

Edeelhoogachtbare heren,

Namens belanghebbende stelt ondergetekende hierbij beroep in cassatie in tegen de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam gedagtekend 13 mei 2001 nummer P/92/1417 waarvan afschrift per post is bezorgd op 28 mei 2001.

Het Gerechtshof heeft daar hiervoor vermelde uitspraak gedaan op het namens belanghebbende bij dat hof ingediende beroepsschrift d.d. 2 april 1992 betreffende het geschil op de in 1992 bedongen lijfrente is aan te merken als een lijfrente welke is bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming of een gedeelte van een onderneming als bedoeld in artikel 45, lid 5, onderdeel a, onder 2°, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.

Aan het beroep in cassatie liggen de volgende cassatiemiddelen ten grondslag.

I. Schending van het Nederlandse recht, in het bijzonder van het bepaalde in artikel 45, lid 5, aanhef en onderdeel a, onder 2°, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (tekst 1992).

Artikel 45 luidt, voor zover hier van belang "Premies van lijfrenten worden alleen in aanmerking genomen indien zij zijn verschuldigd aan een in Nederland wonend natuurlijk persoon -niet zijnde de echtgenoot- danwel een in Nederland gevestigd lichaam, mits de lijfrenten zijn bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming of een gedeelte van een onderneming aan die persoon of dat lichaam, doch tot ten hoogste het bedrag van de met of bij die overdracht behaalde winst en het bedrag van de afnemingen van de oudedagsreserve ingevolge artikel 44 f, eerste lid, onderdelen b. en c. in het jaar van de overdracht".

Blijkens de wettekst worden geen voorwaarden met betrekking tot de duur van de voortzetting gesteld. Evenmin is in de wetsgeschiedenis enig aanknopingspunt te vinden voor een dergelijke eis. Ondergetekende is van mening dat, indien de wettekst geen andere lezing toestaat, de wettekst beslissend is. Het is niet mogelijk met een beroep op de bedoeling van de wetgever te bereiken dat de wettekst moet worden uitgelegd zoals de wettekst (wel bewust) nu juist niet is geformuleerd.

Gelet op de omstandigheid dat er vanaf 1996, kennelijk ten gevolge van onduidelijkheden, vragen zijn gesteld en beantwoord, het vervolgens tot ultimo 1999 duurt alvorens nadere invulling wordt gegeven aan de door de staatssecretaris bedoelde reële gevallen, en er tot op heden geen aanpassing van de wettekst heeft plaatsgevonden (ook niet in de Wet IB 2001) met betrekking tot nadere voorwaarden welke gesteld zouden moeten worden aan de voortzettingseis, dient naar oordeel van ondergetekende hetzelfde standpunt te worden ingenomen als genoemd in het arrest van de Hoge Raad op 24 januari 1996 nummer 29.954, namelijk dat de lezing van de wettekst geen andere lezing toestaat en het derhalve niet mogelijk is met een beroep op de bedoeling van de wetgever nadere voorwaarden te stellen.

Subsidiar is ondergetekende van mening dat het Hof de besluiten van de Staatssecretaris van Financien van 3 december 1999, DB99/474M, BNB 2000/99, en van 21 maart 2001, CPP2001/794M, vermeld in V-N 2001/18 3 ten onrechte als een limitatieve opsomming van "reële" gevallen aanmerkt. In laatst genoemd besluit merkt de staatssecretaris op dat het belanghebbenden vrijstaat situaties die niet overeenkomen met de opgesomde situaties voor te leggen aan de inspecteur.

Naar mening van ondergetekende kan uit het feit dat belanghebbende onderhavige situatie niet heeft voorgelegd aan de inspecteur niet worden afgeleid dat er geen sprake van een reëel geval is. Nu de situatie niet is voorgelegd aan de inspecteur, dient naar mening van ondergetekende de rechter te beoordelen of er in casu sprake is van een reëel geval.

II. Vermis van vormen, met name met betrekking tot de motivering.

- a In de pleitnota van eiser betreffende de zitting van 16 maart 2001, welke tot de gedingstukken is gerekend, wordt op bladzijde 6, onder verwijzing naar uw arrest d.d. 24 januari 1996, nummer 29954, bepleit dat er naar mening van ondergetekende geen eisen mogen worden gesteld met betrekking tot de duur van voortzetting na overdracht. Het Gerechtshof is niet op deze grief ingegaan. Op dit punt is de uitspraak niet gemotiveerd.
- b Blijkens de beoordeling van het geschil (punt 5.1 van de uitspraak) acht het Hof in elk geval aannemelijk dat vanaf 6 augustus 1991 de overdracht van het aandeel van belanghebbende in de V.O.F. aan de medevennoot werd overwogen. In de motivering van het beroepsschrift is door ondergetekende reeds aangegeven dat de overdracht aan [REDACTED] B.V. i.o. juist is ingegeven vanwege de teruglopende omzet en de verslechterende onderlinge verhoudingen en teneinde een eventuele aansprakelijkstelling in privé af te kunnen wenden. Dat in die situatie diverse opties de revue passeren om tot een oplossing te komen, en dat één van die opties overdracht van het firma-aandeel van de ene firmant aan de andere firmant vice versa is, is niet verwonderlijk. De overweging van het Hof is gebaseerd op slechts één van de opties welke werden overwogen, zonder rekening te houden met de andere opties welke de revue hebben gepasseerd. Op dit punt kan de motivering van het Hof de uitspraak dan ook niet dragen.

B

- c. In de motivering van het beroepsschrift d.d. 18 juni 1998 wordt door ondergetekende bij de opsomming van de feiten medegedeeld dat het firma-aandeel per 1 september 1992 is overgedragen aan [REDACTED] B.V. en dat het betreffende firma-aandeel op 1 december 1992 is verkocht aan de mede-firmant, [REDACTED].

B
A

Het Hof overweegt op bladzijde 6 onder de beoordeling van het geschil (punt 5.1, 3^e en 4^e volzin). "Voorts acht het Hof op grond van die stukken en met name de onder 2.3 aangehaalde brief van [REDACTED] aan [REDACTED] aannemelijk dat in elk geval vanaf 15 oktober 1992 zeker of vrijwel zeker was dat de bedoelde overdracht zou plaatsvinden. Gelet hierop en op de zeer korte tijdsduur tussen inbreng in [REDACTED] B.V. en overdracht aan [REDACTED] -twee dagen- acht het Hof belanghebbende er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat die overdracht niet reeds vóór de inbreng in [REDACTED] B.V. was overeengekomen".

F, G
B, A
B

Het Hof miskent hier het feit dat het firma-aandeel reeds per 1 september 1992 is overgedragen. Met de vaststelling dat in elk geval vanaf 15 oktober 1992 zeker of vrijwel zeker was dat de bedoelde overdracht plaats zou vinden heeft het Hof feitelijk bevestigd, conform het door ondergetekende gestelde in de pleitnota voor de zitting van 16 maart 2001 (bladzijde 6, 1^e volzin 1^e alinea) dat het voornemen tot de overdracht aan de medevennoot pas na datum overdracht onderneming aan [REDACTED] E.V. is ontstaan. Op dit punt is de motivering feitelijk onjuist en kan de uitspraak niet dragen.

B

Het Hof overweegt dat de tijdsduur tussen inbreng in [REDACTED] B.V. en overdracht aan [REDACTED] slechts twee dagen was. Het Hof miskent hier de feitelijke periode van 3 maanden gedurende welke de onderneming voor rekening en risico van [REDACTED] B.V. is gedreven (te weten de periode 1 september 1992 tot 1 december 1992) zoals reeds eerder in de motivering aan feiten was aangedragen en het feit dat tussen datum inbreng en datum waarop zeker of vrijwel zeker was dat overdracht plaats zou vinden tenminste 1,5 maand is gelegen. De motivering van het Hof is op dit punt feitelijk onjuist en kan de uitspraak niet dragen.

B, A
B

- d. Op bladzijde 7, 1^e alinea, voorlaatste zin, overweegt het Hof dat de staatssecretaris van mening is dat in een geval als onderhavige geen sprake is van een rees geval. Ook in zoverre is het gelijk aan de inspecteur.

Het Hof miskent naar mening van ondergetekende het feit dat in het door de staatssecretaris bedoelde geval sprake is van een overdracht ter zake waarvan op het moment van inbreng reeds vast stond dat de onderneming aan een derde wordt overgedragen.

Als onder punt c hierboven reeds medegedeeld -en door het Hof vastgesteld- is het voornemen tot overdracht aan een derde door [REDACTED] B.V. pas op of na 15 oktober (derhalve pas na datum inbreng in de eigen vennootschap) komen vast te staan.

B

De opvatting dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet van 12 december 1991, Stb. 697 afgeleid dient te worden dat het bepaalde in artikel 45, lid 5, aanhef en onderdeel a, sub 2, van de wet aldus moet worden opgevat dat deze bepaling weliswaar niet uitdrukkelijk de eis bevat dat de overgedragen onderneming door de verzekeraar moet worden voortgezet, maar dat gelet op het uitgangspunt dat aan de Brede Herwaardering ten grondslag ligt, een overdracht van (een gedeelte van) een onderneming aan een ander lichaam onmiddellijk gevolgd door een tevoren overeengekomen overdracht daarvan aan een derde niet kan worden gelijkgesteld met de overdracht van een onderneming aan dat lichaam, als bedoeld in die bepaling, is in onderhavige procedure, gezien het feit dat pas na datum overdracht van de onderneming tot overdracht aan een derde is besloten, derhalve niet van toepassing. Ook is na datum overdracht aan een derde geen 'eigen' stamrecht-BV overgebleven. Tot op de datum van vandaag oefent [REDACTED] B.V. het horecabedrijf uit.

B

De motivering van het Hof is op dit punt feitelijk onjuist en kan de uitspraak niet dragen.

Conclusie

Op grond van het voorgaande moge ondergetekende u in overweging geven, de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam, waarvan beroep in cassatie, te vernietigen en te beslissen dat de in geding zijnde lijfrente is bedongen als tegenprestatie voor de overdracht van een onderneming.

Tevens verzoeken wij u gedaagde te veroordelen in de kosten van deze procedure.