van het hoogste effectieve tarief in de inkomstenbelasting, lijkt in dit opzicht minder houdbaar. Het zijn in de regel namelijk de marginaal renderende ondernemingen die van de terugkeerfaciliteit gebruik wensen te maken en die zullen het hoogste tarief in de inkomstenbelasting minder snel bereiken. Door het hoogste effectieve inkomstenbelastingtarief in de noemer ontstaat voor de minder winstgevende ondernemingen een tariefsnadeel. Er is relatief gezien een kleiner deel van de compensabele verliezen van de BV overhevelbaar naar de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelasting. Verliesverrekening binnen de inkomstenbelasting verliest hierdoor aan aantrekkelijkheid.⁹⁴ Vanuit dit oogpunt kan gesteld worden dat de noemer van de overhevelingsbreuk te hoog is en, ceteris paribus, de overhevelingsbreuk als geheel te laag. Daar de breuk een tariefsvoordeel voor de voortzettende aandeelhouders poogt te elimineren, gaat de breuk hierin te ver waardoor van overkill gesproken kan worden. Wel moet hierbij de nuance gemaakt worden dat het afhankelijk is van meerdere factoren, zoals toekomstige inkomstenbelastingtarieven, of de voortzettende aandeelhouders daadwerkelijk een tariefsnadeel ondervinden door de overhevelingsbreuk.

3.5 Overige voorwaarden

Terugkeer van de materiële onderneming en het onttrekken van vermogensbestanddelen

Voorwaarde voor de terugkeerregeling is dat een materiële onderneming terugkeert. Binnen de inkomstenbelasting geldt de etiketteringsleer en kan er sprake zijn van verplicht privévermogen, keuzevermogen en verplicht ondernemingsvermogen. Bij het keuzevermogen kan de ondernemer in de inkomstenbelasting binnen de grenzen der redelijkheid bepalen of hij de vermogensbestanddelen als privé- of ondernemingsvermogen etiketteert. Uit de wettekst van de terugkeerregeling blijkt dat vermogensbestanddelen van de BV, die op grond van de vermogensetikettering tot het keuzevermogen kunnen behoren, bij toepassing van de geruisloze terugkeerfaciliteit tot het

⁹² *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet VPB 1969, aant. 4.1 (online, bijgewerkt 16 april 2023).

⁹³ De Jong, in: *Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 4 onderdeel a (online, bijgewerkt 22 april 2023).

⁹⁴ De Jong, in: *Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 4 onderdeel a (online, bijgewerkt 22 april 2023).

ondernemingsvermogen moeten worden gerekend.⁹⁵ De terugkeerregeling is niet van toepassing op verplicht privévermogen, maar volgend uit een strikte wetsinterpretatie wel op keuzevermogen. Keuzevermogen is namelijk niet hetzelfde als verplicht privévermogen.⁹⁶ Een strikte wetsuitleg leidt er dan ook toe dat er geen vermogensbestanddelen, die deel uitmaken van de materiële onderneming van de BV, onttrokken kunnen worden naar het privévermogen van de voortzettende aandeelhouders. Dit is dus ook niet het geval als deze vermogensbestanddelen in de inkomstenbelastingfeer tot het keuzevermogen zouden behoren. Vermogensbestanddelen die als keuzevermogen zouden kwalificeren in de inkomstenbelasting moeten bij gebruik van de terugkeerregeling in de voortgezette onderneming als ondernemingsvermogen gekwalificeerd worden.⁹⁷

Hier lijkt de voorwaarde meer doel te treffen dan wordt beoogd, waardoor sprake is van overkill. Allereerst lijkt het niet naar privé kunnen onttrekken van vermogensbestanddelen die binnen de etiketteringsleer als keuzevermogen gelden, in te druisen tegen de grondgedachte waarop het begrip keuzevermogen is gebouwd. De keuzevrijheid van de ondernemer wordt op deze wijze beperkt. Bovendien rijst de vraag waarom de wetgever heeft besloten dat geen onttrekkingen aan het ondernemingsvermogen kunnen plaatsvinden. Spiegelbeeldig, bij de geruisloze inbrengfaciliteit, is het namelijk wel mogelijk dat vermogensbestanddelen naar privé onttrokken worden vanuit de in te brengen onderneming. Het geruisloos inbrengen van een (gedeelte van een) inkomstenbelastingonderneming in een BV is toegestaan zolang hetgeen wordt ingebracht maar kwalificeert als materiële onderneming in de zin van de Wet IB 2001.⁹⁸ De wetgever heeft bij de geruisloze terugkeerfaciliteit niet voor een analoge toepassing gekozen. Dat voor gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit wordt vereist dat van een materiële onderneming sprake moet zijn, sluit niet uit dat er vermogensbestanddelen aan het ondernemingsvermogen van de terugkerende onderneming onttrokken kunnen worden. Het feit dat binnen de terugkeerregeling geen vermogensbestanddelen van de terugkerende onderneming naar privé onttrokken kunnen worden, ook niet als daarna nog een materiële onderneming resteert, leidt er mijns inziens toe belastingplichtigen onnodig worden beperkt. Derhalve is enige mate van overkill te bespeuren.

Terugkeerreserve

De terugkeerreserve is bij de geruisloze terugkeerregeling in het leven geroepen als correctiemechanisme voor een niet overeenkomende vennootschapsbelasting- en AB-claim. De terugkeerreserve zorgt voor claimbehoud en is voor een verscheidenheid aan situaties op een transparante en effectieve manier te berekenen, ook al kan dit in de praktijk soms complex uitwerken. Al met al kan de terugkeerreserve als doeltreffend bestempeld worden. De terugkeerreserve wordt gesteld op de helft van het niet in aanmerking genomen vervreemdingsvoordeel dat rust op de aandelen van de terugkerende BV. Dit percentage van 50% komt voort uit het feit dat het hoogste inkomstenbelastingtarief ten tijde van invoering van de terugkeerreserve ruwweg tweemaal zo hoog was als het AB-tarief destijds (52% en 25% respectievelijk). Door fiscale ontwikkelingen sindsdien is dit percentage van 50% enigszins uit balans. Het hoogste effectieve inkomstenbelastingtarief is sindsdien gedaald, waar het AB-tarief zich in een stijgende trend bevindt. De compenserende heffing, de helft van het hoogste effectieve inkomstenbelastingtarief, is heden ten dage lager dan de generale AB-heffing.⁹⁹ Daarnaast is het voor

⁹⁵ Art. 14c lid 4 onder a Wet op de VPB 1969.

⁹⁶ Elsweier, in: *Cursus Belastingrecht*, aant. Vpb.2.8.0.B.g (online, bijgewerkt 15 maart 2023).

⁹⁷ Bresser, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 7.1.1 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

⁹⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018, par. 2.2 (*Stcrt.* 2018, 62988).

⁹⁹ De Wit en Renckens 2020, p. 859.

een marginaal renderende, terugkerende onderneming niet erg plausibel dat er belastingheffing plaatsvindt over het hoogste effectieve inkomstenbelastingtarief. Hieruit vloeit voort dat afwikkeling van de AB-claim middels de terugkeerreserve voordeliger is dan het afwikkelen van deze claim via de reguliere AB-heffing. De terugkeerreserve bevoordeelt de voortzettende aandeelhouder die zijn AB-claim gunstiger kan afwikkelen. Hoewel de terugkeerreserve doeltreffend is, gaat zij minder ver dan nodig om de fiscale AB-claim te waarborgen. Er is hier sprake van underkill en de proportionaliteit van de terugkeerreserve is in het geding.

Uitfilteren van verliezen die niet voortvloeien uit de materiële onderneming

In de geruisloze terugkeerregeling is bepaald dat louter verliezen die in de uitoefening van de materiële onderneming zijn geleden, overhevelbaar zijn naar de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelasting. Verliezen voortvloeiend uit duurzaam overtollige beleggingen zijn in beginsel niet over te hevelen en zullen bij de uiteindelijke liquidatie van de BV verdampen. Deze bepaling oogt logisch omdat de wetgever wil voorkomen dat verliezen die voortvloeien uit vermogensbestanddelen die in de inkomstenbelasting niet tot het ondernemingsvermogen van de onderneming kunnen behoren, wel verrekenbaar zijn met ondernemingswinsten. In box 3 in de inkomstenbelasting geldt dat het inkomen minimaal nihil is waardoor niet over de jaargrenzen heen fiscale (beleggings)verliezen op te bouwen zijn.¹⁰⁰ In zoverre is de uitfiltering van verliezen die niet voortvloeien uit de materiële onderneming doeltreffend te noemen. Echter wordt in de Wet IB 2001 een additionele beperking opgelegd. Hoewel de overgehevelde verliezen louter verliezen zijn die voortvloeien uit een materiële onderneming, zijn deze verliezen slechts verrekenbaar met winsten uit ondernemingsactiviteiten.¹⁰¹ Ondernemingsverliezen, anders dan de overgehevelde verliezen, zijn in beginsel binnen box 1 zowel verticaal als horizontaal verrekenbaar met positieve bedragen van andere inkomstenbronnen in box 1.¹⁰² De geruisloze terugkeerfaciliteit kent dus een dubbel filter dat zorgt voor een onnodige beperking in de capaciteit van verliesverrekening van de voortzettende aandeelhouders. Deze combinatie van voorwaarden zorgt voor overkill, daar ze verder gaan dan nodig om de materiële ondernemingsverliezen te filteren.

3.6 Bevindingen

De ontbindingseis lijkt in de huidige tijd gebouwd op loze argumenten. Het beleid ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik van lege BV's is mede door invoering van de Wet Flex-BV achterhaald. Ook heeft de wetgever niet afdoende gemotiveerd waarom het laten vervallen van de ontbindingseis tot een toename in de complexiteit van de geruisloze terugkeerregeling zal zorgen. Waar de geruisloze terugkeerfaciliteit beoogd een rechtsvormwijziging van een BV naar een onderneming in de inkomstenbelasting zo min mogelijk fiscaal te belemmeren, werpt de ontbindingseis in bepaalde gevallen juist een barrière op. Dit is voornamelijk het geval indien de BV na terugkeer van de materiële onderneming niet geheel leeg is. Vermogensbestanddelen die niet tot het ondernemingsvermogen van de inkomstenbelastingonderneming kunnen behoren, kunnen niet in de BV achterblijven. Afwikkeling hiervan behoeft in bepaalde gevallen een aanzienlijke hoeveelheid liquide middelen. Als deze niet voorhanden zijn, kan gebruik van de terugkeerregeling op de ontbindingseis stuklopen. De ontbindingseis wordt dan ook niet doeltreffend bevonden. De wetgever stelt zelf dat het niet verstandig is gebruik te maken van de terugkeerfaciliteit indien door de afwikkeling van pensioen- en lijfrenteverplichtingen liquiditeitsproblemen ontstaan.¹⁰³ Tevens bevat

¹⁰⁰ Bresser, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 5.3 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

¹⁰¹ Art. 3.150 lid 7 Wet IB 2001.

¹⁰² Bresser, in: *Sdu Commentaar Vennootschapsbelasting*, art. 14c Wet op de VPB 1969, aant. 5.2.1 (online, bijgewerkt 7 juni 2023).

¹⁰³ *Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6 p. 32.*

de ontbindingseis aanzienlijke overkill, omdat de ontbindingseis is opgetuigd om het ontstaan van lege BV's te voorkomen maar juist fataal kan zijn voor BV's die na terugkeer van de materiële onderneming nog niet geheel leeg zijn. Doornebal was van dezelfde mening toen hij concludeerde dat 'het opnemen van de ontbindingseis om anti-fiscale constructies te bestrijden onaanvaardbare overkill effecten heeft'.¹⁰⁴ De alternatieven voor de geruisloze terugkeerfaciliteit zijn dan ook nooit compleet uit de gratie geraakt.¹⁰⁵

De voorwaarde dat alle aandeelhouders van de BV natuurlijke personen moeten zijn, kan een belemmering vormen voor gebruik van de geruisloze terugkeerfaciliteit. Aan de doeltreffendheid van deze voorwaarde kan niet getwist worden. Omdat deze voorwaarde in het hoofddoel van de faciliteit is opgenomen, draagt deze bij aan het bereiken van het doel van de terugkeerfaciliteit. Daarnaast zou het laten vallen van deze voorwaarde leiden tot vragen en onduidelijkheden met betrekking tot de geruisloze doorschuiving van vermogensbestanddelen binnen de vennootschapsbelasting. Zo zou het laten vervallen van deze voorwaarde kunnen uitnodigen tot misbruik of oneigenlijk gebruik van de terugkeerfaciliteit, waarbij niet een terugkeer naar de inkomstenbelasting het hoofddoel is, maar een geruisloze activa-passiva transactie tussen belastingplichtigen het hoofdmotief is. Echter kan een rechtsvormwijziging ook plaatsvinden zonder dat de terugkerende BV louter natuurlijke personen als aandeelhouders heeft, waardoor deze voorwaarde an sich geen fiscale belemmering wegneemt. Deze eis lijkt dan ook verder dan nodig te gaan om een rechtsvormwijziging te bewerkstelligen, en bevat daarom een zekere mate van overkill.

De verplichte winstneming in combinatie met het aanpassen van de boekwaarden vormt in beginsel geen belemmering voor gebruik van de terugkeerfaciliteit. De voorwaarde neemt een fiscale belemmering weg door compensabele verliezen van de BV zoveel te benutten, zodat deze niet verdampen. In twee situaties kan de verplichte winstneming echter ondoeltreffend en disproportioneel uitwerken. In samenhang met de verliestemporiseringsmaatregelen of een voorafgaande juridische fusie zou het tot acute belastingheffing kunnen komen, met een uitvloeit van liquide middelen tot gevolg. Ook BV's met een beperkte verliesverrekening-capaciteit moeten dan aan deze eis voldoen, hetgeen leidt tot overkill. Dit potentiële gebrek aan doeltreffendheid en proportionaliteit van de verplichte winstneming is echter geheel niet toe te schrijven aan de geruisloze terugkeerregeling. De verliestemporisering en juridische fusie kunnen bijten waardoor gebruik van de terugkeerfaciliteit spaak kan lopen. Oplossingen voor het wegnemen van de potentiële fiscale belemmeringen moeten dan ook worden gezocht in de bepalingen omtrent de verliestemporisering en juridische fusie, en niet zozeer binnen de geruisloze terugkeerfaciliteit.

De overhevelingsbreuk poogt te bewerkstelligen dat compensabele verliezen niet verdampen. Hierin slaagt de breuk in overtuigende mate, waardoor de overhevelingsbreuk als doeltreffend kan worden bestempeld. Naast deze eerste doelstelling, tracht de overhevelingsbreuk een mogelijk tariefsvoordeel voor de verrekening van compensabele verliezen te neutraliseren. Hierin gaat de breuk echter te ver, waardoor sprake is van overkill. Het is zeer de vraag of marginaal renderende ondernemingen in de inkomstenbelasting tegen het hoogste effectieve tarief belast zullen worden. De voortzettende aandeelhouders genieten mogelijk een tariefsnadeel, waardoor de breuk mogelijk te ver gaat in het neutraliseren van een eventueel tariefsvoordeel, waardoor de overhevelingsbreuk mogelijk overkill bevat. Het is echter van belang dit te nuanceren. Of de voortzettende aandeelhouders daadwerkelijk een tariefsnadeel genieten door de overhevelingsbreuk hangt mede af van andere onzekere factoren, zoals toekomstige inkomstenbelastingtarieven en de hoogte van toekomstige winsten. De overhevelingsbreuk zal dan ook nooit erin slagen een mogelijk tariefsvoordeel exact te elimineren. Bovendien is het ook zaak rekening te houden met de praktische

¹⁰⁴ Doornebal 1991, p. 273.

¹⁰⁵ Doornebal 2002, par. 1. en Stevens 2020, par. 5.6.5.8.

uitvoerbaarheid.

De materiële ondernemingseis is doeltreffend te noemen, maar gaat te ver in het beperken van de mogelijkheid van het onttrekken van vermogensbestanddelen naar privé, en bevat dus enige mate van overkill. De terugkeerreserve is onderhevig aan underkill. Zij gaat minder ver dan nodig om de fiscale claim van de wetgever te waarborgen. De afwikkeling van de AB-claim via de compenserende heffing middels de terugkeerreserve is in bijna alle gevallen aantrekkelijker dan afwikkeling van de AB-claim via het reguliere AB-regime. Daarnaast is de proportionaliteit in het geding bij de dubbele uitfiltering van verliezen. Dit dubbele filter vormt een onnodige extra beperking voor de verrekening van de overgehevelde compensabele verliezen bij de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelasting sfeer.

4. Bevindingen

In hoofdstuk 2 van deze scriptie is een antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag. Deze luidt als volgt: 'Hoe werkt de geruisloze terugkeerfaciliteit en welke voorwaarden zijn aan het gebruik van de terugkeerregeling verbonden?'. Middels de terugkeerregeling beoogt de wetgever de overdracht van een materiële onderneming van een BV aan haar aandeelhouders natuurlijke personen in de inkomstenbelasting zo min mogelijk fiscaal te belemmeren. De wetgever poogt haar fiscale claim te behouden door het doorschuiven van de fiscale boekwaarden van de BV naar de inkomstenbelastingonderneming, alsook via de terugkeerreserve die op de fiscale balans van de voortgezette onderneming kan verschijnen. Na terugkeer van de materiële onderneming moet de achterblijvende BV ontbonden worden. Middels voorwaarden omtrent verplichte winstneming en de overhevelingsbreuk wordt voorkomen dat compensabele verliezen van de BV verloren gaan.

In hoofdstuk 3 is getoetst hoe de mogelijk knellende voorwaarden zich verhouden tot het toetsingskader. Hiermee wordt ook de algehele onderzoeksvraag van deze scriptie beantwoord. Deze luidt als volgt:

Zijn de voorwaarden van de geruisloze terugkeerfaciliteit in de Wet op de VPB 1969 doeltreffend en proportioneel?

Met name de ontbindingseis, voortkomend uit de wens van de wetgever om het ontstaan van lege BV's te bestrijden, kan een sta-in-de-weg vormen voor gebruik van de terugkeerfaciliteit. De ontbindingseis wordt dan ook zowel ondoeltreffend als disproportioneel bevonden. Het beleid ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik van lege BV's, waarop de ontbindingseis is gebouwd, is achterhaald. Daarnaast draagt de ontbindingseis an sich geenszins bij aan het wegnemen van fiscale belemmeringen omtrent de geruisloze rechtsvormwijziging. De overige voorwaarden zijn in overwegende mate doeltreffend. Dat wil zeggen dat de meeste voorwaarden die in hoofdstuk drie zijn behandeld, bijdragen aan het zo min mogelijk fiscaal belemmeren van een geruisloze omzetting van een in een BV gedreven onderneming naar een onderneming in de inkomstenbelasting. Dit geldt bijvoorbeeld voor de voorwaarden omtrent de verplichte winstneming in combinatie met het aanpassen van de boekwaarden en de overhevelingsbreuk. Echter bevatten de meeste besproken voorwaarden wel enige mate van overkill, dan wel underkill. Zo lijkt de eis dat alle aandeelhouders van de BV natuurlijke personen moeten zijn, niet noodzakelijk om een geruisloze terugkeer tot stand te laten komen, terwijl deze eis wel in bepaalde gevallen ervoor kan zorgen dat de terugkeerregeling minder interessant wordt in gebruik. Over het algemeen zou evaluatie van de meest knellende voorwaarden dan ook aan de wetgever aanbevolen kunnen worden.

Al met al oogt de geruisloze terugkeerfaciliteit als een degelijke regeling die dankzij, of ondanks, haar verscheidenheid aan voorwaarden, de juridische rechtsvormwijziging van een materiële onderneming bewerkstelligt. In gevallen waarin de BV na terugkeer van de materiële onderneming niet geheel leeg is, kunnen problemen ontstaan, die soms onoverbrugbaar zijn. Met name de ontbindingseis kan het gebruik van de terugkeerfaciliteit parten spelen. Op de doeltreffendheid van de terugkeerregeling is niet veel af te dingen. Wel zijn enkele voorwaarden toe aan een herziening omdat deze in enige mate disproportioneel uitwerken. In bepaalde gevallen kan het toch voorkomen dat de voorwaarden van de terugkeerfaciliteit dermate knellen dat een terugkeer van de materiële onderneming van de BV naar de inkomstenbelasting op een alternatieve wijze wordt vormgegeven. Deze alternatieve methodes zijn vanwege de complexiteit en soms beperkte toegankelijkheid van de terugkeerregeling nooit geheel uit de gratie geraakt¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Doornebal 2002, par. 1. en Stevens 2020, par. 5.6.5.8.

Literatuur

Boeken

Bresser, in: *NDFR Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*

H.J. Bressers, 'Commentaar op art. 14c Wet op de VPB 1969', in: *NDFR Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu (online).

Canisius en Canisius 2015

M.B.F. Canisius en R.E.H. Canisius, *Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht. Besluitvorming, vertegenwoordiging en vereenzelviging (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 127) (diss. Maastricht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Jong, in: *NL Fiscaal Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*

R. de Jong, 'Artikel 14c Wet VpB 1969 – Geruisloze terugkeer', in: C. Bruijsten, F. van Horzen en J. van Strien (red.), *NL Fiscaal Commentaar, deel Vennootschapsbelasting*, Amsterdam: NLFiscaal (online).

Doornebal 1991

J. Doornebal, *De terugkeer uit een BV (Fiscale Monografieën, nr. 55)*, Deventer: Kluwer 1991.

Elsweier, in: *Cursus Belastingrecht*

F.J. Elsweier, 'Vpb.2.8.0 Geruisloze terugkeerregeling (art. 14c)', in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Pieterse en IJsselmuiden 2019

L.J.A. Pieterse en R.O. IJsselmuiden, *Geruisloze terugkeer uit de BV (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schruver 2005

B.F. Schruver, *Doorschuijfregeelingen in de inkomstenbelasting*, Den Haag: Sdu 2005.

Stevens 2001

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001 (Fiscale Hand- en Studieboeken nr.2)*, Deventer: Kluwer 2001.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

J. de Blicq, R.J. Koopman, M. Rabenort & D.J. Sinke (red.), *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Zwier, in: *NDFR Commentaar, deel Inkomstenbelasting*

M.P. Zwier, 'Commentaar op artikel 3.54a Wet IB 2001', in: *NDFR Commentaar, deel Inkomstenbelasting*, Den Haag: Sdu (online).

Artikelen

De Wit en Renckens 2020

M.G.A. de Wit en J.N.A.H. Renckens, 'Claimbehoud bij geruisloze terugkeer', *WFR* 2020/126, p. 856-861.

Doornebal 2000

J. Doornebal, 'Geruisloze overgang naar een bv en geruisloze terugkeer uit een BV', *WFR* 2000/1178, p. 1178-1192.

Doornebal 2002

J. Doonebal, 'De fiscale gevolgen van terugkeer uit een BV', *TFO* 2002/31, p. 31-52.

Elsweier en Post 2020

F.J. Elsweier en D.R. Post, 'Enige vraagpunten rondom de voorgestelde verliesverrekeningsmaatregel in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2020/193, p. 1312-1323.

Jansen 2002

J.J.M. Jansen, 'Overdracht van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf', *WFR* 2002/915, p. 915-922.

Mestrom, Doorschuiffaciliteiten

B. Mestrom, *Doorschuiffaciliteiten* (Navigator thema's), Deventer: Wolters Kluwer (online).

Nauta 1984

K. Nauta, 'Nog een fiscaal geruisloze overgang?', *V-N* 1984, p. 173-179.

Stevens 2000

L.G.M. Stevens, 'Fiscale beleidsnotities 2001', *WFR* 2000/1409, p. 1409-1423.

Van Dijck 1983

J.E.A.M. van Dijck, 'Deregulering van het belastingrecht', *WFR* 1983, p. 853-865.

Parlementaire stukken

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 20 februari 2003, nr. CPP2002/3267M (*Infobulletin* 2003, 2).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 27 december 2005, nr. CPP2005/2573M (Internet 2005, www.minfin.nl).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 8 juli 2010 (*Stcrt.* 2010, 10512).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 2 oktober 2018 (*Stcrt.* 2018, 62988).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 17 juli 2023 (*Stcrt.* 2023, 19835).

Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 3 november 1986, nr. 086-3079 (Vakstudie Nieuws 1986, p. 2421 e.v.)

Kamerstukken II 1990/91, 22008, nr. 2.

Kamerstukken II 1991/92, 22482, nr. 3

Kamerstukken II 1999/2000, 27209, nr. 3.

Kamerstukken II 2000/01, 27209, nr. 6.

Kamerstukken II 2004/05, 22008, nr. 7.

Kamerstukken II 2005/06, 30375, nr. 2.

Kamerstukken II 2008/09, 31058, nr. 6.

Kamerstukken II 2010/11, 32504, nr. 7.

Kamerstukken II 2018/19, 35028, nr. 3.

Kamerstukken II 2021/22, 31865, nr. 203.

Jurisprudentie

HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238, *BNB* 1997/332.

HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5791, *BNB* 1997/374, m.nt. A.C. Rijkers.

HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8535, *FED* 2003/640.

HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:BI8115, *FED* 2004/47, m.nt. P.C. van der Vegt.

HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1321 *FED* 2021/146, m.nt. M.T.E. Robben.

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1427, *V-N* 2019/26.11, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

Bijlage 1. Werking van de terugkeerreserve

De terugkeerreserve dient als correctiemechanisme voor fiscaal claimbehoud. Enerzijds houdt zij de belastingclaim van de fiscus in stand, anderzijds ziet de terugkeerreserve op dat de belastingclaim niet groter wordt. Indien de terugkeerreserve positief of negatief uitvalt, verschijnt deze op de balans van de voortgezette onderneming in de inkomstenbelasting. De terugkeerreserve wordt gesteld op de helft van het vervreemdingsvoordeel van het AB dat krachtens artikel 4.24a en 4.42a Wet IB 2001 voor heffing buiten aanmerking blijft. De terugkeerreserve wordt gevormd op het overgangstijdstip en op grond van een voor bezwaar vatbare beschikking vastgelegd.¹⁰⁷

De terugkeerreserve wordt gesteld op:

$$TR = \frac{1}{2} * \left[VV - \left(\frac{100 - L}{100} * \text{voor heffing buiten aanmerking gelaten VPB winst} \right) \right]$$

Met:

- TR: terugkeerreserve
- L: het vennootschapsbelastingtarief over de laagste tariefschijf
- VV: het vervreemdingsvoordeel van de aandelen dat op grond van artikel 4.24a en 4.42a Wet IB 2001 buiten aanmerking blijft.

Het percentage van 50%, in de vergelijking opgenomen als $\frac{1}{2}$, stamt voort uit de situatie bij invoering van de terugkeerreserve. Destijds was het inkomstenbelastingtarief in box 1, waartegen de terugkeerreserve bij vrijval tegen belast wordt, ongeveer tweemaal zo hoog als het AB-tarief. De vraag is of dit percentage nog steeds verdedigbaar is daar de inkomstenbelasting- en AB-tarieven sindsdien sterk zijn gewijzigd.¹⁰⁸

Het vervreemdingsvoordeel wordt als volgt berekend: $VV = [W + (50\% * F)] - Z - VP$ met:

- W: waarde in het economisch verkeer (WEV) van de vermogensbestanddelen die overgaan op de terugkerende onderneming in de inkomstenbelasting.
- F: de verliezen die ingevolge artikel 14c lid 3 Wet op de VPB 1969 worden overgeheveld naar de voortzettende aandeelhouders in de inkomstenbelasting.
- Z: $[L * \text{voor heffing buiten aanmerking gelaten VPB winst}]$
 - o L: het vennootschapsbelastingtarief over de laagste tariefschijf
- VP: de verkrijgingsprijs van de aandelen. Eventueel berekend naar evenredigheid indien niet alle vermogensbestanddelen van de BV overgaan op de inkomstenbelastingonderneming. Hierbij wordt de evenredigheid berekend naar de balans naar waarde in het economisch verkeer.¹⁰⁹

Vaak ontbreekt de noodzaak tot een exacte waardebepaling van de vermogensbestanddelen. Bij het berekenen van het vervreemdingsvoordeel wordt deze waarde (W) verminderd Z (in 2023: 19% van de WEV). In berekening van de terugkeerreserve wordt vervolgens het resterende deel afgetrokken in het gedeelte tussen de ronde haakjes (in 2023: 81% van de WEV). Anders geformuleerd; het vervreemdingsvoordeel neemt 81% van de WEV van de onderneming mee, welke bij berekening van de terugkeerreserve er exact vanaf wordt getrokken.¹¹⁰

¹⁰⁷ Art. 3.54 lid 5 Wet IB 2001.

¹⁰⁸ Zwier, in: *NDFR Commentaar, deel Inkomstenbelasting*, art. 3.54a Wet IB 2001, aant. 3 (online, bijgewerkt 27 maart 2023).

¹⁰⁹ Pieterse en IJsselmuiden 2019, par. 2.5.

¹¹⁰ Pieterse en IJsselmuiden 2019, par. 2.5.

Voorbeeld 1

BV A heeft de volgende balans. Alle bedragen in duizenden euro's.

Debet		Credit	
Pand	1.000	Aandelenkapitaal	800
Kas	100	Schulden	300
Totaal	1.100	Totaal	1.100

In het pand zit een stille reserve van 500. De verkrijgingsprijs van de aandelen is 800 en de BV heeft geen compensabele verliezen.

De WEV van de onderneming bestaat uit de stille reserves in het pand (500) vermeerderd met het eigen vermogen van de BV (800) = 1300. F is nihil wegens het gebrek aan overhevelbare compensabele verliezen. Z bedraagt 19% van de niet in aanmerking genomen ontbindingswinst, hier de stille reserve in het pand van 500 = 95. De verkrijgingsprijs van de aandelen is 800.

Berekening van het vervreemdingsvoordeel: $VV = [1300 + (50\% * 0)] - 95 - 800 = 405$.

De terugkeerreserve bedraagt vervolgens: $TR = \frac{1}{2} * \left[405 - \left(\frac{100-19}{100} * 500 \right) \right] = 0$.

De terugkeerreserve is nihil. Er is geen correctie nodig omdat de vennootschapsbelasting- en AB-claim precies op elkaar aansluiten. Doorschuiving van de boekwaarden van de BV naar de inkomstenbelastingonderneming is bij BV A voldoende om de fiscale claim te behouden.

Voorbeeld 2

BV B heeft de volgende balans. Alle bedragen in duizenden euro's.

Debet		Credit	
Pand	1000	Aandelenkapitaal	800
Bank	300	Winstreserve	300
Kas	100	Schulden	300
Totaal	1400	Totaal	1400

In het pand zit een stille reserve van 500. De verkrijgingsprijs van de aandelen is 800 en de BV heeft geen compensabele verliezen.

De WEV van de onderneming bestaat uit de stille reserves in het pand (500) vermeerderd met het eigen vermogen van de BV (800 + 300) = 1600. F is nihil wegens het gebrek aan overhevelbare compensabele verliezen. Z bedraagt 19% van de niet in aanmerking genomen ontbindingswinst, hier de stille reserve in het pand van 500 = 95. De verkrijgingsprijs van de aandelen is 800.

Berekening van het vervreemdingsvoordeel: $VV = [1600 + (50\% * 0)] - 95 - 800 = 705$.

De terugkeerreserve bedraagt vervolgens $TR = \frac{1}{2} * \left[705 - \left(\frac{100-19}{100} * 500 \right) \right] = 150$.

Er is een positieve terugkeerreserve doordat de dubbelledige vennootschapsbelasting- en AB-claim niet geheel aansluit op de enkelvoudige inkomstenbelastingclaim. Dit ontstaat doordat over de winstreserves reeds vennootschapsbelasting is geheven en hier alleen nog AB-heffing over verschuldigd is. Bij terugkeer naar de inkomstenbelasting zullen de winstreserves echter tot het kapitaal van de inkomstenbelastingonderneming gaan behoren, waarop geen fiscale claim rust. Zonder correctiemechanisme verliest de wetgever dus een deel van haar dubbelledige claim.

Middels de terugkeerreserve bewerkstelligt de wetgever dat in de inkomstenbelasting nog ongeveer 50% inkomstenbelastingheffing verschuldigd is over 150. Dit acht de wetgever ruwweg gelijk aan de 25% AB-heffing die bij de aandeelhouders van de BV nog verschuldigd zou zijn over de winstreserves van de BV van 300.

Bijlage 2. Bepalen van de inbrengwaarde

De waarde van ieders gerechtigdheid in de vermogensbestanddelen van de BV moet vóór en na terugkeer gelijk blijven. Eventuele onttrekkingen van vermogensbestanddelen naar het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen verhogen de inbrengwaarde dat aan een ieder van de aandeelhouders wordt toegerekend.

Neem het volgende voorbeeld. BV Q heeft drie aandeelhouders, te weten R (70%), S (20%) en T (10%). BV Q wenst terug te keren, en heeft de volgende balans (bedragen in duizenden euro's).

Debet			Credit	
	Boekwaarde	Waarde economisch verkeer		
Pand	200	600	Passiva	400
Inventaris	100	200		
Bank	100	100		
Totaal	400	900	Totaal	400

BV Q beschikt over stille reserves in het pand (400) en de inventaris (100). De aandeelhouders ontvangen een zakelijk winstaandeel overeenkomstig ieders inbreng van kapitaal en arbeid. Overwinst en het liquidatiesaldo worden gelijk onder de aandeelhouders verdeeld. Er wordt uitgegaan van een belastingdruk van 50%, voor zowel de gecombineerde vennootschapsbelasting- en AB-heffing, alsook de box 1 heffing in de inkomstenbelasting. Het pand wordt bij terugkeer toebedeeld aan vennoot R, die het als buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen ter beschikking zal gaan stellen aan de VOF waarin de BV Q zal terugkeren.

De gerechtigdheid vóór en na terugkeer gelijk blijven, vandaar is het zaak te bepalen wat de gerechtigdheid is vóór de terugkeer. De stille reserves van de BV bedragen 500. De belastingdruk hierover is 50%, dus na belastingheffing is het totale vermogen van BV Q gelijk aan $400 + 250 = 650$. De aandeelhouders hebben respectievelijk recht op 455, 130 en 65.

Aandeelhouder R krijgt het pand toebedeeld. De waarde van het pand na belastingheffing is gelijk aan 200 (boekwaarde) + 400 (stille reserve) – $400 * 50%$ (belasting over de stille reserve) = 400 . Alle aandeelhouders zijn evenredig gerechtigd tot de stille reserve in de inventaris, aan welke na belastingheffing een waarde van 50 toegekend kan worden. Van de boekwaarden van de inventaris en bank moet nog 455 (gerechtigdheid) – 400 (pand) – $16\frac{2}{3}$ (stille reserve inventaris) = $38\frac{1}{3}$ aan R toegerekend worden. S heeft nog recht op 130 (gerechtigdheid) – $16\frac{2}{3}$ (stille reserve inventaris) = $113\frac{1}{3}$. Aan T komt nog 65 (gerechtigdheid) – $16\frac{2}{3}$ (stille reserve inventaris) = $48\frac{1}{3}$ toe.

De boekwaarden van de inventaris en de bank kunnen volgens de bovenstaande verdeling aan de voortzettende aandeelhouders worden toebedeeld. De waarde van de gerechtigdheid na belasting, maar voor de terugkeer, blijft op bovenstaande wijze gelijk aan de waarde van het aandelenbelang van de aandeelhouders. De gerechtigdheid tot de stille reserves is, als gevolg van onttrekking van het pand aan het vennootschappelijk ondernemingsvermogen, wel gewijzigd. De verdeling van de stille reserves is niet pro rata toegerekend, maar op basis van de evenredige overwinstverdeling.

Kanttekening is dat er in dit voorbeeld vanuit wordt gegaan dat de stille reserves in de overwinst zullen vallen. Dit hoeft niet altijd het geval te zijn.