

Waardering kapitaalverzekeringsrechten bij eigen BV waarvoor geen markt bestaat (ROW)

LJN: BX4024, Hoge Raad , 11/03377

Datum uitspraak:
21-12-2012

Datum publicatie:
21-12-2012

Rechtsgebied:
Belasting

Soort procedure:
Cassatie

Inhoudsindicatie overgenomen uit arrest Hoge Raad (<http://www.fiscaalleven.eu/jur20121221arresthr11-03377.pdf>):
Inkomstenbelasting. Hoofdstuk 2, artikel I, onderdeel AJ, lid 1, Invoeringswet Wet IB 2001. Begrip 'waarde in het economische verkeer' in dit artikellid. Overgang van met eigen BV gesloten kapitaalverzekeringen per 1 januari 2001 van privé naar werkzaamheidsvermogen.

Conclusie

Nr. 11/03377

Nr. Gerechtshof: 09/00588 (<http://www.fiscaalleven.eu/jur20110616hofAdamBK09-00588.pdf>)

Nr. Rechtbank: 08/5592 (niet gepubliceerd)

PROCUREUR-GENERAAL BIJ DE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

MR. P.J. WATTEL

ADVOCAAT-GENERAAL

Derde Kamer A

Inkomstenbelasting 2001

Conclusie van 26 juni 2012 inzake:

X

tegen

Staatssecretaris van Financiën

1. Overzicht

1.1 De belanghebbende houdt (middellijk) aanmerkelijke belangen in twee B.V.'s. Bij beide B.V.'s heeft hij diverse kapitaalverzekeringen afgesloten. De belanghebbende heeft vóór 1 januari 2001 premies betaald voor deze kapitaalverzekeringen. In die premies was een kostenopslag ad 5% van de netto premie begrepen.

1.2 In verband met de invoering van de Wet IB 2001 heeft de belanghebbende de kapitaalverzekeringen per 1 januari 2001 op de openingsbalans van zijn werkzaamheidsvermogen vermeld voor een waarde in het economisch verkeer (WEV) die bestaat uit de som van de reservewaarde van de kapitaalverzekeringen en de opslag. Op 15 januari 2001 heeft hij twee kapitaalverzekeringen doen afkopen. De afkoopwaarde bedroeg 98% van de reservewaarde van die twee verzekeringen.

1.3 De belanghebbende heeft bij aangifte inkomstenbelasting 2001 de genoemde opslag en het genoemde verschil tussen reservewaarde en afkoopwaarde ten laste van zijn belastbaar inkomen uit werk en woning

gebracht. De Inspecteur heeft deze posten gecorrigeerd. De Rechtbank Haarlem heeft belanghebbendes daartegen gerichte beroep ongegrond verklaard. In hoger beroep oordeelde Hof Amsterdam dat een deel van de vóór 2001 betaalde kosten geactiveerd en afgeschreven kan worden.

1.4 Op grond van Onderdeel AJ(1) van de Invoeringswet IB 2001 moet een kapitaalverzekering bij de 'eigen' vennootschap op de openingsbalans van het werkzaamheidsvermogen worden gewaardeerd op de WEV. De belanghebbende betoogt primair dat voor bepaling van die WEV moet worden uitgegaan van de waarde van per 1 januari 2001 nieuw af te sluiten kapitaalverzekeringen die dezelfde rechten en plichten belichamen als de bestaande polissen ('nagebootste sluiting'; 'nieuwbouwwaarde'; activering van de volledige opslag). Subsidiair betoogt hij dat, indien bij bepaling van de WEV moet worden uitgegaan van de overname van de bestaande kapitaalverzekeringen door een derde ('nagebootste verwerving'), naast een deel van de in het verleden gemaakte kosten ook (fictieve) verwervingskosten in aanmerking moeten worden genomen. Het Hof is volgens de belanghebbende ongemotiveerd voorbijgegaan aan dat laatste betoog.

1.5 Ik zie in de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie geen aanleiding of aanwijzing om van een 'nieuwbouwwaarde' uit te gaan; integendeel. Het gaat bij de bepaling van de WEV in beginsel om hetgeen een derde voor het ingebrachte, ongewijzigd voortbestaande vermogensbestanddeel zou geven. Op 1 januari 2001 heeft slechts een wetwijziging plaatsgevonden die bewerkstelligde dat vanaf dat moment de WEV van de ongewijzigd doorlopende polissen onderdeel werd van belanghebbendes tbs-vermogen. Ook vóór 2001 had dezelfde persoon (de belanghebbende) aanspraak op dezelfde kapitaalverzekeringen, zij het dat de fiscale afwikkeling ervan toen plaatsvond onder art. 24 Wet IB 1964. Voorts lijkt een nieuwe polis per 1 januari 2001 qua overlijdensrisico, rendement en eerste kosten ook niet hetzelfde als een reeds lang op hetzelfde leven lopende bestaande polis waarop in het verleden al premies betaald zijn en rendement is behaald. Het Hof is daarom op dit punt niet van een onjuiste maatstaf uitgegaan. Belanghebbendes primaire stelling faalt daarom mijns inziens.

1.6 Op belanghebbendes subsidiaire stelling is het Hof niet zichtbaar ingegaan, zodat de in het middel besloten liggende motiveringsklacht op zichzelf gegrond lijkt, maar dat leidt mijns inziens niet tot vernietiging. Tegen het uitgaan van fictieve verkoop van de polissen aan een derde bestaat het bezwaar dat er voor polissen zoals die van de belanghebbende geen reële markt is, zodat die methode minder garantie voor realistische waardering inhoudt dan waardering op de wél realistische reservewaarde of afkoopwaarde plus vooruitbetaalde kosten. Ook op dit punt heeft het Hof mijns inziens geen verkeerde maatstaf aangelegd en kon hij zonder motiveringsgebrek tot de waardering komen waartoe hij kwam. Ook als dit anders zou zijn, kon het Hof voorbijgaan aan de subsidiaire stelling, nu de belanghebbende de door hem slechts in algemene termen gestelde fictieve verkoopkosten niet geconcretiseerd, gespecificeerd of gekwantificeerd heeft, hoewel dat op zijn weg lag. Evenmin heeft hij het daadwerkelijk optreden van dergelijke kosten aannemelijk gemaakt, met name niet met zijn stelling dat er geen markt is.

1.7 Ik concludeer tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie.

2. De feiten

2.1 X (de belanghebbende) houdt (middellijk) aanmerkelijke belangen in A Beheer B.V. en B Holding B.V. Hij heeft vóór 1 januari 2001 bij beide vennootschappen diverse kapitalen verzekerd op zijn leven.(1)

2.2 De belanghebbende heeft vóór 1 januari 2001 premies betaald op deze polissen.(2) In de premies was een opslag ad 5% van de netto premie begrepen voor de kosten van uitvoering van de overeenkomsten. De totale reservewaarde van de gezamenlijke kapitaalverzekeringen bedroeg op 1 januari 2001 € 636.440. Hoewel het dossier er geen uitsluitel over biedt, bedoelen de partijen en de feitenrechters met 'reservewaarde' kennelijk de waarde van de gezamenlijke spaarpremies plus het daarop gerealiseerde rendement.

2.3 De belanghebbende heeft in verband met de invoering van de Wet IB 2001 per 1 januari 2001 op grond van art. I, Onderdeel AJ van de Invoeringswet Wet IB 2001 (Invoeringswet) de kapitaalverzekeringen op een openingsbalans voor zijn resultaat uit overige werkzaamheden (row) opgenomen voor een WEV

gebaseerd op de totale reservewaarde van de verzekeringen (€ 636.440) met een kostenopslag ad 5% (of € 31.822), in totaal dus voor € 668.262.

2.4 De belanghebbende heeft op 15 januari 2001 twee van de kapitaalverzekeringen doen afkopen voor € 90.661; dat is 98% van de reservewaarde van die twee verzekeringen.

2.5 De Inspecteur⁽³⁾ heeft de WEV van de niet-afgekochte kapitaalverzekeringen op 1 januari 2001 vastgesteld op 100% van hun reservewaarde zonder kostenopslag en die van de twee afgekochte kapitaalverzekeringen op de afkoopwaarde (98% van de reservewaarde).⁽⁴⁾ Het totaal van de WEV van de kapitaalverzekeringen per 1 januari 2001 beliep aldus volgens de Inspecteur € 634.589 (€ 636.440 -/- €935 -/- € 916).

2.6 De belanghebbende heeft de vóór 2001 betaalde kostenopslagen (€ 31.822) en het verschil tussen de reservewaarde en de afkoopwaarde van de twee afgekochte polissen (€ 1.851) ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden gebracht.⁽⁵⁾

2.7 De Inspecteur heeft in afwijking van de aangifte⁽⁶⁾ een definitieve aanslag opgelegd, waartegen de belanghebbende bezwaar heeft gemaakt. De Inspecteur is daaraan bij uitspraak op bezwaar deels tegemoetgekomen en heeft het belastbaar inkomen uit werk en woning nader vastgesteld op € 41.019, waarbij hij ter zake van de kapitaalverzekeringen echter heeft vastgehouden aan de volgende inkomenscorrecties:

"Correctie afwaardering 5%-kostenopslag € 31.822
Correctie afkoopverschil polis 88001 € 935
Correctie afkoopverschil polis UAP € 916"

De totale correctie ter zake van de kapitaalverzekeringen bedroeg aldus € 33.673.

3. Het geding in feitelijke instanties

3.1 Niet in geschil was dat het hebben van rechten uit een kapitaalverzekering in casu kan worden aangemerkt als een werkzaamheid in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 en dat een resultaat daaruit ingevolge art. 3.90 Wet IB 2001 behoort tot het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden. Ik maak uit het dossier op dat in eerste aanleg aanvankelijk in geschil was primair de vraag of de genoemde 5% kostenopslag ad € 31.822 als onderdeel van de WEV van de polissen geactiveerd kon worden in het werkzaamheidsvermogen en zo ja, of die opslagactivering dan vervolgens in 2001 in één keer ten laste van het resultaat uit werkzaamheid zou kunnen worden gebracht, dan wel over de resterende looptijd van de polissen afgeschreven zou moeten worden. Ter zitting van de Rechtbank zijn de partijen het echter kennelijk alsnog eens geworden dat als enige kostenopslag onderdeel uitmaakt van de te activeren waarde van de polissen, die opslag vervolgens niet in 2001 expensed kan worden, maar afgeschreven ('getemporeerd') moet worden over de resterende looptijd.⁽⁷⁾

3.2 De Rechtbank Haarlem⁽⁸⁾ (de Rechtbank) heeft het geschil als volgt omschreven:

"3.1. Ter zitting heeft eiser [de belanghebbende; PJW] zich op het standpunt gesteld dat de correcties met betrekking tot de op 15 januari 2001 afgekochte kapitaalverzekeringen niet langer in geschil zijn en dat hij voorts kan instemmen met het subsidiaire standpunt van verweerder [de Inspecteur; PJW] met betrekking tot de temporisering van de afwaardering van de kostenopslag. Tussen partijen is dan uitsluitend nog in geschil of de afwaardering van de kostenopslag in 2001 tot een bedrag van € 6.325⁽⁹⁾ in mindering kan worden gebracht op het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden."

Het geschil betrof aldus nog slechts de vraag of en zo ja, tot welk bedrag de vóór 2001 betaalde opslagen op 1 januari 2001 als onderdeel van de WEV van de polissen in het werkzaamheidsvermogen moesten worden opgenomen. De Rechtbank heeft de partijstandpunten dienaangaande als volgt samengevat:

"4.5. Eiser heeft zich op het standpunt gesteld dat voor de waarde van de kapitaalverzekeringen op de openingsbalans dient te worden uitgegaan van het bedrag dat is opgeofferd of had moeten worden opgeofferd voor de verkrijging van het activum krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijke weg is bepaald, welk bedrag veelal zal overeenstemmen met de bedrijfswaarde. Eiser heeft ter ondersteuning van zijn standpunt in het bijzonder verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 11 december 1985, nr. 23 159, BNB 1987/187, waarin de bedrijfswaarde wordt gesteld op de marktwaarde

verhoogd met overdrachtskosten. De reservewaarde van onderhavige kapitaalverzekeringen dient naar de mening van eiser ter bepaling van de waarde in het economische verkeer op de openingsbalans van de werkzaamheid aldus te worden verhoogd met 5% kostenopslag.

4.6. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat voor de waarde in het economische verkeer moet worden aangesloten bij de prijs die bij aanbidding ten verkoop op de voor deze kapitaalverzekeringen meest geschikte wijze na de beste voorbereiding van de meestbiedende gegadigde zou zijn verkregen. Bij de bepaling van die waarde speelt de kostenopslag geen rol."

3.3 De Rechtbank heeft daaromtrent als volgt geoordeeld:

"4.7. Het staat vast dat genoemde kosten zijn betaald bij de verwerving van de kapitaalverzekeringen in privé maar toen de kapitaalverzekeringen per 1 januari 2001 gerekend moesten worden tot het vermogen van werkzaamheid, feitelijk niet zijn gemaakt.

4.8. Het door eiser aangehaalde arrest uit BNB 1987/187 betrof de waardering van een door een ondernemer aangeschafte onroerende zaak die als gevolg van dalende marktprijzen diende te worden gewaardeerd op de kostprijs of de lagere bedrijfswaarde. Waardering op de lagere bedrijfswaarde, waarbij bovenop de marktwaarde de door de ondernemer betaalde overdrachtskosten dienden te worden geactiveerd achtte de Hoge Raad onder die omstandigheden in overeenstemming met goed koopmansgebruik. In het onderhavige geval echter dient bij de waardebepaling van de kapitaalverzekering op de openingsbalans geen rekening te worden gehouden met de kostenopslag. Nog daargelaten dat niet kan worden vastgesteld dat en in welke mate de door eiser opgevoerde en door een verzekeraar onder de noemer 'kosten' in rekening gebrachte bedragen deel zullen uitmaken van het op te offeren bedrag bij de teboekstelling van de kapitaalverzekeringen op de balans van de werkzaamheid, is tussen partijen niet in geschil dat de kosten toen feitelijk niet zijn gemaakt. Reeds op die grond kunnen de (fictieve) kosten niet op de openingsbalans worden geactiveerd.

4.9. Voor zover eiser zich nog op het standpunt heeft gesteld dat de waarde van de kapitaalverzekeringen dient te worden verhoogd met de kostenopslag omdat een koper bij verwerving van de verzekering bereid zal zijn een dergelijk bedrag te betalen kan de rechtbank eiser in dat standpunt niet volgen. Eiser heeft tegenover de gemotiveerde betwisting door verweerder niet aannemelijk gemaakt dat een koper onder alle omstandigheden bereid zal zijn de kosten die de verkoper ter zake van de aankoop aan de verzekeraar verschuldigd was en heeft betaald in de koopprijs van de reeds bestaande verzekeringsovereenkomst te vergoeden. Voor de koper zal dat immers niet leiden tot een hogere waarde van de te verwerven verzekering."

3.4 De Rechtbank heeft belanghebbendes beroep daarom ongegrond verklaard.

3.5 Op het hogere beroep van de belanghebbende omschreef het Hof Amsterdam(10) (het Hof) het geschil als volgt:

"In hoger beroep is - evenals dat voor de rechtbank het geval was - nog uitsluitend in geschil of ter zake van de kostenopslag die vóór 2001 bij verwerving van de kapitaalverzekeringen door belanghebbende is betaald in 2001 een bedrag in mindering kan worden gebracht op het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (hierna: row) en - zo ja - welk bedrag daarvoor in aanmerking kan worden genomen."

3.6 De belanghebbende heeft in hoger beroep gesteld dat bij de overgang van zijn kapitaalverzekeringen van het oude art. 24 Wet IB 1964-regime naar het nieuwe regime voor belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden per 1 januari 2001 moet worden uitgegaan van een "nagebootste sluiting" van de op 1 januari 2001 lopende kapitaalverzekeringen op die datum alsof het om nieuwe en niet om reeds lopende verzekeringen zou gaan. De Inspecteur achtte het uitgaan van "fictieve nieuwe verzekeringen" geen correcte vergelijkingsmaatstaf voor de bepaling van de WEV van de per 1 januari 2001 lopende kapitaalverzekeringen. Volgens hem gaat het om het bedrag dat zou worden betaald door een derde die de verzekeringen op 1 januari 2001 overneemt. Daarbij speelt een kostenopslag zoals die bij afsluiting van nieuwe verzekeringen wordt berekend zijns inziens geen rol meer. Bij pleitnota in hoger beroep betoogde de belanghebbende:

"In geval het hof van opvatting is dat een verwerving van de bestaande polis op de 2e handsmarkt maatgevend is, zoals door de inspecteur bepleit, dan meen ik dat ook in dat geval (fictieve) bijkomende verwervingskosten in aanmerking moeten worden genomen (bemiddeling, juridische kosten in zake de polisoverdracht). Wellicht dat ook voor dat geval overeenstemming mogelijk is met de inspecteur over de hoogte van die kosten en de betekenis voor het inkomen"

De belanghebbende heeft de omvang van die door hem gestelde "(fictieve) bijkomende kosten" niet geconcretiseerd.

3.7 Volgens het Hof (r.o. 4.3.1) stond vast dat ter zake van de kapitaalverzekeringen vóór 1 januari 2001 premie is betaald en dat in die premies een opslag was begrepen voor kosten van uitvoering van de verzekeringsovereenkomst. Vervolgens overwoog hij, in overeenstemming met zijn voorlopige oordeel van 11 mei 2011 (zie 3.8 hieronder):

"4.3.2. Nu het gaat om de waardebepaling op de voet van artikel AJ Invoeringswet Wet Inkomstenbelasting 2001 van bestaande (lopende) kapitaalverzekeringen is er geen grond voor het (fictief) in aanmerking nemen van kosten die verschuldigd zouden zijn, indien op 1 januari 2001 overigens vergelijkbare nieuwe kapitaalverzekeringen zouden worden overeengekomen. Het Hof verwerpt derhalve de stelling van belanghebbende dat zou moeten worden uitgegaan van een 'nagebootste sluiting'.

4.3.3. Het Hof acht het niettemin mogelijk om voor een deel per 1 januari 2001 rekening te houden met de 'oude' (vóór 2001 voldane) kosten. Het betreft hier immers kosten die gedeeltelijk hun nut afwerpen in de periode dat de kapitaalverzekeringen na 1 januari 2001 nog niet zijn afgekocht of (anderszins) tot uitkering zijn gekomen. In die zin is sprake van (indertijd) vooruitbetaalde kosten. Naar het oordeel van het Hof zouden zakelijk handelende partijen bij de overgang van (de rechten voortvloeiende uit) de kapitaalverzekeringen van de één op de ander een vergoeding overeenkomen voor die kosten, indien en voorzover deze kosten zijn toe te rekenen aan de periode dat de kapitaalverzekeringen na 1 januari 2001 nog niet zijn afgekocht of (anderszins) tot uitkering zijn gekomen. In zoverre dienen de kosten per 1 januari 2001 bij de waardering van de kapitaalverzekeringen mede in aanmerking te worden genomen en kan het aan het jaar 2001 toe te rekenen gedeelte van die kosten ten laste van de winst over 2001 worden gebracht."

3.8 Bij het genoemde voorlopig oordeel heeft het Hof de partijen verzocht met inachtneming van dat voorlopige oordeel in onderling overleg te bepalen welk deel van de vóór 2001 betaalde opslagen aan 2001 is toe te rekenen en dus ten laste van het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden(11) over dat jaar kan komen. Bij brief van 18 mei 2011 heeft de Inspecteur met instemming van de belanghebbende de volgende door beide partijen ondertekende verklaring aan het Hof toegezonden:

"Voor het geval het Gerechtshof (...) oordeelt dat de in het verleden in betaalde premies begrepen kostenopslagen voor een gedeelte nog van invloed (...) [zijn] op de waarde in het economische verkeer (WEV) van de rechten uit de (...) kapitaalverzekeringen per 1 januari 2001, zijn ondergetekenden het erover eens dat de kostencomponent in de WEV in dat geval kan worden gesteld op € 12.750.(12) Partijen zijn het er voor dat geval ook over eens dat dit bedrag in vijftien jaar op lineaire wijze ten laste van het inkomen uit werk en woning wordt afgeschreven. De jaarlijkse afschrijving bedraagt aldus € 850 (...). Het inkomen uit werk en woning bedraagt in dat geval [€ 41.019 -/- €850 =] € 40.169."

3.9 Het Hof heeft op grond van deze verklaring als volgt geoordeeld:

"4.3.4. Desgevraagd hebben partijen (...) te kennen gegeven dat aldus een bedrag groot € 850 ten laste van het belastbaar inkomen over 2001 kan worden gebracht. Het Hof zal partijen hierin volgen."

3.10 Het Hof heeft het beroep en hoger beroep gegrond verklaard, de uitspraken van de Inspecteur en de Rechtbank vernietigd en de aanslag verminderd op basis van een belastbaar inkomen uit werk en woning ad € 40.169.

4. Het geschil in cassatie

4.1 De belanghebbende heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris van Financiën (de Staatssecretaris) heeft zich verweerd. De belanghebbende heeft gerepliceerd. De Staatssecretaris heeft afgezien van dupliek.

4.2 De belanghebbende draagt één middel voor: schending van het recht, in het bijzonder - zo begrijp ik - van art. 3.95 Wet IB 2001. Ter toelichting betoogt hij dat het Hof ten onrechte is uitgegaan van verkrijging van de kapitaalverzekeringen door een derde, nu koop van deze bij een 'eigen' BV lopende kapitaalverzekering door een derde niet goed denkbaar is. Mocht dat uitgangspunt wel juist zijn, dan heeft het Hof volgens de belanghebbende weliswaar terecht geoordeeld dat bij de fictieve verkrijging rekening moet worden gehouden met eerder voldane poliskosten voor zover die in de toekomst nog nut zullen afwerpen, maar heeft hij ten onrechte de bijkomende kosten buiten beschouwing gelaten die door de derde

zouden moeten worden gemaakt, nl. (i) de provisie verschuldigd aan de bemiddelaar voor het bij elkaar brengen van de partijen, (ii) de kosten van een actuaaris om de waarde van de polissen te bepalen, (iii) de kosten van een verzekeringsadviseur om het deel van de oorspronkelijke kosten te bepalen dat in de toekomst nog nut af zal werpen en (iv) de kosten van juridische bijstand voor een rechtsgeldige overdracht van de rechten uit de kapitaalverzekering. Deze kosten spelen geen afzonderlijke rol bij het aangaan van een nieuwe verzekeringsovereenkomst omdat zij alsdan zijn begrepen in de op de verzekeringnemer drukkende kostenopslag van 5%. De belanghebbende meent daarom dat het belastbaar inkomen uit werk en woning moet worden vastgesteld op: € 41.019 -/- €6.325 (zie voetnoot 9) = € 34.694.

4.3 De Staatssecretaris betoogt bij verweer dat het Hof heeft kunnen en mogen oordelen dat voor de bepaling van de WEV van de polissen niet wordt vergeleken met de prijs van sluiting van nieuwe verzekeringsovereenkomsten, nu dat niet belanghebbendes situatie is. Voorts heeft het Hof op grond van de hem toekomende keuze en waardering van de bewijsmiddelen tot het niet onbegrijpelijke oordeel kunnen komen dat ook voor degene die een polis overneemt aan de kostenopslagen een waarde kan worden toegekend voor zover die kostenopslagen onderdeel uitmaakten van de vóór 1 januari 2001 betaalde premies en betrekking hebben op de periode na 1 januari 2001. Hoe dichter de overnamedatum ligt bij de expiratedatum van de verzekeringsovereenkomst, hoe minder een koper bereid zal zijn te betalen boven de reservewaarde. Tot slot heeft het Hof zijns inziens voorbij kunnen gaan aan de door belanghebbende gestelde transactiekosten bij polisovername door een derde, nu van zulke kosten bij een overname als die waarvan het Hof uitging normaal gesproken geen sprake zal zijn. In zoverre is de waarde van een verzekeringspolis niet te vergelijken met de waarde van een onroerende zaak, aan de koop waarvan zonder meer verplichte koperskosten zijn verbonden, zodat de belanghebbende zich ten onrechte op het arrest HR BNB 1987/187 beroept.

4.4 De belanghebbende acht bij repliek het standpunt van de Staatssecretaris en van het Hof dat het belopen van de in 4.2 genoemde transactiekosten niet aannemelijk is, van realiteitszin ontbloomt. Overdracht van een verzekeringspolis geschiedt bij akte, hetgeen ingevolge art. 3:94 BW zonder meer kosten met zich brengt.

5. De wetsgeschiedenis en enige beleidsregels

5.1 Onderdeel AJ(1) van de Invoeringswet Wet IB 2001 luidt:

"Voorzover vermogensbestanddelen op grond van artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001 bij het begin van het kalenderjaar 2001 tot een werkzaamheid worden gerekend, worden deze bij het begin van het kalenderjaar 2001 te boek gesteld voor de waarde in het economische verkeer op dat tijdstip."

5.2 De Minister van Financiën (de Minister) en de Staatssecretaris lichtten dit Onderdeel AJ als volgt toe in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Invoeringswet:(13)

"Onderdeel AJ regelt het overgangsrecht ter zake van overige vermogensbestanddelen die door de bepalingen van de Wet inkomstenbelasting 2001 tot een aanmerkelijk belang gaan behoren. Het betreft vermogensbestanddelen zoals panden of andere - bijvoorbeeld immateriële - activa die tot het vermogen van de aanmerkelijkbelanghouder behoren maar - al dan niet tegen betaling van een vergoeding - ter beschikking staan aan de vennootschap. Onder het regime van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 werden de inkomsten uit deze goederen in beginsel belast volgens de bepalingen van artikel 24 en volgende van die wet (inkomsten uit vermogen). In de Wet inkomstenbelasting 2001 behoren dergelijke vermogensbestanddelen tot het aanmerkelijk belang. Het inkomen wordt bepaald volgens de regels van het regime voor overige werkzaamheden."

Over het eerste lid van Onderdeel AJ merken zij op dezelfde pagina op:

"Op grond van het eerste lid worden de bezittingen en daarmee samenhangende schulden voor de beginbalans van de werkzaamheid gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer. Hiermee wordt aangesloten bij de waardering van activa en passiva bij inbreng in een onderneming. Tot de in het eerste lid bedoelde vermogensbestanddelen behoren tevens rechten uit hoofde van zogenoemde kapitaalverzekeringen die een aanmerkelijkbelanghouder jegens die vennootschap heeft."

5.3 De Nota naar aanleiding van het Verslag bij het wetsvoorstel Wet IB 2001 vermeldt over de wijze van bepalen van belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (het latere art. 3.95 Wet IB 2001):(14)

"(...) het resultaat ter zake van de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen [wordt] bepaald als ware die terbeschikkingstelling een onderneming. Daardoor worden zowel bij de vennootschap als bij de aanmerkelijkbelanghouder de lasten en de baten bepaald aan de hand van het winstregime. Dit brengt met zich dat de waarde van het gebruik van de vermogensbestanddelen bij de vennootschap ten laste van het resultaat kan worden gebracht en datzelfde bedrag bij de aanmerkelijkbelanghouder wordt belast. Daarmee is een coherent systeem ontstaan dat een voortzetting vormt van de systematiek die ook in artikel 24, vierde lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 bestond."

De fracties van VVD en CDA vroegen waaruit de terbeschikkingstelling bestaat bij een belastingplichtige die bij zijn 'eigen' vennootschap een kapitaalverzekering heeft gesloten. De bewindslieden antwoordden daarop te aangeduider plaatse:

"Bij een kapitaalverzekering of een saldolijfrente bestaat de terbeschikkingstelling (...) uit het storten van de premies respectievelijk een koopsom. Deze geldstromen hebben (...) sterk het karakter van het ter beschikking stellen van vreemd vermogen."

5.4 De Staatssecretaris heeft bij Besluit(15) richtlijnen gegeven voor de fiscale behandeling van levensverzekeringen bij de 'eigen' vennootschap. Over de beoordeling van het realiteitsgehalte van een met de 'eigen' vennootschap overeengekomen levensverzekering merkt hij op (onderdeel 5f):

"f. Actuariële rekenmethoden

Eén van de essentiële elementen van een kapitaalverzekering is dat in het algemeen de berekening van de verzekerde elementen plaatsvindt aan de hand van actuariële maatstaven en methoden. Voor zover deze ook door een professionele verzekeraar worden gehanteerd, behoren deze ook bij de kapitaalverzekering met de BV te worden gehanteerd. Aan dit aspect wordt in ieder geval voldaan indien de verzekerde uitkeringen en de verschuldigde premies zijn gebaseerd op dan wel overeenstemmen met offertes uitgebracht door professionele verzekeraars. De kosten- en winstopslag van de verzekeraar zijn in een dergelijke offerte begrepen. Ik ga ervan uit dat de BV eveneens een kosten- en winstopslag zou hanteren indien deze als verzekeraar optreedt voor een onafhankelijke derde. Voor de overeenkomst met de digra geldt wat betreft de winstopslag naar mijn oordeel hetzelfde; een lagere kostenopslag dan bij professionele verzekeraars gebruikelijk is, kan aan de orde zijn indien de BV daadwerkelijk tot dat lagere niveau kosten maakt."

5.5 Met het oog op de uitvoering van het Besluit en voor de behandeling van bepaalde individuele gevallen heeft de Belastingdienst de Werkgroep Kapitaalverzekering met de eigen BV ingesteld. De werkzaamheden van die werkgroep hebben de Staatssecretaris aanleiding gegeven om de standpunten van de fiscus voor de praktijk te verduidelijken in een vraag- en antwoordbesluit dat onder meer het volgende inhoudt:(16)

"G. Winstbepaling vennootschap

G. Vraag:

De brutopremie kan worden gesplitst in een risicodeel, een spaardeel en kosten- en winstopslag. In hoeverre dienen het risicodeel en de kosten- en winstopslag in de resultatenrekening te worden opgenomen?

Antwoord:

Goed koopmansgebruik brengt mee dat het risicodeel in de premie na ommekomst van de periode waarvoor dat gedeelte van de premie is voldaan zonder dat het verzekerde risico zich heeft voorgedaan, vrijvalt in het resultaat. De risicopremie die de verzekeraar aan de voorziening onttrekt in geval er geen premie meer wordt betaald, valt overeenkomstig het bovenstaande aan het eind van de periode waarvoor de premie is bedoeld in het resultaat. De mate waarin rekening moet worden gehouden met de kosten- en winstopslag is afhankelijk van de gekozen financieringsvorm. Bij een kapitaalverzekering met de eigen BV komen de administratieve lasten doorgaans min of meer gelijkmatig gedurende de looptijd van de verzekering op. Over het algemeen genomen wordt daarom geen passiefpost gevormd voor de kosten. Dit kan anders zijn indien de premieperiode korter is dan de duur van de verzekering. (...) de verplichtingen voortvloeiende uit de kapitaalverzekering [dienen] jaarlijks actuariel te worden gewaardeerd. Gedurende de opbouwperiode moeten voldoende middelen gepassiveerd worden om aan de toekomstige verzekeringsverplichting te kunnen voldoen. Indien het resultaat jaarlijks wordt bepaald op basis van het verschil van de ontvangen bruto premie en de toename van de opeenvolgende passiveringen, worden het risicodeel respectievelijk de kosten- en winstopslag 'automatisch' in het resultaat meegenomen."

5.6 In een Besluit over de heffing van successierecht over overlijdensuitkeringen ter zake van onder meer op één leven gesloten gemengde verzekeringen(17) schrijft de Staatssecretaris het volgende over de begrippen 'waarde in het economische verkeer' en 'reservewaarde':(18)

"§ 5.5 Waarde in het economische verkeer

De waarde in het economische verkeer van een lopende polis zal, voor zover het een overlijdensverzekering(19) betreft, doorgaans gesteld kunnen worden op de reservewaarde van die overlijdensverzekering. Deze kan bepaald worden op de contante waarde (koopsom) van het verschil in premie van de oorspronkelijke verzekering en de premie die in dat geval voor een nieuwe verzekering met hetzelfde kapitaal bij overlijden met eenzelfde resterende looptijd verschuldigd zou zijn.

Bij de vaststelling van de waarde zal in ieder geval rekening moeten worden gehouden met alle feiten en omstandigheden (m.n. de gezondheidstoestand van de verzekerde) die van belang zouden zijn bij het afsluiten van een nieuwe verzekering. De waarde van een polis kan door bepaalde omstandigheden beduidend hoger zijn dan de reservewaarde welke die polis onder normale omstandigheden zou hebben. Zo zal de waarde van een polis die wordt overgedragen of toegescheiden op een moment dat de gezondheidstoestand van de verzekerde slecht is aanzienlijk boven de normale reservewaarde van de polis kunnen liggen. Geschiedt de overdracht of toescheiding in het zicht van overlijden van de verzekerde dan zal de waarde dicht aanliggen tegen het bedrag van de uitkering bij overlijden. (...)."

6. Rechtspraak

6.1 Uw arrest HR B. 8335(20) ging over een onderneming die door de rechtverkrijgenden van de overleden eigenaar werd voortgezet. De vraag was of de rechtverkrijgenden voor het opstellen van de beginbalans van hun onderneming gebonden waren aan de slotbalans van de onderneming van de overleden eigenaar. U overwoog:

"dat geen enkel wettelijk voorschrift er toe dwingt deze balans te doen aansluiten bij de slotbalans, welke, (...) ingevolge art. 6 [Besluit inkomstenbelasting 1941; PJW] en met het doel de winst te bepalen, welke het bedrijf voor den overleden eigenaar heeft opgeleverd, wordt opgemaakt; (...);

dat het boven aangegeven doel van de beginbalans meebrengt de activa daarop (...) te waarderen op het bedrag dat door den nieuwen eigenaar of de nieuwe eigenaren opgeofferd is of had moeten worden opgeofferd voor de verkrijging daarvan krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijken weg was bepaald, welk bedrag veelal zal overeenstemmen met de (...) bedrijfswaarde"

6.2 In het arrest HR BNB 1978/121(21) ging het om de verbindendheid van een op een Koninklijk Besluit gebaseerde gemeentelijke verordening onroerend-goedbelastingen. De belastingplichtige betwistte onder meer het oordeel van Hof 's-Hertogenbosch dat het begrip "waarde in het economische verkeer" in het Koninklijk Besluit moest worden opgevat als de waarde die aan het onroerend goed toekomt indien de volle en onbezwaarde eigendom daarvan zou kunnen worden overgedragen en de verkrijger het goed in de staat waarin het zich bevindt, onmiddellijk en in volle omvang in feitelijk gebruik zou kunnen nemen. U overwoog:

"dat bij de beoordeling daarvan voorop dient te worden gesteld dat voor het ontzeggen van verbindende kracht aan de onderhavige bepaling alleen plaats is indien niet valt te betwijfelen dat de uitwerking, welke de Kroon in (...) het Besluit heeft gegeven aan het begrip "waarde in het economisch verkeer", onverenigbaar is met de opvatting van dat begrip welke aan de wetgever voor ogen moet hebben gestaan; dat echter het enkele feit dat de wetgever - overigens zonder nadere toelichting - in de onderwerpelijke bepaling omtrent de gemeentelijke onroerend-goedbelastingen een term heeft gebezigd die ook reeds in andere belastingwetten - met name in de Wet op de vermogensbelasting 1964 - voorkwam niet zonder meer wettigt aan te nemen dat die term in de onderwerpelijke bepaling noodzakelijk dezelfde betekenis moet hebben als in die andere wetten;

dat, integendeel, nu de mate waarin in de onderwerpelijke belasting enerzijds en in de Wet op de vermogensbelasting 1964 anderzijds de draagkracht van de belastingplichtigen een rol speelt verschilt, en nu mede dientengevolge het begrip "waarde in het economisch verkeer" in beide wetten niet geheel dezelfde functie vervult, geenszins kan worden uitgesloten dat de wetgever te dezen een opvatting van dat begrip voor ogen heeft gestaan, waarbij voor de bepaling van die waarde in concreto niet steeds alle van belang zijnde economische factoren in acht zijn te nemen;"

6.3 In HR BNB 1987/187(22) ging het om een BV die onroerende zaken exploiteerde. Ter zake van een in 1980 gekocht pand wilde zij het verschil tussen de koopprijs inclusief aankoopkosten en de bedrijfswaarde ten laste van haar fiscale winst brengen. U overwoog:

"4. (...)Bedrijfsmiddelen dienen ter berekening van de jaarlijkse winst te worden gewaardeerd op de kostprijs verminderd met de afschrijvingen. Indien echter de bedrijfswaarde aantoonbaar lager is, laat goed koopmansgebruik toe bedrijfsmiddelen op die lagere bedrijfswaarde te waarderen. Onder bedrijfswaarde is te verstaan de waarde, welke een verkrijger, bij overneming van de gehele onderneming, zou toekennen aan het afzonderlijke activum, indien hij zou uitgaan van de overnemingswaarde van het geheel en voornemens zou zijn de uitoefening van de onderneming voort te zetten. Het bovenstaande geldt onverkort voor een onderneming tot exploitatie van onroerende goederen. Uitgangspunt voor de bepaling van de bedrijfswaarde der onroerende goederen in zulk een onderneming is de marktwaarde van die goederen. Immers in een dergelijke onderneming zijn slechts van belang de wijze waarop de onroerende goederen per het beoordelingstijdstip worden geëxploiteerd dan wel naar verwachting kunnen worden geëxploiteerd en de opbrengst bij een mogelijke toekomstige verkoop, al welke factoren in de marktwaarde tot uitdrukking komen. Die marktwaarde dient echter ter bepaling van de bedrijfswaarde der onroerende goederen nog verhoogd te worden met overdrachtskosten, aangezien bij overneming van de gehele onderneming die kosten boven de marktwaarde tevens voldaan zouden dienen te worden. Nu overdrachtskosten bij verkrijging van onroerende goederen relatief niet onbelangrijk zijn, mogen deze kosten bij het bepalen van de bedrijfswaarde niet worden verwaarloosd. (...) Ter berekening van de bedrijfswaarde dient (...) vermeld bedrag nog te worden verhoogd met door schatting te bepalen overdrachtskosten."

6.4 De zaak HR BNB 1992/197(23) betrof een semigrant-constructie. De belastingplichtige X verkocht een koopsompolis met een afkoopwaarde ad fl. 773.690 aan zekere A, die kort daarna, maar vóór de polis zou expireren, naar België emigreerde en aldaar enkele dagen later de polis deed afkopen voor fl. 775.228. De verkoop X-A was tot stand gekomen door bemiddeling van B, die beschikte over namen en adressen van aanstaande emigranten. In geschil was of het rentebestanddeel van de poliswaarde moest worden berekend uitgaande van de afkoopwaarde, zoals de inspecteur stelde, of uitgaande van de verkoopprijs, zoals X stelde. Tegen het ontgaan van inkomstenbelasting over rente begrepen in kapitaalsuitkeringen uit levensverzekering had de wetgever in het toenmalige art. 31(6) Wet IB 1964(24) een regeling getroffen. Hof 's-Hertogenbosch achtte deze bepaling in casu van toepassing en gaf de inspecteur gelijk. U overwoog op het cassatieberoep van de belastingplichtige:

"Het Hof heeft terecht geoordeeld dat voor de toepassing van artikel 31, lid 6, van de Wet onder waarde in het economische verkeer moet worden verstaan de prijs welke bij aanbieding van de polis op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde daarvoor zou worden besteed en dat daarbij de prijs die bij aanbieding van de polis aan de desbetreffende verzekeringsmaatschappij door die maatschappij als afkoopsom van de verzekering zou zijn betaald, niet buiten aanmerking kan blijven. Hiervan uitgaande heeft het Hof terecht de waarde in het economische verkeer van de polis gesteld op ten minste de afkoopwaarde daarvan en niet op de lagere prijs die tussen belanghebbende en de koper van de polis was overeengekomen. De klacht faalt mitsdien."

7. Literatuur

7.1 Niessen schreef over de waarde in het economisch verkeer van een levensverzekering voor de Wet IB 2001:(25)

"Als waarde in het economische verkeer van een levensverzekering zal ten minste de afkoopwaarde moeten worden aangehouden (HR BNB 1992/197 [zie 6.4 hierboven; PJW]). Doordat bij de bepaling van die waarde de in de regel tamelijk lage rekenrente in acht wordt genomen, kan zij licht hoger uitkomen dan de contante waarde van de uitkeringsrechten volgens de oude jurisprudentie. Hof 's-Gravenhage, BNB 1990/22, achtte het denkbaar dat de waarde in het economische verkeer moet worden gesteld "op het (aanzienlijk hogere) bedrag van de premie die voor een dergelijke polis op het waarderingstijdstip zou moeten worden betaald". Het hof sprak zich daar niet over uit, omdat de inspecteur niet het desbetreffende standpunt had ingenomen. Maar wanneer verzekeringnemers bereid zijn een bepaald bedrag aan koopsom of premies te betalen, kan moeilijk worden betwist dat die polis hen kennelijk dat bedrag waard is. Zij verspelen daarbij de tegenwaarde van de verzekeraarskosten, maar krijgen er risicodekking voor terug. Tegen het in aanmerking nemen van laatstgenoemde waarde pleiten echter twee argumenten. Het eerste is dat onbewezen is dat er een markt bestaat waarop verzekeringnemers daadwerkelijk hun polissen voor die waarde kunnen verkopen. Waarom zou iemand dan ooit nog zijn polis door de verzekeraar laten afkopen? Het tweede is dat het in het kader van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet logisch is om alleen het opbrengstgevendende deel van de gestorte premies of koopsom in aanmerking te nemen. Noch het kostenbestanddeel noch het risicodeel geven immers rendement in de zin van box 3.

De conclusie uit het vorenstaande is dat als poliswaarde moet worden aangehouden, conform HR BNB 1992/197, de afkoopwaarde danwel de eventuele hogere prijs die de belanghebbende bij verkoop aan een derde zou kunnen verkrijgen. Wel kan, naar mij dunkt, de contante waarde van de uitkeringen alsnog in beeld komen wanneer de afkoopwaarde erg laag wordt gesteld."

7.2 Van Dijck en Meussen betogen als volgt over de waarde in het economisch verkeer in de inkomstenbelasting na 2001:(26)

"In een belastingwet die een persoon naar zijn draagkracht wenst te belasten, hoort een subjectief waardebegrip thuis, dat uitloopt op de vraag: Welke economische betekenis heeft dit goed voor dit subject? Met een subjectief waardebegrip wordt in het belastingrecht nimmer bedoeld een subjectief waardeoordeel. (...). 'Subjectief' betekent dat men de zaak betreft op degene tot wiens vermogen de zaak behoort (...) of gaat behoren (...). Men vraagt dan: wat is die zaak in zijn omstandigheden voor de belastingplichtige waard? (...). Dit waardeoordeel is een objectief oordeel. Wij vragen niet wat de genietter het waard vindt, maar wat men het waard vindt; een maatschappelijk oordeel dus. Als men wil: een deskundigenoordeel. Het subjectieve element zit in het feit dat men rekening houdt met de omstandigheden van de betrokkene. (...). Uitgangspunt voor de waarde van een zaak die tot het vermogen van iemand behoort is de vraag wat hij met die zaak kan doen. Hij heeft twee mogelijkheden: verkopen of [vooralsnog] zelf gebruiken of verbruiken, corresponderend met de - uit de bedrijfseconomie bekende - directe en indirecte opbrengstwaarde."

Over de waardering van zaken voor de inkomstenbelasting schrijven zij (t.a.p., p. 7):

"Is het voor een vermogensbelasting vanzelfsprekend dat men een zaak waardeert die tot iemands vermogen behoort, bij de waardering voor een inkomstenbelasting is het uitgangspunt enigszins anders. Bij een inkomst gaat het om goederen die tot het vermogen gaan behoren. Ook nu is van belang de vraag wat de genietter met het goed kan doen en komen de opbrengstwaarden dus ook aan de orde, maar is er een nieuwe dimensie bijgekomen. Voor een inkomstenbelasting moet nog rekening worden gehouden met het feit dat - voordat de zaak tot het vermogen behoort - het eerst in dat vermogen moet binnenkomen: Het goed heeft een verkrijgingswaarde = inkoopmarktprijs + aankoopkosten."

7.3 Dietvorst e.a. gaan in op de verhouding tussen de begrippen 'reservewaarde' en 'waarde in het economisch verkeer' bij de overdracht van een levensverzekering:(27)

"De waarde in het economische verkeer van (de overlijdenscomponent [van; PJW]) een polis is de reservewaarde. De waarde in het economische verkeer kan onder omstandigheden hoger zijn dan de reservewaarde. Dit is het geval indien de gezondheidstoestand van de verzekerde op het moment van de overdracht slecht is. In dat geval ligt de waarde van de (overlijdenscomponent van de) polis boven de reservewaarde. Als de overdracht in het zicht van overlijden van de verzekerde plaatsvindt zal de waarde ervan nagenoeg gelijk zijn aan de uitkering bij overlijden."

7.4 Gerverdinck schrijft over de waarde in het economisch verkeer van levensverzekeringen in de zin van art. 5.19(1) Wet IB 2001 (box 3):(28)

"Wanneer de polis een groot risicobestanddeel heeft, zal de waarde gewoonlijk gering zijn. In andere gevallen ligt het voor de hand de afkoopwaarde te nemen dan wel - indien hoger - de verkoopwaarde of de contante waarde van de uitkering. Het valt niet uit te sluiten dat het departement dienaangaande op de voet van art. 5.23 nadere regels zal willen stellen."(29)

7.5 Zwier schrijft over Onderdeel AJ van de Invoeringswet:(30)

"Er wordt niets gezegd over vooruitbetaalde kosten die in het regime van de inkomsten uit vermogen in aftrek zijn gebracht en thans in het volgens het winstregime bepaalde resultaat worden toegerekend aan het jaar waarop ze betrekking hebben."

7.6 Kastelein becommentarieerde de thans aangevallen Hofuitspraak in NTFR 2011/1758 als volgt:

"Wat wordt aan de bv ter beschikking gesteld? Dat is de gehele voor de levensverzekering betaalde premie (...). De kosten- en winstopslag voor de bv wordt betaald uit die premie. Het is dan ook erg flauw van de fiscus om die kosten in het geheel niet in aanmerking te willen nemen. Dit geldt te meer waar de staatssecretaris de dga min of meer verplicht om dergelijke kosten in rekening te laten brengen (besluit van 10 augustus 1995, nr. DB95/3186M, BNB 1995/273, onderdeel 5f [zie 5.4 hierboven; PJW]), op straffe van mogelijk een hoop fiscaal gezeur. Nu lijkt het ook weer niet helemaal redelijk, zoals belanghebbende klaarblijkelijk voorstaat, om de gehele kostenopslag te laten drukken op de periode met ingang van 2001."

Afgezien van eerste kosten (die niet hoog zullen zijn want provisie voor een assurantietussenpersoon wordt niet in rekening gebracht) worden de kosten eerder naar tijdsgelang gemaakt. Het hof komt kennelijk tot een soort pro-rata-partebenadering."

7.7 Salomons schrijft in de Asser-serie over de afkoopwaarde van een levensverzekering:(31)

"663. (...). De polisbepalingen laten de vaststelling van de afkoopwaarde meestal, onder verwijzing naar de daarvoor bij de verzekeraar gebruikelijke regels, uitdrukkelijk aan de verzekeraar over. In beginsel wordt die afkoopwaarde bepaald door de gevormde premiereserve. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat niet de volledig betaalde premies gebruikt worden voor de vorming van deze reserve. Zo zullen het gedeelte van de premie nodig voor de dekking van het risico van overlijden en/of van arbeidsongeschiktheid en het gedeelte van de premie dat de verzekeraar nodig heeft voor de kosten, die bij het sluiten van de verzekering en die tijdens de duur van de verzekering worden gemaakt, niet bijdragen aan de vorming van de premiereserve. (...)"

8. Beschouwing / beoordeling van het cassatieberoep

8.1 De term 'waarde in het economisch verkeer' in Onderdeel AJ van de Invoeringswet is niet gedefinieerd. De term heeft evenmin een eenduidige algemene fiscaalrechtelijke betekenis. Ik leid uit het bovenstaande, met name uit HR BNB 1978/121 (zie 6.2 hierboven) af dat zijn concrete duiding beïnvloed wordt door onder meer aard, doel en strekking van de regel die de term bevat en de functie die de term voor de toepassing van die regel vervult.

8.2 Belanghebbendes verzekeringen geven recht op een kapitaaluitkering na een bepaald tijdverloop of bij zijn eerdere overlijden. Zij vallen daarmee mijns inziens onder de "zogenoemde kapitaalverzekeringen" bedoeld door de bewindslieden in hun toelichting op Onderdeel AJ van de Invoeringswet (zie 5.2 hierboven). Bij het bepalen van de waarde in het economisch verkeer van rechten uit dergelijke verzekeringen die een aanmerkelijk-belanghouder jegens 'zijn' vennootschap heeft, wilde de medewetgever met Onderdeel AJ, eerste lid, Invoeringswet bereiken dat zou worden "aangesloten bij de waardering van activa en passiva bij inbreng in een onderneming" (zie 5.2 hierboven).

8.3 Uit art. 31(6) Wet IB 1964 (tekst tot 1 januari 1992)(32) en HR BNB 1992/197 (zie 6.4 hierboven) - over een antimisbruikbepaling die mede inbreng van een polis in een ondernemingsvermogen omvatte - leid ik af dat bij inbreng van een levensverzekeringsspolis in een ondernemingsvermogen zijn waarde in het economisch verkeer ten minste wordt gesteld op de afkoopwaarde. Mogelijk hechtte u in HR BNB 1992/197 veel belang aan die relatief eenvoudig te bepalen afkoopwaarde omdat er geen geregelde 'tweedehandsmarkt' (aldus de belanghebbende) in polissen bestaat en de verkoopwaarde ervan in gelieerde verhoudingen of door fiscale samenspanning (zoals bij de semigrantconstructie) om oneigenlijke redenen laag kan zijn.

8.4 Ik zie geen reden om aan HR BNB 1992/197 voorbij te gaan voor het regime van de Wet IB 2001, dat geen verandering heeft gebracht ter zake van waardering van vermogen bij inbreng in een onderneming. Ook aan het gedateerde arrest HR B. 8335 (zie 6.1 hierboven), gewezen onder het Besluit inkomstenbelasting 1941, kan om dezelfde reden nog betekenis toekomen. Doordat de wetgever het winstregime wil toepassen bij de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden (zie 5.2 en 5.3 hierboven), geldt het bovenstaande ook bij opname van vermogensbestanddelen in een werkzaamheidsvermogen. De rechten die uit de overeenkomsten van levensverzekering voortvloeien, moeten dan volgens het winstregime in beginsel bij het binnenkomen in het werkzaamheidsvermogen gewaardeerd worden op het bedrag dat door de eigenaar van het werkzaamheidsvermogen "had moeten worden opgeofferd voor de verkrijging daarvan", een en ander "krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijken weg was bepaald". Dat laatste is echter inderdaad, zoals de belanghebbende betoogt, niet eenvoudig, nu levensverzekeringsspolissen niet courant verhandeld worden, met name niet als zij door de gerechtigde bij zijn 'eigen' BV zijn afgesloten. Voor de hand ligt aansluiting bij één van tweeën: (i) de contante waarde van de verwachte uitkering(en) door belanghebbendes BV's of (ii) de contante waarde van de premies of van de koopsom die betaald zou(den) moeten worden op een (nieuwe) polis die aanspraak geeft op dezelfde rechten jegens een verzekeraar vergelijkbaar met belanghebbendes BV's. Idealiter moet de inbrengwaarde wellicht bepaald worden op het gemiddelde tussen die twee. Deze benaderingen lijken echter in een geval als dat van de belanghebbende tamelijk fictief: belanghebbendes BV's hebben maar één verzekerde (de belanghebbende). Voor aanspraken

daarop zullen onafhankelijke derden (niet-aandeelhouders en niet-bestuurders van die BV's) weinig warm lopen. In HR BNB 1992/197 week u in een geval van ontbreken van een (niet fiscaal gedreven) markt op praktische gronden uit naar (ten minste) de afkoopwaarde.

8.5 De belanghebbende neemt, als ik het goed zie, twee standpunten in:

- (i) primair: bepaling van de WEV op basis van koop van de bestaande polissen door of van een derde is niet goed mogelijk omdat een markt ontbreekt. Daarom moet de WEV bepaald worden op basis van de koopsom die per 1 januari 2001 betaald zou moeten voor een nieuwe verzekering met dezelfde rechten per die datum (de 'nieuwbouwwaarde' van de polis op 1 januari 2001);
- (ii) subsidiair: als toch uitgegaan moet worden van fictieve verwerving van de bestaande polissen door of van een derde, dan moeten in de WEV van de polissen begrepen worden de door de belanghebbende gestelde, op een polisoverdracht vallende kosten (opgesomd in 4.2).

8.6 Ad (i): Ik meen dat de wet(sgeschiedenis) en de geciteerde jurisprudentie ertoe noopt uit te gaan van het voortbestaan van het ingebrachte vermogensbestanddeel (hetzelfde ongewijzigd doorlopende contract tussen in beginsel dezelfde partijen) en niet van enige 'nieuwbouwwaarde' van de polissen. Op 1 januari 2001 heeft immers slechts een fiscaal-juridische gebeurtenis plaatsgevonden, nl. een wetswijziging die bewerkstelligde dat vanaf dat moment de WEV van de polissen onderdeel werd van belanghebbendes tbs-vermogen. Ook vóór 2001 had dezelfde persoon (de belanghebbende) reeds aanspraak op de kapitaaluitkeringen, zij het dat de fiscale afwikkeling ervan toen plaatsvond onder het regime van de inkomsten uit vermogen ex art. 24 Wet IB 1964. Bij de WEV gaat het erom wat een derde voor het ongewijzigd voortbestaande vermogensbestanddeel zou geven, zodat de verkoopfictie duidelijk meer aangewezen is dan de nieuwe-polis-fictie. Ook lijkt mij een nieuwe polis per 1 januari 2001 qua overlijdensrisico, rendement en eerste kosten niet hetzelfde als een reeds lang op hetzelfde leven lopende bestaande polis waarop in het verleden al premies betaald zijn en rendement is behaald.⁽³³⁾ Wat daarvan zij; ik meen dat 's Hofs uitspraak op dit punt geen blijk geeft van een verkeerde juridische maatstaf; voor het overige gaat het om feitelijke waarderingen.

8.7 Ad (ii): de belanghebbende heeft zijn subsidiaire standpunt bij pleitnota in hoger beroep ingenomen (zie 3.6). Het Hof is er niet zichtbaar op ingegaan. Het heeft zich alleen uitgelaten over de verwerking van de vóór 2001 daadwerkelijk betaalde opslagen. De in het middel besloten liggende motiveringsklacht is daarom mijns inziens op zichzelf gegrond.

8.8 Dat leidt mijns inziens echter niet tot vernietiging. Tegen het uitgaan van een fictieve koop van de bestaande polissen van of door een derde voert de belanghebbende zelf terecht aan dat er geen markt is, zodat de verkoopfictie in casu geen houvast biedt. Nu voor een geval als het litigieuze een waarderingmethode voorhanden is die tot een realistisch resultaat leidt, nl. waardering op reservewaarde of afkoopwaarde plus vooruitbetaalde kosten, is er geen aanleiding, mede gezien uw boven geciteerde jurisprudentie, om te rekenen op basis van een fictieve transactie op een niet-bestaande markt.

8.9 Ook als dit anders zou zijn en wel uitgegaan zou moeten worden van verwerving van de bestaande polissen door een derde, dan nog meen ik dat het Hof voorbij kon gaan aan belanghebbendes desbetreffende stelling bij pleitnota in hoger beroep, nu hij de door hem slechts in algemene termen gestelde fictieve kosten niet geconcretiseerd, gespecificeerd of gekwantificeerd heeft, hoewel dat op zijn weg lag. Evenmin heeft hij, hoewel dat eveneens op zijn weg lag, gezien de stellingnamen van de Inspecteur, het daadwerkelijk optreden van dergelijke aankoopkosten aannemelijk gemaakt, met name niet met zijn stelling dat er geen markt is.

Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep ongegrond te verklaren en de zaak af te doen.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

1 Het dossier bevat geen polisvoorwaarden maar uit de stukken leid ik af dat het gaat om een verzekering die recht geeft op uitkering van een kapitaal bij overlijden (p. 2 van het cassatieberoepschrift) of op expiratiedatum (de looptijd bedraagt 15 jaar waarna - naar ik begrijp - het verzekerde kapitaal wordt uitgekeerd, zie 3.8). De kapitaalverzekeringen zijn daarmee aan te merken als levensverzekeringen. Zij zijn kennelijk niet tevens als overlijdensrisicoverzekeringen aan te merken omdat ook bij niet-overlijden recht op uitkering bestaat.

2 Uit het dossier is niet met zekerheid af te leiden of periodiek premie is betaald of dat het om koopsompolissen gaat. Een brief van de belanghebbende van 12 september 2005 aan de Belastingdienst/P, opgenomen als bijlage 15 bij het verweerschrift in eerste aanleg, lijkt er op te wijzen dat het om koopsompolissen gaat (zie p. 4 van die brief).

3 Belastingdienst/P.

4 Ik kan uit het dossier niet opmaken waarop het verschil van 2% tussen de afkoopsom en de reservewaarde berust.

5 In zijn aangifte 2001 had de belanghebbende abusievelijk € 70.127 in plaats van fl. 70.127 (€ 31.822) afgetrokken. Het verschil tussen de reservewaarde en de afkoopwaarde van de twee afgekochte kapitaalverzekeringen ad € 1.851 was begrepen in de positieve saldogpost (zie p. 2 van de als bijlage 15 bij het verweerschrift in eerste aanleg opgenomen brief van de belanghebbende).

6 De Inspecteur heeft ook ter zake van andere inkomensbestanddelen correcties aangebracht. Die zijn niet relevant voor het geding.

7 Zie p. 1 van het proces-verbaal van het ter zitting van de Rechtbank verhandelde.

8 Rechtbank Haarlem 13 juli 2009, nr. AWB 08/5592.

9 Uit het verweerschrift van de Inspecteur (p. 7) blijkt dat het bedrag van € 6.325 bestaat uit twee delen: (i) de kostenopslag ter zake van de twee afgekochte kapitaalverzekeringen ad (fl. 100.924 + fl. 98.868) * 5 / 98 = fl. 10.193 (€ 4.625) en (ii) de kostenopslag ter zake van de niet-afgekochte kapitaalverzekeringen ad (€ 31.822 -/- € 4.625 (zie (i))) = € 27.197 gedeeld door 16 loopjaren. Hoewel de kapitaalverzekeringen niet alle dezelfde looptijd hebben, stemt de Inspecteur er mee in dat het bedrag ad € 27.197 over 16 jaar (2001 tot en met 2016) lineair wordt verdeeld, zodat in 2001 1/16 van € 27.197 = € 1.700 ten laste van het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden mag worden gebracht. Aldus is van de totale kostenopslag ad € 31.822 nog: € 4.625 + € 1.700 = € 6.325 in geschil.

10 Hof Amsterdam 16 juni 2011, nr. P09/00588, LJN BR0289, NTFR 2011/1758 met commentaar Kastelein.

11 In zijn voorlopige oordeel rept het Hof van "winst".

12 Noot PJW: het dossier werpt geen licht op de berekening van deze € 12.750. Het is daarom niet duidelijk of dat bedrag ook vooruitbetaalde kosten omvat ter zake van de twee later afgekochte kapitaalverzekeringen. Als dat zo is, dan zouden de ter zake van die twee polissen vooruitbetaalde kosten, na activering per 1 januari 2001, ineens afgeschreven kunnen worden op het moment van afkoop. Zij werpen na afkoop van de polis immers geen nut meer af. Ik zie op dit punt echter geen partijdebat, zodat de ter zake van de twee afgekochte polissen vooruitbetaalde kosten wellicht niet begrepen zijn in de genoemde € 12.750.

13 Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3, p. 102.

14 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 727, nr. 7, p. 501.

15 Besluit van 10 augustus 1995, nr. DB95/3186M, BNB 1995/273.

16 Besluit van 9 juli 1998, nr. DB98/1429M, BNB 1998/302.

17 Met het woord "gemengde" wordt, gezien § 1.1 van dit Besluit, gedoeld op de levensverzekering die niet alleen bij overlijden maar ook bij het bereiken van een bepaalde leeftijd recht op uitkering van het verzekerd kapitaal geeft. De litigieuze kapitaalverzekeringen zijn kennelijk aan te merken als gemengde levensverzekeringen.

18 Besluit van 19 maart 1997, nr. VB 97/568 V-N 1997/1407, punt 33. Dit standpunt heeft de Staatssecretaris gehandhaafd onder de met ingang van 1 januari 2010 herziene Successiewet, zie onderdeel 5.4 van het Besluit van 14 december 2010, nr. DGB2010/873M, V-N 2011/2.15, NTFR 2011/169.

19 Een 'overlijdensverzekering' is een levensverzekering die enkel bij overlijden van het verzekerde lijf recht op uitkering geeft, en niet tevens bij het bereiken van een bepaalde leeftijd van de verzekeringnemer.

20 HR 2 april 1947, nr. B. 8335, aantekening H.J.D.

21 HR 22 februari 1978, nr. 18 674, na conclusie Van Soest, LJN AX2982, BNB 1978/121 met noot Hofstra.

22 HR 11 december 1985, nr. 23 159, na conclusie Van Soest, LJN AW 8138, BNB 1987/187, V-N 1986/232, punt 10.

23 HR 25 maart 1992, nr. 28 027, LJN ZC4943, BNB 1992/197, V-N 1992/1159, punt 12.

24 Art. 31(6) Wet IB 1964 luidde: "Tot kapitaalsuitkeringen uit levensverzekering behoort mede de waarde welke in het economische verkeer kan worden toegekend aan een overeenkomst van levensverzekering waarbij een kapitaal is verzekerd, zodra de polis wordt vervreemd dan wel in het vermogen van een onderneming wordt gebracht, of de aanwijzing als begunstigde anders dan ten gevolge van overlijden onherroepelijk wordt. Deze bepaling geldt niet, indien de verkrijger of de begunstigde binnenlands belastingplichtige is en de verkregen rechten uit de polis geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming."

25 R.E.C.M. Niessen, Kapitaal- en lijfrente verzekeringen vanaf 2001, WFR 2000/589.

26 J.E.A.M. van Dijck en G.T.K. Meussen, Waarde in het economisch verkeer, Deventer: Kluwer 2004, p. 4-6.

27 G.J.B. Dietvorst e.a., Toekomstvoorzieningen en fiscus, Deventer: Kluwer 2007, p. 191.

28 T.C. Gerverdinck, Vermogensrendementsheffing, in: R.E.C.M. Niessen e.a., De Wet inkomstenbelasting 2001. Met hoofdzaken loonbelasting, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 610.

29 Toevoeging PJW: op basis van art. 5.23 Wet IB 2001 is momenteel alleen art. 19 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001 gegeven, dat gaat over de waardering van periodieke uitkeringen.

30 NDFR, punt 5.2 van het commentaar bij Onderdeel AJ Invoeringswet.

31 Asser 7-IX, Verzekering. Zie ook W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering, Deventer: Kluwer 2007, p. 126.

32 Inhoudelijk is de bepaling met ingang van 1 januari 1992 voortgezet in art. 25(3) Wet IB 1964.

33 Ook de Inspecteur heeft hier in hoger beroep op gewezen (p. 2 van het proces-verbaal en p. 3 van het verweerschrift in hoger beroep). De belanghebbende brengt daar bij pleitnota (p. 1) in hoger beroep tegenin dat "bij een waardering per 1-1-2001 wordt uitgegaan van de kapitaalwaarde (ook wel: reservewaarde) van de polis op basis van de op dat moment geldende sterftekansen van het verzekerd lichaam, ongeacht of het om een nagebootste aankoop dan wel een nagebootste verkoop gaat. De sterftekansen van voordien spelen geen rol meer. Ditzelfde geldt voor de eerdere premies. Deze zijn tezamen met de behaalde rendementen verdisconteerd in de kapitaalwaarde van de polis per 1-1-2001."