

Uitgave 26, 26 juni 2003 &gt; 2003/1090

## Geen reële bedrijfsovername: financieringsrente niet aftrekbaar

Hoge Raad, 37.889, 20 juni 2003, na conclusie A-G Van Kalmthout

Belastingjaar/tijdvak 1997

Wetsartikelen Art 3c, Uittv.reg. IB

Trefwoorden bedrijfsovername, renteaftrek

### Samenvatting

Sinds 1989 beschikte belanghebbende over nominaal f 2.740.000 aan aandelen in een BV waarvoor een bedrag van f 2.075.000 is betaald en geleend. In 1992 heeft belanghebbende deze aandelen overgedragen aan een vennootschap waarin belanghebbende een aanmerkelijk belang houdt. De tegenprestatie bestond uit nominaal f 1.400.000 aandelen in deze BV en een vordering op deze vennootschap van f 1.340.000. Deze procedure betreft voornamelijk de kwestie of er in 1992 sprake was van een reële bedrijfsovername als bedoeld in art. 3c Uittv.reg. IB 1990 ten gevolge waarvan de financieringsrente aftrekbaar is tegen het progressieve tarief. De Hoge Raad oordeelt dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 3c. Er is geen sprake van koop en verder beschikte belanghebbende vóór de overdracht in 1992 al over een aanmerkelijk belang in de eerste BV. Er is derhalve geen sprake van een bedrijfsovername. Belanghebbende krijgt in zijn cassatieberoep nog gelijk met betrekking tot de vraag of rente verschuldigd over rente opgekomen in verband met een lening voor een eigen woning aftrekbaar is.

### Feiten

x

### Geschil

x

### Rechtsoverwegingen

x

### Conclusie Advocaat-Generaal

3.5. Nu sinds 1992 de banklening in het vermogen van belanghebbende tegenover de aandelen C BV staat - zoals gezegd mag dit in cassatie (deels veronderstellenderwijs) worden aangenomen - gaat het erom of de verwerving van de nominaal f 1.400.000 aandelen C BV door belanghebbende kan worden aangemerkt hetzij als de aankoop van een derde van tot een aanmerkelijk belang behorende aandelen in een vennootschap welke onmiddellijk of middellijk een onderneming drijft, als bedoeld in artikel 3c, lid 1, eerste volzin, Uittv.reg. IB 1990, hetzij als een uit de emissie van aandelen voortvloeiende verkrijging van een aanmerkelijk belang in een vennootschap die vóór die emissie reeds onmiddellijk of middellijk een onderneming dreef, als bedoeld in artikel 3c, lid 1, tweede volzin, Uittv.reg. IB 1990.

3.6. Noch het een, noch het ander is het geval. Buiten geschil is dat belanghebbende de hier bedoelde aandelen C BV niet krachtens koop heeft verkregen, maar krachtens een besluit tot uitgifte van nieuwe aandelen door de vennootschap. Omdat belanghebbende de aandelen niet op grond van koop heeft verworven, komt de eerste volzin van artikel 3c, lid 1, niet voor toepassing in aanmerking. De tweede volzin van artikel 3c, lid 1, zou in beginsel wel toepassing kunnen vinden, maar aan de vereisten van het daarin bepaalde is niet voldaan. De Staatssecretaris merkt in de toelichting op het middel terecht op, dat de processtukken geen andere conclusie toelaten dan dat belanghebbende de enige aandeelhouder van C BV was en is. Belanghebbende heeft door de uitgifte van de aandelen C BV in ruil voor de aandelen D BV niet een aanmerkelijk belang in eerstgenoemde vennootschap verkregen, hij had al een aanmerkelijk belang in C BV. Evenmin was sprake van de relatieve uitbreiding van een aanmerkelijk belang in C BV, het belang van belanghebbende was 100% en bleef 100%. Men kan dan ook bezwaarlijk betogen dat de overdracht van de aandelen D BV aan C BV, in ruil voor nieuwe aandelen C BV, heeft plaatsgevonden in het kader van een bedrijfsovername.

3.7. Dat belanghebbende middellijk gerechtigd is gebleven tot de aandelen D BV en tot de door deze vennootschap gedreven onderneming, doet aan het voorgaande niet af. Gezien de tekst en de strekking van artikel 3c Uittv.reg. IB 1990 is doorslaggevend de relatie tussen de bankschuld en de aandelen C BV.

### Commentaar (Van der Wereld)

Het (fiscale) recht is soms brokkelig en onhelder; het laat zich kennelijk pas in tweede instantie doorzien en begrijpen, althans ik vermoed dat belanghebbende dat heeft gedacht bij het lezen van de onderwerpelijke uitspraak. Inzake de aftrekbaarheid van de gefinancierde eigenwoningrente (rente-op-rente) ving hij bot bij het Hof Amsterdam terwijl de Hoge Raad hem in het gelijk stelde. Bij het andere geschilpunt, namelijk de aftrekbaarheid van de financieringsrente betreffende zijn aanmerkelijkbelangaandelen, werden de zaken juist omgekeerd; winst bij het hof en verlies bij de Hoge Raad. Opmerkelijk is dat belanghebbende de kwestie rondom de eigenwoningrente tot aan de Hoge Raad moest uitvechten. Door de staatssecretaris was namelijk in het antwoord op vraag A.15 van het besluit van 11 mei 1998, nr. DB98/1978M, BNB 1999/264 al bekendgemaakt dat gefinancierde eigenwoningrente aftrekbaar was mits de (eerste) onderliggende lening als een eigenwoninglening kwalificeerde. Onduidelijk blijft waarom belanghebbende zich bij het hof niet op dit besluit heeft beroepen. Wat

daar verder ook van zij, met ingang van 1 januari 2001 geldt voor de onderwerpelijke rentekosten, die op zichzelf beschouwd kunnen worden aangemerkt als bronrenten, een aftrekblokkade die is opgenomen in art. 3.120, vierde lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

Zonder meer interessant is de problematiek met betrekking tot de financieringsrente van de aanmerkelijkbelangaandelen. Zoals gezegd haalde belanghebbende bakzeil bij de Hoge Raad. In essentie ging het om de volgende feiten. Belanghebbende was aanmerkelijkbelanghouder in D BV waarvan de aandelen met een banklening (f 2.000.000) door hem waren gefinancierd. In 1992 is het aandelenpakket D BV door belanghebbende ingebracht in een andere door hem gehouden vennootschap (C BV). De koopprijs bestond uit aandelen C BV (nominaal f 1.400.000) alsmede een vordering op C BV van f 1.340.000. Per ultimo 1996 was de vordering geheel afgelost. In de loop van 1997 heeft belanghebbende de banklening van f 2.000.000 teruggebracht naar f 1.400.000, nadat C BV tot dit bedrag aandelenkapitaal aan hem had terugbetaald. In geschil was nu of de rente over de f 1.400.000 tegen het tabeltarief aftrekbaar was. Omdat belanghebbende de aandelen C BV niet krachtens koop van een derde maar krachtens een besluit tot uitgifte van nieuwe aandelen had verkregen, was volgens de Hoge Raad in navolging van de conclusie van Van Kalmthout zowel de eerste als de tweede volzin van art. 3c, lid 1, Uitv.reg. IB 1990 niet van toepassing. Door de uitgifte van aandelen C BV verkreeg belanghebbende in 1992 namelijk geen (nieuw) aanmerkelijk belang in C BV terwijl ook niet van een relatieve uitbreiding sprake was. Verder werd niet relevant bevonden dat belanghebbende middellijk gerechtigd bleef tot de aandelen D BV en tot de in die vennootschap gedreven onderneming. Gezien de tekst en strekking van art. 3c Uitv.reg. IB 1990 was doorslaggevend de relatie tussen de banklening ad f 1.400.000 en de aandelen C BV. In cassatie werd ervan uitgegaan dat deze lening in haar geheel moest worden toegerekend aan de aandelen C BV. Omdat in de parlementaire behandeling naar voren was gekomen dat het in principe niet de bedoeling is om een houdsterstructuur vanuit privé te financieren kreeg belanghebbende het lid op de neus en werd de financieringsrente slechts tegen 25% verrekend.

Voor het goede begrip dient hier te worden waargenomen dat belanghebbende uiteindelijk wel zo'n houdsterstructuur tot stand heeft gebracht zij het getrapt. Het bevreemdt mij dan ook dat hij met het oog op het gelijkheidsbeginsel niet ten minste een beroep heeft gedaan op het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 16 april 1998, nr. DB98/10, BNB 1998/224. In dat besluit is voor nieuwe situaties (na 1 januari 1997) en oude situaties (vóór 1 januari 1997) goedkeurend beleid gegeven om onder voorwaarden renteaftrek tegen het tabeltarief te vergelden ingeval niet de belastingplichtige zelf, maar zijn houderstervenootschap de aandelen in de werk-BV verwerft. Voor op 1 januari 1997 bestaande situaties wordt hier slechts als eis gesteld dat er geen fiscale eenheid mogelijk is tussen de houderstervenootschap en de over te nemen vennootschap. In casu zou een fiscale eenheid tussen C BV en D BV niet mogelijk zijn geweest omdat belanghebbende al in 1989 een deel van de aandelen D BV aan een derde had verkocht. Om voor de faciliteit in aanmerking te komen dient de schuld wel (fictief) in tien jaar te worden afgelost. Achtergrond daarvan is dat er binnen de houderstervenootschap geen spaarpot mag ontstaan. In de literatuur bestond en bestaat veel kritiek op het feit dat tot 1 januari 2001 de financieringsrente niet in alle gevallen tegen het tabeltarief aftrekbaar was en na 1 januari 2001 tegen het box 2-tarief moet worden verrekend. Rijkers spreekt wat de aftrek tegen het aanmerkelijkbelangtarief betreft in WFR 1996/1037 van een 'denkfoutje' omdat geen rekening wordt gehouden met de vennootschapsbelasting(voor)heffing. Ook Blokland fulmineert heftig tegen de wijze waarop de financieringsrente van aanmerkelijkbelangaandelen wettelijk is en was geregeld. Verwezen zij bijvoorbeeld naar WFR 2001/1489 waarin hij in dit verband opmerkt: 'Het is even onbegrijpelijk als onjuist dat zulks is voorgesteld door de regering en is aanvaard door het parlement.' Zeker in het licht van de zogeheten Bosal-problematiek (Conclusie A-G Alber 24 september 2002, nr. C-168/01, NTFR 2002/1416 met commentaar van Kors, alsmede HR 24 mei 2002, NTFR 2002/742 met commentaar van Ophelkens) neemt het belang van een effectieve aftrek van financieringsrente in privé toe. Het is namelijk niet uit te sluiten dat de wetgever bij onwelgevallige nieuwe jurisprudentie ook de financieringsrente van binnenlandse deelnemingen blokkeert dan wel beperkt (denk aan debt/equity-regelgeving). Alsdan zou het met name voor de directeur-aandeelhouder een uitkomst zijn om zijn financiering in privé vorm te geven, maar daarvoor dient nog wel een wetswijziging plaats te vinden. Voorlopig vindt die aftrek tegen 25% in box 2 plaats en dat is slechts een (te) schrale troost!