

Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen

Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen

Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Business Transfers between Individuals

A study into business transfer facilities

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 28 november 2013 om 13.30 uur

door

Yvonne Manon Tigelaar-Klootwijk
geboren te Ridderkerk



Promotiecommissie:

Promotor: Prof.dr. P. Kavelaars

Overige leden: Prof.dr. C.L.J. Caminada
Prof.dr. S.J.C. Hemels
Prof.dr. S.A. Stevens

VOORWOORD

Het schrijven van een proefschrift is geen sinecure. Toch moet ik achteraf zeggen dat ik er vooral veel plezier aan heb beleefd. Ook was het een mooi leerproces. Het heeft mij op onderzoeksgebied verder gebracht.

De bedrijfsopvolgingsproblematiek heeft mij altijd getrokken. Ik ben opgegroeid in een ondernemersgezin. Al snel was duidelijk dat mijn broer de opvolger zou worden. En zo is het uiteindelijk ook gegaan. En dat is maar goed ook. Een betere opvolger kunnen mijn ouders zich niet wensen. Zo is een mooie onderneming binnen familieverband overgedragen. Of ik tijdens dat proces van overdracht veel heb gehad aan mijn fiscale kennis op het gebied van de bedrijfsopvolging? Ik moet deze vraag helaas negatief beantwoorden. Het waren vooral emotionele aspecten die een rol speelden bij de overdracht. Het heeft me geleerd dat de fiscaliteit vaak een te grote rol krijgt toegedicht.

Ik ben dus niet in de voetsporen van mijn ouders getreden. Wat ik wel van hen heb meegekregen is dat het niet erg is om hard te werken. Ze begrijpen niet altijd wat ik doe, maar dat maakt ze niet minder trots. Ik wil ze dan ook bedanken voor alles wat ze mij hebben bijgebracht.

Verder wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor de interesse die ze steeds weer hebben getoond tijdens het proces. Iedereen was altijd zo belangstellend. Ik voelde me wel eens opgelaten als het weer over mijn proefschrift ging. Ik probeerde dan ook altijd aan te geven dat het gewoon mijn werk is en dat ieder het zijne doet. Dat neemt niet weg dat ik jullie interesse heel erg waardeer.

Grote dank ben ik verschuldigd aan mijn leermeester Marcel Smeets. Hij heeft mij destijds begeleid bij het schrijven van mijn scriptie ter afronding van mijn studie fiscale economie. Ik zie de pagina's met rode strepen nog steeds voor me. Zijn opbouwende commentaar doet mij altijd goed en ik kan niet genoeg laten blijken hoe ik hem en zijn kennis waardeer. Ondanks dat hij zelf druk bezig is met zijn proefschrift, stond hij erop het hele manuscript te lezen. Uiteraard hoort daar commentaar bij. Het proefschrift is er alleen maar beter van geworden.

Aan mijn promotor Peter Kavelaars heb ik ook veel te danken. Zijn commentaar heeft mij verder gebracht in mijn denken. Nooit is een vraag te veel. De deur staat altijd open. Ik hoop dat we nog lang mogen samenwerken.

Verder wil ik Hendrik Vrijburg en Theo Hoogwout bedanken voor het beoordelen van een aantal hoofdstukken. Ik heb jullie vaak vermoeid met allerlei vragen, maar ik heb nooit het idee gehad dat het jullie stoorde. Ik hoop maar dat ik het goed had. Verder nog dank aan Mark Robben en Rolph van Ovost. Met jullie heb ik vooral veel gediscussieerd. Vaak vloeiden daar goede gesprekken uit voort. En Niek bedankt voor het becommentariëren van mijn stellingen. Het 'boekje' is af. Verder wil ik Addy, mijn zus, bedanken voor de moeite die zij heeft genomen om als niet-fiscalist mijn samenvatting/conclusie in het Engels te vertalen. Ik waardeer dat enorm. Anita ben ik erkentelijk voor haar creatieve inbreng. Ze voelt altijd goed aan wat ik mooi vind. Ik ben dan ook blij met de cover van het boek.

Ook ben ik Astrid en Angélique van ons secretariaat erkentelijk voor hun ondersteuning tijdens het proces. Dit geldt eveneens voor de student-assistenten die allerlei werkzaamheden voor mij hebben opgepakt. Dank jullie wel. Bij deze dankbetuigingen mag Leo Stevens niet ontbreken. Hij heeft mijn interesse in het onderwerp aangewakkerd. Ik heb op het gebied van de fiscale bedrijfsopvolgingsproblematiek veel van hem mogen leren.

Dan tot slot mijn lieve man Remco en onze kinderen Tim en Rick. Ik denk dat ik kan zeggen dat jullie niet onder mijn proefschrift hebben geleden. Het is niets voor mij om mijn gezin op de tweede plaats te zetten. Dat is dan ook bijna niet gebeurd. Het is een belangrijke reden geweest dat het schrijven van mijn proefschrift langer heeft geduurd dan ik voor ogen had. Ik heb daar geen spijt van. Het is goed zo.

Het manuscript is afgesloten op 1 september 2013.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	V
Lijst van gebruikte afkortingen	XI
HOOFDSTUK 1	
Inleiding en probleemstelling	1
1.1 Aanleiding tot het onderzoek	1
1.1.1 Belang van ondernemerschap	1
1.1.2 Belang van bedrijfsoverdrachten	2
1.1.3 Plaatsbepaling en verantwoording van het onderzoek	6
1.2 De belastingheffing bij een bedrijfsoverdracht	8
1.3 Fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten	14
1.4 Probleemstelling en toetsingskader	16
1.5 Afbakening onderzoeksobject	21
HOOFDSTUK 2	
Welvaartseconomisch kader	23
2.1 Inleiding	23
2.2 Eerste en tweede welvaartstheorema	24
2.3 Marktfalen	26
2.3.1 Inleiding	26
2.3.2 Externe effecten	28
2.3.3 Gebrekkig werkende kapitaalmarkt	30
2.4 Verstoringen door overheidshandelen	39
2.4.1 Inleiding	39
2.4.2 Het belasten van vermogenswinsten in de ondernemings sfeer	40
2.4.2.1 Inleiding	40
2.4.2.2 Vermogensaanwasbelasting	42
2.4.2.3 Vermogenswinstbelasting	45
2.4.2.4 Inflatie	46
	VII

2.4.3	De fiscale behandeling van vergoedingen op vreemd en eigen vermogen	47	
2.4.4	Fiscale behandeling aan- en verkoopkosten bedrijfsoverdrachten	50	
2.5	Overheidsingrijpen via de belastingwetgeving	52	
2.6	Overheidsfalen	58	
2.7	Samenvatting en conclusies	59	
HOOFDSTUK 3			
De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht			63
3.1	Inleiding	63	
3.2	De belastingclaim bij overdracht van een IB-onderneming	64	
3.2.1	Inleiding	64	
3.2.2	Ondernemer	65	
3.2.2.1	Inleiding	65	
3.2.2.2	Objectieve onderneming	66	
3.2.2.3	Voor wiens rekening	66	
3.2.2.4	Rechtstreeks verbonden voor verbintenissen	67	
3.2.3	Totaalwinst	68	
3.2.4	Jaarwinst	72	
3.2.4.1	Inleiding	72	
3.2.4.2	De reguliere jaarwinst	72	
3.2.4.3	De stakingswinst	84	
3.2.4.3.a	Het begrip 'staken'	84	
3.2.4.3.b	Stakingswinst bij overdracht van een eenmanszaak (leven en overlijden)	88	
3.2.4.3.c	Stakingswinst bij inbreng van de onderneming in een personenvennootschap	94	
3.2.4.3.d	Stakingswinst bij wijziging van de winstverdeling	99	
3.2.4.3.e	Stakingswinst bij uittreden van een vennoot uit een personenvennootschap	99	
3.2.4.3.f	Tijdstip realisatie stakingswinst	100	
3.2.4.3.g	Tarief	100	
3.2.5	Belastingclaim onder een vermogenswinst- versus een vermogensaanwasbelasting	101	
3.2.5.1	Inleiding	101	
3.2.5.2	Opbouw van het model	102	
3.2.5.3	Uitkomsten en conclusie	105	
3.3	De belastingclaim bij overdracht van een ab	107	
3.3.1	Inleiding	107	
3.3.2	Heffing bij de kapitaalvennootschap	109	
3.3.3	Heffing bij de ab-houder	113	
3.3.3.1	Het begrip ab	113	
3.3.3.2	Inkomen uit ab	118	

3.4	De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht op grond van de SW 1956	123
3.4.1	Inleiding	123
3.4.2	Subject van heffing	124
3.4.3	Object van heffing	126
3.4.4	Waardering van ondernemingsvermogen	134
3.4.5	Tarief en vrijstellingen	135
3.5	Samenvatting en conclusies	136
3.5.1	Inleiding	136
3.5.2	De belastingclaim bij overdracht van een IB-onderneming	137
3.5.3	De belastingclaim bij overdracht van een ab	139
3.5.4	De belastingclaim bij een overdracht op grond van de SW 1956	141
HOOFDSTUK 4		
Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en IB-claim		143
4.1	Inleiding	143
4.2	Doorschuiffaciliteiten	144
4.2.1	Inleiding	144
4.2.2	Toetsing doorschuiffaciliteiten in algemene zin	144
4.2.2.1	Legitimiteit	144
4.2.2.2	Gelijkheid	146
4.2.2.3	Neutraliteit	152
4.2.2.4	Doeltreffendheid	156
4.2.2.5	Doelmatigheid	161
4.2.2.6	Tussenconclusie	163
4.2.3	Doorschuiffaciliteiten voor winstgenieters	164
4.2.3.1	Inleiding	164
4.2.3.2	Doorschuiving door ontbinding huwelijksgemeenschap	166
4.2.3.2.a	Werking bepaling	166
4.2.3.2.b	Legitimiteit	166
4.2.3.2.c	Neutraliteit	168
4.2.3.2.d	Doeltreffendheid	169
4.2.3.2.e	Doelmatigheid	170
4.2.3.3	Doorschuiving bij staking door overlijden	171
4.2.3.3.a	Werking bepaling	171
4.2.3.3.b	Legitimiteit	173
4.2.3.3.c	Neutraliteit	175
4.2.3.3.d	Doeltreffendheid	175
4.2.3.3.e	Doelmatigheid	178
4.2.3.4	Doorschuiving naar ondernemers en werknemers	178
4.2.3.4.a	Werking bepaling	178
4.2.3.4.b	Legitimiteit	180
4.2.3.4.c	Neutraliteit	181

	4.2.3.4.d Doeltreffendheid	182
	4.2.3.4.e Doelmatigheid	189
	4.2.3.5 Tussenconclusie	190
	4.2.4 Doorschuiffaciliteiten voor ab-houders	193
	4.2.4.1 Inleiding	193
	4.2.4.2 Doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden	194
	4.2.4.2.a Werking bepaling	197
	4.2.4.2.b Legitimiteit	198
	4.2.4.2.c Neutraliteit	199
	4.2.4.2.d Doeltreffendheid	201
	4.2.4.2.e Doelmatigheid	201
	4.2.4.3 Doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens erfrecht	201
	4.2.4.3.a Werking bepaling	201
	4.2.4.3.b Legitimiteit	205
	4.2.4.3.c Neutraliteit	206
	4.2.4.3.d Doeltreffendheid	208
	4.2.4.3.e Doelmatigheid	227
	4.2.4.4 Doorschuiving ab-claim bij verdeling nalatenschap	230
	4.2.4.4.a Werking bepaling	235
	4.2.4.4.b Legitimiteit	236
	4.2.4.4.c Neutraliteit	237
	4.2.4.4.d Doeltreffendheid	237
	4.2.4.4.e Doelmatigheid	241
	4.2.4.5 Doorschuiving ab-claim bij overdracht krachtens schenking	235
	4.2.4.5.a Werking bepaling	235
	4.2.4.5.b Legitimiteit	236
	4.2.4.5.c Neutraliteit	237
	4.2.4.5.d Doeltreffendheid	237
	4.2.4.5.e Doelmatigheid	241
	4.2.4.6 Tussenconclusie	241
4.3	Invorderingsfaciliteiten	245
	4.3.1 Inleiding	245
	4.3.2 Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst winstgenieter	246
	4.3.2.1 Werking bepaling	246
	4.3.2.2 Legitimiteit	246
	4.3.2.3 Gelijkheid	247
	4.3.2.4 Neutraliteit	248
	4.3.2.5 Doeltreffendheid	249
	4.3.2.6 Doelmatigheid	250
	4.3.3 Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende een IB-onderneming	250
	4.3.3.1 Werking bepaling	250

4.3.3.2	Legitimiteit	251
4.3.3.3	Gelijkheid	251
4.3.3.4	Neutraliteit	253
4.3.3.5	Doeltreffendheid	253
4.3.3.6	Doelmatigheid	256
4.3.4	Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende ab-aandelen	257
4.3.4.1	Werking bepaling	257
4.3.4.2	Legitimiteit	257
4.3.4.3	Gelijkheid	258
4.3.4.4	Neutraliteit	259
4.3.4.5	Doeltreffendheid	259
4.3.4.6	Doelmatigheid	262
4.3.5	Invorderingsfaciliteit overdracht indirect ab	262
4.3.5.1	Werking bepaling	262
4.3.5.2	Legitimiteit	264
4.3.5.3	Gelijkheid	264
4.3.5.4	Neutraliteit	265
4.3.5.5	Doeltreffendheid	266
4.3.5.6	Doelmatigheid	268
4.3.6	Tussenconclusie	268
4.4	Samenvatting en conclusies	273
4.4.1	Inleiding	273
4.4.2	Doorschuiffaciliteiten	274
4.4.3	Invorderingsfaciliteiten	277
HOOFDSTUK 5		
	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting	281
5.1	Inleiding	281
5.2	Werking bepaling	282
5.3	Toetsing bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting	289
5.3.1	Inleiding	289
5.3.2	Legitimiteit	290
5.3.3	Gelijkheid	295
5.3.3.1	Inleiding	295
5.3.3.2	Gelijke of ongelijke gevallen?	295
5.3.3.3	Gelijke gevallen: objectieve en redelijke rechtvaardiging	300
5.3.3.3.a	Inleiding	300
5.3.3.3.b	Voorwaardelijke vrijstelling liquidatiewaarde en waarde going concern	302
5.3.3.3.c	Voorwaardelijke vrijstelling overig ondernemingsvermogen	303
5.3.3.3.d	Uitstel van betaling betrekking hebbend op 17% ondernemingsvermogen	311

5.3.3.3.e	Uitstel van betaling voor verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op een verkrijger van ondernemingsvermogen	312
5.3.3.4	Ongelijke gevallen	314
5.3.3.4.a	Inleiding	314
5.3.3.4.b	Voorwaardelijke vrijstelling liquidatiewaarde en waarde going concern	314
5.3.3.4.c	Voorwaardelijke vrijstelling overig ondernemingsvermogen	314
5.3.3.4.d	Uitstel van betaling betrekking hebbend op 17% ondernemingsvermogen	316
5.3.3.4.e	Uitstel van betaling voor verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op verkrijgers van ondernemingsvermogen	317
5.3.3.5	Toetsing aan het draagkrachtbeginsel	317
5.3.4	Neutraliteit	320
5.3.4.1	Inleiding	320
5.3.4.2	Neutraliteit tussen leven en overlijden	320
5.3.4.3	Neutraliteit ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen	322
5.3.4.4	Neutraliteit tussen mogelijke opvolgers	324
5.3.5	Doeltreffendheid	326
5.3.5.1	Doel van de bepaling	326
5.3.5.2	Onderneming in de inkomstenbelasting	327
5.3.5.3	Kwalificerende medegerechtigdheid	329
5.3.5.4	Kwalificerend ab erflater/schenker	332
5.3.5.4.a	Kwalificerend ab: een inleiding	332
5.3.5.4.b	Uitsluiting meetrek ab	335
5.3.5.4.c	Kwalificerende voorwaarden medegerechtigdheid vennootschap	336
5.3.5.4.d	Kwalificerende voorwaarden preferente aandelen	337
5.3.5.5	Kwalificerend ondernemingsvermogen in de vennootschap	339
5.3.5.6	Kwalificerend TBS-vermogen	339
5.3.5.7	Bezitstermijn en voortzettingsvereiste	341
5.3.5.8	Invorderingsfaciliteiten art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW 1990	345
5.3.6	Doelmatigheid	347
5.3.7	Tussenconclusie	349
5.4	Samenvatting en conclusies	353

HOOFDSTUK 6		
Aanbevelingen voor een optimaal stelsel		361
6.1	Inleiding	361
6.2	First-best voorstel	362
6.2.1	Faciliteiten IB-claim	362
6.2.1.1	Inleiding	362
6.2.1.2	Doorschuiffaciliteiten	364
6.2.1.2.a	Doorschuiving bij ontbinding huwelijksgemeenschap winstgenieter	364
6.2.1.2.b	Doorschuiving bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap ab-houder (leven en overlijden)	364
6.2.1.3	Invorderingsfaciliteiten winstgenieters	365
6.2.1.3.a	Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst	365
6.2.1.3.b	Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom	368
6.2.1.4	Invorderingsfaciliteiten ab-houders	371
6.2.1.4.a	Invorderingsfaciliteit bij overlijden	371
6.2.1.4.b	Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom	372
6.2.2	Faciliteiten schenk- en erfbelasting	374
6.2.2.1	Inleiding	374
6.2.2.2	Invorderingsfaciliteiten	375
6.2.2.2.a	Invorderingsfaciliteit voor de verkrijger van ondernemingsvermogen	375
6.2.2.2.b	Invorderingsfaciliteit voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering	378
6.2.3	Fiscale faciliteiten gericht op de financiering van de koopsom	379
6.3	Second-best voorstel	382
6.3.1	Faciliteiten IB-claim	382
6.3.1.1	Inleiding	382
6.3.1.2	De contante waarde van de belastingclaim bij doorschuiving	382
6.3.1.3	Doorschuiffaciliteiten winstgenieters	383
6.3.1.3.a	Doorschuiving bij ontbinding huwelijksgemeenschap	383
6.3.1.3.b	Doorschuiving bij staking door overlijden	383
6.3.1.3.c	Doorschuiving naar ondernemers	385
6.3.1.4	Doorschuiffaciliteiten ab-houders	389
6.3.1.4.a	Doorschuiving bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap	389

6.3.1.4.b	Doorschuiving bij overgang krachtens erfrecht	391
6.3.1.4.c	Doorschuiving bij verdeling nalatenschap	397
6.3.1.4.d	Doorschuiving bij overdracht krachtens schenking	397
6.3.1.5	Invorderingsfaciliteiten winstgenieters	399
6.3.1.5.a	Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst	399
6.3.1.5.b	Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom	400
6.3.1.6	Invorderingsfaciliteiten ab-houders	400
6.3.1.6.a	Invorderingsfaciliteit bij overlijden ab-houder	400
6.3.1.6.b	Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom	401
6.3.1.6.c	Invorderingsfaciliteit bij overdracht indirect ab	401
6.3.2	Faciliteiten schenk- en erfbelasting	403
6.3.2.1	Inleiding	403
6.3.2.2	Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit voortzetter	403
6.3.2.3	Invorderingsfaciliteit voor de voortzetter	409
6.3.2.4	Faciliteit voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering	410
6.4	Samenvatting en conclusies	414
6.4.1	Inleiding	414
6.4.2	First-best voorstel	414
6.4.3	Second-best voorstel	418
HOOFDSTUK 7		
Samenvatting en conclusies		425
7.1	Onderzoek en probleemstelling	425
7.2	Welvaartseconomisch kader	426
7.3	De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht	429
7.4	Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten IB-claim	431
7.5	Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten schenk- en erfbelasting	433
7.6	Aanbevelingen voor een optimaal stelsel	435
Summary and conclusions		439
Literatuur		451

Bijlage 1a	475
Bijlage 1b	479
Bijlage 1c	483
Bijlage 2: Tarieven inkomstenbelasting/premies volksverzekeringen box 1	487
Bijlage 3: Gehanteerde rentepercentages 2002-2011	491
Bijlage 4: Waardeontwikkeling bedrijfspand 2002-2011	493
Jurisprudentieregister	495
Trefwoordenregister	501

LIJST MET AFKORTINGEN

ab:	aanmerkelijk belang
AG:	advocaat-generaal
AOW:	Algemene Ouderdomswet
AWR:	Algemene Wet Rijksbelastingen
Besluit IB 1941:	Besluit op de Inkomstenbelasting 1941
BMBK:	Borgstellingsregeling Midden- en Kleinbedrijf
BNB:	Beslissingen in Belastingzaken
BV:	besloten vennootschap
BW:	Burgerlijk Wetboek
CBS:	Centraal Bureau voor de Statistiek
CCCTB:	Common Consolidated Corporate Tax Base
CPB:	Centraal Planbureau
CPI:	consumentenprijsindex
CV:	commanditaire vennootschap
DB:	dividendbelasting
dga:	directeur-groootaandeelhouder
DNB:	De Nederlandsche Bank
EC:	Europese Commissie
ECB:	Europese Centrale Bank
EG:	Europese Gemeenschap
EIM:	Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf
EK:	Eerste Kamer
EU:	Europese Unie
EVRM:	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FBN:	Fiscale Berichten voor het Notariaat
FBR:	formeel belastingrecht
FED:	FED Fiscaal Weekblad
fte:	fulltime-equivalent
FTV:	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
GO:	Garantie Ondernemingsfinanciering
GW:	Grondwet
HR:	Hoge Raad der Nederlanden
H-S inkomensbegrip:	Haig-Simons inkomensbegrip

Lijst met afkortingen

HvJ EG:	Hof van Justitie EG
HvJ EU:	Hof van Justitie EU
IB:	inkomstenbelasting
IVBPR:	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IW 1990:	Invorderingswet 1990
KB:	Koninklijk Besluit
KvK:	Kamer van Koophandel
LB:	loonbelasting
MBB:	Maandblad Belastingbeschouwingen
MKB:	midden- en kleinbedrijf
MvA:	memorie van antwoord
MvT:	memorie van toelichting
NnavNV:	nota naar aanleiding van het nader verslag
NnavV:	nota naar aanleiding van het verslag
NOB:	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NR:	nader rapport
NSW:	Natuurschoonwet 1928
NTFR:	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NvW:	nota van wijziging
OESO:	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
RJ:	Raad voor de Jaarverslaggeving
RO:	Wet op de rechterlijke organisatie
RvS:	Raad van State
RZO:	Raad voor het Zelfstandig Ondernemerschap
SHS-inkomensbegrip:	refererend aan Schanz, Haig en Simons
SME's:	Small and medium-sized enterprises
SRA:	Samenwerkende Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten
STAK:	Stichting Administratiekantoor
Stb.:	Staatsblad
Stcrt.:	Staatscourant
SW 1956:	Successiewet 1956
TBS-vermogen:	vermogen dat valt onder de terbeschikkingstellingsbepalingen
TFB:	Tijdschrift Formeel Belastingrecht
TFO:	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TK:	Tweede Kamer
Uitv.besl. IB 2001:	Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. IB 2001:	Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001
Uitv.reg. IW 1990:	Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990
Uitv.reg. schenk- en erfbelasting:	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
V-N:	Vakstudie Nieuws
VOF:	vennootschap onder firma

Vpb:	vennootschapsbelasting
VwEU:	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet BRV 1970:	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet DB 1965:	Wet op de dividendbelasting 1965
Wet IB 2001:	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet IB 1964:	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet LB 1964:	Wet op de loonbelasting 1964
Wet Vpb 1969:	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR:	Weekblad Fiscaal Recht
WOZ:	waardering onroerende zaken
zzp'er:	zelfstandige zonder personeel

HOOFDSTUK 1

Inleiding en probleemstelling

1.1 **Aanleiding tot het onderzoek**

1.1.1 *Belang van ondernemerschap*

Ondernemerschap krijgt hoge prioriteit van de Nederlandse overheid.¹ Uit onderzoek blijkt een positief en sterk verband tussen ondernemerschap en economische ontwikkelingen in een land te kunnen worden waargenomen in termen van groei, overleving van bedrijven, innovatie, werkgelegenheidscreëring, technologische verandering, productiviteitsverhoging en uitvoer.² Ook Van Praag³ wijst op de positieve bijdrage van ondernemerschap aan economische groei en innovatie. Zo ook Wennekers en Hartog die aandacht besteden aan de opbrengsten van ondernemerschap.⁴ In december 2003 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken in een beleidsbrief drie actieplannen gepresenteerd gericht op het verder bevorderen van ondernemerschap. Deze drie actieplannen zijn gerelateerd aan de verschillende levensfasen van een bedrijf: startende ondernemers, ondernemers in de groeifase en ondernemers in de fase van bedrijfsoverdracht en bedrijfsbeëindiging. De actieplannen zijn gericht op het wegnemen van belemmeringen die ondernemers ervaren en het creëren van meer kansen voor een dynamisch ondernemersklimaat.⁵ De actieplannen vormen de Nederlandse uitwerking van het Groenboek Ondernemerschap van de EC.⁶

1. Zie ook EIM (2008). In dit onderzoek is het ondernemerschapsbeleid van het Ministerie van Economische Zaken over de periode 2003-2007 doorgelicht.
2. Audretsch (2002).
3. Van Praag (2010), blz. 237. Zie verder nog Van Praag en Versloot (2007) voor een onderzoek naar de economische waarde van ondernemerschap.
4. Wennekers en Hartog (2011), paragraaf 2.4.
5. Ministerie van Economische Zaken (2003).
6. Europees Economisch en Sociaal Comité (2004), uitgemond in Europees Economisch en Sociaal Comité, (2005). De doelstellingen uit deze plannen zijn inmiddels samengevoegd in EC (2005b).

Ook in de EU wordt het belang van ondernemerschap dus uitdrukkelijk onderkend. SME's spelen daarin een grote rol.⁷ In de EU zijn ongeveer 23 miljoen SME's. Dit betreft 99% van alle ondernemingen in de EU.⁸ In november 2005 heeft de EC het belang van SME's onderstreept door een allesomvattend beleidskader voor kleine en middelgrote ondernemingen op te zetten.⁹ Daarin onderkent de EC dat het succes van dit beleidskader afhangt van de inspanningen van de lidstaten. De lidstaten formuleren zelf het door hen te voeren beleid ten aanzien van het ondernemerschap. Het communautaire beleidskader biedt steun en vult de inspanningen aan.

1.1.2 *Belang van bedrijfsoverdrachten*

De fase van bedrijfsbeëindiging is de laatste fase in de levenscyclus van persoonlijk ondernemerschap. Deze fase staat volop in de belangstelling mede vanwege het belang dat wordt toegekend aan ondernemerschap. Indien aan ondernemerschap zo veel waarde wordt toegekend, lijkt het noodzakelijk de continuïteit van bestaande bedrijven zo veel mogelijk te waarborgen.¹⁰ Ik gebruik hiervoor bewust 'lijkt noodzakelijk' omdat dit niet wil zeggen dat elk bedrijf kan of moet worden overgedragen. Vanuit economisch perspectief kan het immers soms ook beter zijn als het komt tot een bedrijfsbeëindiging.¹¹ Indien echter een overdracht geen doorgang vindt als gevolg van problemen die ontstaan door de overdracht zelf, kan economisch kapitaal (kennis, gevestigde contacten, andere immateriële activa, banen) verloren gaan en de economische groei vertragen.¹² Dit is te wijten aan drie soorten problemen die alle verband houden met de voorbereiding van bedrijfsoverdrachten: psychologische of emotionele problemen, het complexe karakter van de bedrijfsoverdracht en de nationale wetgeving (met name het vennootschapsrecht, het belastingstelsel en de administratieve formaliteiten).¹³ Andere specifieke problemen betreffen de waardering van ondernemingen en het verkrijgen van financiering.¹⁴

7. 'Medium-sized enterprises' hebben minder dan 250 werknemers, een omzet van minder dan € 50 miljoen en een balanstotaal van minder dan € 43 miljoen. Voor 'small enterprises' is dit respectievelijk vijftig werknemers, € 10 miljoen omzet en een balanstotaal van € 10 miljoen. De EC onderscheidt ook nog 'micro enterprises' met maximaal 10 werknemers, omzet en balanstotaal van niet meer dan € 2 miljoen. Zie: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_en.htm. De OESO sluit zich bij deze definitie aan (OESO 2009).
8. EC (2005b), blz. 3.
9. EC (2005b), blz. 3.
10. Als doelstelling van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt ook steeds het continuïteitsbelang onderstreept. Zie bijvoorbeeld de toelichting op de doorschuiffaciliteit bij schenking van ab-aandelen (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3).
11. Zie ook Crawford en Freedman (2010), blz. 1076.
12. EC (2006a).
13. EC (2002).
14. Zie ook Langman en Lugt (2005).

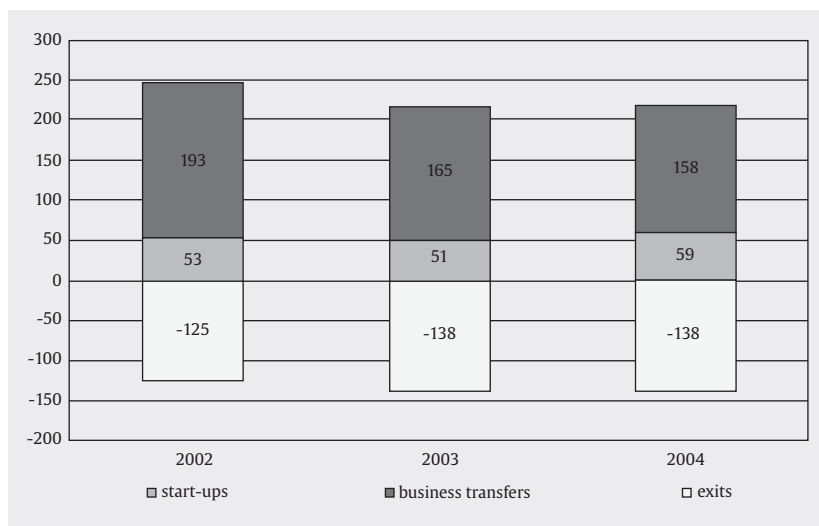
Bedrijfsoverdrachten worden steeds belangrijker. Dit komt mede door de vergrijzing: 24% van de ondernemers was op 1 januari 2010 55 jaar of ouder.¹⁵ Babyboomers verlaten het economisch proces. Dit leidt tot een groter aantal bedrijven dat moet worden overgedragen.¹⁶ Indien dat niet lukt, zal het aantal bedrijfsbeëindigingen stijgen.^{17, 18} Ook de maatschappelijke dynamiek is belangrijker geworden. De economische omstandigheden veranderen zo snel dat telkens nieuwe bedrijven worden opgericht, groeien en vervolgens weer worden overgedragen. Ook worden bedrijven geliquideerd. Dit gebeurt veelal in een kortere tijdspanne dan vroeger. Bovendien verkopen ondernemers vaker hun bedrijf om vervolgens weer een nieuw bedrijf te starten (serieel ondernemerschap). Morris¹⁹ is van oordeel dat het aantal bedrijfsoverdrachten een goede indicatie is van de gezondheid van een economie. Een dynamische economie kenmerkt zich niet alleen door het aantal starters en faillissementen, maar ook door een hoog aantal bedrijfsoverdrachten.

Het aantal bedrijfsoverdrachten in Nederland is klein in vergelijking met het aantal bedrijven dat wordt opgeheven.²⁰ In 2011 bleek 6,7% van de bedrijven in een fase van opheffing²¹ (58.959 bedrijven²²), terwijl slechts 2,7% van de bedrijven in overdracht²³ waren (23.535 bedrijven).²⁴ Ondanks het relatief lage aantal bedrijfsoverdrachten lijkt het belang van bedrijfsoverdrachten groot in termen van werkgelegenheid. Met name bij grotere bedrijven zijn met een bedrijfsoverdracht veel banen gemoeid. Bij kleinere bedrijven gaat het dan wel om minder banen, maar daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat 86% van de 9,1 miljoen ondernemingen in de EU minder dan tien werknemers heeft.²⁵ In figuur 1.1 zijn de directe werkgelegenheidseffecten verwerkt van respectievelijk gestarte bedrijven, overgedragen bedrijven en opgeheven bedrijven. Een bedrijfsoverdracht levert gemiddeld drie keer zo veel werk-

15. KvK (www.kvk.nl/ondernemen/brancheinformatie/cijfers-over-het-nederlandse-bedrijfsleven/ondernemersprofiel/), ondernemersprofiel 2009. Bron geraadpleegd op 31 juli 2013.
16. Van Teeffelen (2010), blz. 11 schat in dat in Nederland jaarlijks tussen de 11.000 en 15.000 bedrijven worden overgedragen.
17. Bangma en Bruins (2010).
18. Het aantal bedrijfsbeëindigingen blijkt ook vanwege andere redenen toe te nemen. Zie uitgebreider Van Teeffelen (2012a), blz. 8.
19. Morris (2005), blz. 41.
20. Van Teeffelen (2012a), blz. 10. Gegevens op basis van een random steekproef van 2.922 ondernemers uit het ondernemerspanel van de KvK. Bedrijven met meer dan 100 medewerkers zijn uitgesloten van het onderzoek.
21. 55% van deze bedrijven betreft zzp'ers.
22. Volgens het CBS zijn in 2011 81.675 bedrijven opgeheven (www.cbs.nl). Het verschil zal mede veroorzaakt worden als gevolg van het feit dat in het onderzoek van Van Teeffelen (2012a) bedrijven met meer dan 100 medewerkers niet zijn meegenomen. In 2012 zijn volgens het CBS 90.365 bedrijven opgeheven. Dit is een duidelijke stijging ten opzichte van 2011. Het aantal faillissementen bedroeg in 2012 8.616. Bron geraadpleegd op 31 juli 2013.
23. 76% van de bedrijven betreft ondernemers met personeel.
24. Uit de cijfers van het CBS is het aantal overdrachten niet expliciet af te leiden. Het CBS neemt het aantal fusies en overnames samen.
25. EC (2002), blz. 12.

gelegenheid op als een startend bedrijf. Het aantal bedrijfsbeëindigingen levert zodoende een fors verlies op aan banen.

figuur 1. directe werkgelegenheidseffecten in Nederland (in fte) toe te schrijven aan starters, bedrijfsoverdrachten en opheffingen (x 1.000)



Bron: Meijaard (2005) (op basis van cijfers Kamer van Koophandel)

Ook de EC maakt melding van een onderzoek waaruit blijkt dat een succesvolle bedrijfsoverdracht leidt tot behoud van gemiddeld vijf banen terwijl een vergelijkbaar nieuw gestart bedrijf gemiddeld slechts twee banen zou creëren.²⁶ Oudmaijer²⁷ komt met vergelijkbare cijfers. Volgens hem betreft dit evenwel het aantal arbeidsplaatsen op de korte termijn; de effecten over de langere termijn zijn niet berekend. Morris²⁸ plaatst naar mijn mening terecht kanttekeningen bij statistieken zoals gebruikt door Meijaard in figuur 1.1. Indien een bedrijf wordt opgeheven, is het volgens Morris van belang te weten hoe snel ontslagen werknemers weer een nieuwe dienstbetrekking krijgen. Ook is Morris van mening dat wordt genegeerd dat startende bedrijven na een periode van groei ook weer arbeidsplaatsen creëren (van 10-15% kan een sterke groei worden verwacht).

26. Overgenomen uit EC (2002), blz. 23. Oorspronkelijke bron moet zijn: MEDEF (Mouvement des Entreprises de France), ACFI (Assemblée des Chambres Françaises de Commerce et Industrie) en CRA (Club des Cédants et Repreneurs d'Affaires): Actieplan 1999. Bron niet te achterhalen.

27. Oudmaijer (2006), blz. 4.

28. Morris (2005), blz. 45.

Bangma en Bruins hebben in 2010 een onderzoek, niet beperkt tot werkgelegenheidseffecten, gepubliceerd waarin het economische verlies veroorzaakt door bedrijfsbeëindigingen in het kleinbedrijf is ingeschat.^{29, 30} In het onderzoek zijn alleen de eerste-orde-effecten betrokken. De effecten op langere termijn zijn helaas niet bekend. Dit bezwaar onderkennen de auteurs zelf ook.³¹ Uit het onderzoek blijkt dat in 2009 76.380 werknemers in het kleinbedrijf bij een bedrijfsbeëindiging betrokken zijn geweest.³² Het omzetverlies is volgens de auteurs beperkt. Het gaat om € 1,6 miljard aan omzet in het kleinbedrijf. Ook het economische verlies in termen van winst³³ (€ 105 miljoen) en kapitaal (€ 379 miljoen) is beperkt. In het onderzoek is specifiek aandacht besteed aan bedrijfsbeëindigingen waar een bedrijfsoverdracht wel is overwogen (dit betreft 11% van de bedrijfsbeëindigingen). Het economische verlies blijkt in die gevallen groter te zijn. De bedrijfsoverdracht vond veelal toch geen doorgang vanwege het feit dat de activiteiten voor een ander economisch niet rendabel waren, dan wel te persoonsafhankelijk.³⁴

Van Teeffelen komt tot de conclusie dat de economische effecten aanzienlijk groter zijn.³⁵ Volgens de auteur komt dit omdat Bangma en Bruins hun onderzoek hebben beperkt tot het kleinbedrijf en daarnaast in hun onderzoek alleen starters hebben meegenomen die in de eerste vijf jaar zijn gestrand. Van Teeffelen komt voor het jaar 2011 tot de conclusie dat met de opheffingen ruim 135.000 banen zijn gemoeid,³⁶ er sprake is van een omzetzerving van € 4 miljard en een kapitaalverlies van € 4,2 miljard. Deze schade kan volgens de auteur voor een deel worden voorkomen door het bedrijf over te dragen omdat 34% van deze bedrijven financieel rendabel is en een kansrijke uitgangspositie voor verkoop heeft. In hetzelfde onderzoek heeft Van Teeffelen³⁷ ook berekend wat de economische impact is van een bedrijfsoverdracht. Uit zijn berekeningen blijkt dat het voorkomen van een mislukte overdracht een nog grotere impact heeft op de werkgelegenheid en de omzetzerving en een gelijk of anderhalf keer hoger effect op het kapitaalverlies dan maatregelen om bedrijfsbeëindigingen te voorkomen.

29. Bangma en Bruins (2010).

30. Het onderzoek is beperkt tot het kleinbedrijf (tot 10 werkzame personen). Alleen bedrijven in de marktsector zijn in het onderzoek meegenomen. Het onderzoek is gedaan via twee invalshoeken: een enquête en een macro-economisch onderzoek.

31. Bangma en Bruins (2010), blz. 25.

32. In dit getal is ook de ondernemer zelf meegenomen.

33. Slechts 26% van de bedrijven maakte winst.

34. In 8% van de situaties waar een overdracht wel is overwogen, is de overdracht afgeketst omdat geen koper kon worden gevonden. Hier waren 1.000 banen mee gemoeid. Hier is sprake van marktfalen als gevolg van het ontbreken van perfecte concurrentie. Zie paragraaf 2.3.1.

35. Van Teeffelen (2012a), blz. 5.

36. In dit getal is ook de ondernemer zelf meegenomen.

37. Van Teeffelen (2012a), blz. 15.

Uit voorgaande onderzoeken blijkt het belang van bedrijfsoverdrachten voor de economie. Uit een in 2012 door de EC uitgevoerd onderzoek³⁸ blijkt evenwel dat in Nederland slechts 32% van de ondervraagden het een optie vindt om een bestaand bedrijf over te nemen (dit percentage bedroeg in 2009 26%). 55% heeft de voorkeur voor de start van een nieuw bedrijf;³⁹ voor de EU is dit 54%. Parker en Van Praag⁴⁰ hebben in een op Nederland betrekking hebbend onderzoek onderzocht welke factoren van belang zijn bij de keuze om een nieuw bedrijf te starten dan wel een bestaand bedrijf over te nemen. Uit hun onderzoek blijkt dat opleiding een belangrijke factor is bij deze keuze. Mensen met een hogere opleiding kiezen eerder voor de start van een nieuw bedrijf. Zij zijn beter in staat kansen in de markt te ontdekken. Ze kunnen ook beter met de risico's van het starten van een nieuw bedrijf omgaan. Block, Thurik e.a. hebben eveneens onderzoek gedaan naar het starten van een nieuw bedrijf dan wel het overnemen van een bestaand bedrijf.⁴¹ Volgens de auteurs onderscheidt het starten van een nieuw bedrijf zich allereerst van het overnemen van een bestaand bedrijf door het riskantere karakter. Een bestaand bedrijf heeft de opstartfase reeds achter de rug. Daarnaast geven de auteurs aan dat het starten van een nieuw bedrijf meer oplevert in niet-financiële zin. Hierbij kan worden gedacht aan het meer kunnen benutten van de eigen capaciteiten. Ook van Teeffelen⁴² heeft specifiek onderzoek gedaan naar kenmerken van overnemers. Uit zijn onderzoek blijkt dat een overnemer een ander type ondernemer is dan een starter.

Op grond van het bovenstaande kan worden vastgesteld dat ondanks het feit dat veel bedrijven moeten worden overgedragen een eventuele koper ook de mogelijkheid heeft een nieuw bedrijf te beginnen. Hier kan een taak zijn weggelegd voor de overheid. De overheid kan trachten kopers en verkopers met elkaar in contact te brengen. In de volgende paragraaf wordt uitgewerkt welk kader de overheid moet hanteren om te bepalen of zij reden heeft tot ingrijpen waar het betreft de overdracht van ondernemingen.

1.1.3 *Plaatsbepaling en verantwoording van het onderzoek*

In de vorige paragraaf is het belang van bedrijfsoverdrachten onderstreept. Bij een bedrijfsoverdracht draait het om de overdrager en de overnemer. Deze partijen komen met elkaar in contact en zullen door te onderhandelen moeten ondervinden of ze kunnen komen tot de overdracht van een onderneming. Voor de overheid is in eerste instantie geen rol weggelegd. Het is de markt die zijn werk moet doen. Dit is het uitgangspunt van de theorie van de welvaarts-economie. De markt komt tot een efficiënte allocatie van productiefactoren, maar als gevolg van marktfalen en op basis van herverdelingsargumenten kan

38. EC (2012), blz. 68.

39. In 2009 bedroeg dit percentage 60 (EC 2010, blz. 65).

40. Parker en Van Praag (2012).

41. Block, Thurik e.a. (2013). Zij hebben dit onderzoek gedaan op basis van internationale data voor 33 landen (EU en een aantal andere lidstaten, zie blz. 3 van het onderzoek).

42. Van Teeffelen (2012b), blz. 12.

de overheid zich gedwongen voelen in te grijpen in het marktproces. Het voorgaande vormt het uitgangspunt voor mijn onderzoek. De overheid heeft alleen dan reden tot ingrijpen als sprake is van marktfalen of op basis van herverdelingsargumenten. Door de theorie van de welvaartseconomie als uitgangspunt te nemen, wordt in dit onderzoek een andere benadering gekozen dan Hoogeveen heeft gedaan in haar promotieonderzoek. Hoogeveen⁴³ toetst de kwaliteit van de bedrijfsopvolgingswetgeving op basis van de in de nota Zicht op wetgeving genoemde kwaliteitseisen van wetgeving. Op basis van deze toetsing heeft Hoogeveen interessante aanbevelingen gedaan om te komen tot kwalitatief betere wetgeving. De kwaliteitseisen omvatten zowel een juridische als een beleidsmatige component. Ook in het onderzoek van Hoogeveen komt de noodzaak van een maatregel vanuit welvaartspectief aan de orde, maar zij neemt niet de theorie van de welvaartseconomie als uitgangspunt. De uitkomsten van het onderzoek van Hoogeveen komen in dit promotieonderzoek uitgebreid aan de orde.

Om te onderzoeken of de overheid reden heeft tot ingrijpen moet aldus eerst worden onderzocht of de markt faalt bij de overdracht van ondernemingen. Stiglitz⁴⁴ noemt als vormen van marktfalen:

- Ontbreken perfecte concurrentie;
- Behoeftes aan publieke goederen;
- Positieve en negatieve externe effecten;
- Onvolledige markten;
- Onvolledige informatie;
- Werkloosheid en andere macro-economische verstoringen.

Naast marktfalen kunnen, zoals hiervoor aangegeven, ook herverdelingsargumenten de overheid motiveren tot ingrijpen. Als de overheid het inkomen perfect zou willen verdelen, zou deze de juiste informatie moeten hebben om de verdien capaciteit van individuen te kunnen bepalen. Het gedrag van individuen wordt dan niet beïnvloed door de herverdeling. Indien dat zou kunnen worden bereikt, bevinden we ons in een first-best situatie. Hiervoor zijn alleen individuele lump-sum belastingen geschikt. Nu informatie ontbreekt om op een dergelijke manier te verdelen, moet de overheid de verdien capaciteit op een andere manier belasten. Belastingheffing werkt dan verstorend. De overheid kan een motief hebben om in te grijpen vanwege marktverstoringen die optreden als gevolg van het eigen overheidsingrijpen.⁴⁵

Marktfalen zou aldus voor de overheid aanleiding kunnen vormen om bedrijfsopvolgingen op de een of andere wijze te begeleiden; daarnaast zou een dergelijke begeleiding het eigen overheidsingrijpen kunnen corrigeren. Nu moet daarbij worden onderkend dat dit overheidsingrijpen ook weer kan

43. Hoogeveen (2011), paragraaf 1.2.

44. Stiglitz (2000), blz. 77-85.

45. Zie ook EIM (2008), blz. 37.

leiden tot overheidsfalen. Overheidsinterventie kent ook haar beperkingen. Het is zaak om een optimale combinatie van overheidregels en marktwerking te vinden zodanig dat de som van marktfalen en overheidsfalen tot een minimum wordt beperkt.⁴⁶

Dit onderzoek richt zich vooral op het overheidsingrijpen bij bedrijfsoverdrachten via de belastingwetgeving. In de belastingwetgeving is ten aanzien van bedrijfsopvolging een verscheidenheid aan fiscale faciliteiten opgenomen, hetgeen heeft geresulteerd in complexe wetgeving. Een gedegen onderzoek naar de aanvaardbaarheid van deze faciliteiten is van groot belang.⁴⁷ Ook Hoogeveen⁴⁸ noemt als aanleiding voor haar onderzoek, naast de complexiteit van de wetgeving, dat de wetgever geen onderzoek heeft gedaan naar de noodzaak, de effectiviteit en de doelmatigheid van de faciliteiten.

In paragraaf 1.2 wordt eerst op hoofdlijnen geanalyseerd welke fiscale gevolgen zijn verbonden aan het overdragen van een onderneming.⁴⁹ Vervolgens wordt in paragraaf 1.3 een inleidend overzicht gegeven van de huidige fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

1.2 De belastingheffing bij een bedrijfsoverdracht

Inleiding

In dit onderzoek staan fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten centraal die de belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten moeten verzachten. Deze heffing is allereerst afhankelijk van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven. In dit onderzoek richt ik me op (a) ondernemingen waarvan de resultaten bij de ondernemer in de inkomstenbelasting in aanmerking worden genomen (hierna: IB-ondernemingen); en (b) ondernemingen die door een kapitaalvennootschap worden uitgeoefend en waarvan de resultaten zijn onderworpen aan de vennootschapsbelasting voor zover het de kapitaalvennootschap betreft en bij de aandeelhouder/natuurlijk persoon in de inkomstenbelasting voor zover het uit die vennootschap voortvloeiende voordelen betreft (hierna: Vpb-ondernemingen). Bij deze laatste vorm wordt nog een aanpalende variant onderscheiden, namelijk die waarbij de aandelen in de kapitaalvennootschap worden gehouden door een andere kapitaalvennootschap waar de aandeelhouder/natuurlijke persoon de uiteindelijke voordelen aan ontleent (hierna: holdingstructuur). IB-ondernemingen worden als zodanig niet belast voor het winstinkomen. Het gaat om de persoon die de onderneming drijft: de ondernemer. Wanneer sprake is van een onderneming in fiscale zin, blijkt niet uit de Wet IB 2001.⁵⁰ In de jurisprudentie wordt voor

46. De Mooij (2006), blz. 41.

47. Zie ook de staatssecretaris van Financiën in zijn brief van 22 juli 2010 aan de Tweede Kamer.

48. Hoogeveen (2011), blz. 29.

49. Waar in dit onderzoek wordt gesproken over een 'onderneming' wordt daarmee zowel een IB-onderneming als een Vpb-onderneming bedoeld. Indien één van beide wordt bedoeld, wordt dit specifiek aangegeven.

50. In MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 93 wordt de voorkeur uitgesproken om de afbakening van het begrip 'onderneming' primair aan de jurisprudentie over te laten.

de uitleg van dit begrip aansluiting gezocht bij de in de bedrijfseconomie gebruikelijke omschrijving dat een onderneming een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is, waarmee wordt beoogd door deelneming aan het maatschappelijke productieproces, winst te behalen (de objectieve onderneming). Het is de ondernemer die uiteindelijk zelf wordt belast voor de winst genoten uit de onderneming.

Indien de onderneming door een kapitaalvennootschap wordt gedreven, wordt deze laatste als belastingplichtige aangemerkt voor de vennootschapsbelasting.⁵¹ Uitdelingen van winst vormen voor de vennootschap op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 geen aftrekbare bedrijfslasten. Of de uitdeling wordt belast, is afhankelijk van de hoedanigheid van de aandeelhouder. Voor een aandeelhouder/vennootschap valt de uitdeling in de regel onder de deelnemingsvrijstelling.⁵² In dit onderzoek wordt daar ook van uitgegaan. Wanneer de aandelen in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven direct door een natuurlijk persoon worden gehouden, worden de voordelen in de regel belast in box 2.

De wetgever beoogt tariefdrukverschillen tussen de wijzen waarop een onderneming wordt gedreven zo veel mogelijk op te heffen. De winst van de IB-ondernemer wordt belast in box 1 tegen het progressieve tarief. Dit tarief bedraagt maximaal 52%.⁵³ De IB-ondernemer heeft evenwel recht op diverse fiscale faciliteiten waaronder de MKB-winstvrijstelling (14% van de winst),⁵⁴ welke leidt tot een effectieve tariefsverlaging. Het maximale effectieve tarief over de winst van de IB-ondernemer is 44,72%.

Over de winst van de vennootschap wordt vennootschapsbelasting geheven naar een tarief van maximaal 25%.⁵⁵ Ab-houders worden in box 2 belast tegen een proportioneel inkomstenbelastingtarief van 25%.⁵⁶ Dit tarief is gebaseerd op een benaderde gelijkstelling van ab-houders met persoonlijke ondernemers, doordat bij ab-houders rekening wordt gehouden met het feit dat de aan hen uitgedeelde winst reeds met vennootschapsbelasting is belast. Uiteindelijk rust op de ab-houder een gecombineerde druk aan inkomsten- en vennootschapsbelasting van maximaal 43,75%.⁵⁷ Bij de berekening van dit percentage wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de winst van de vennootschap in een jaar geheel bij de ab-houder terecht komt. Dit lijkt een weinig realistische veronderstelling. Hierbij moet echter in gedachten worden gehouden dat als de winst niet wordt onttrokken deze rendeert in de vennootschap waardoor

51. Art. 2, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

52. Art. 13 Wet Vpb 1969.

53. Art. 2.10 Wet IB 2001.

54. Art. 3.79a Wet IB 2001.

55. Art. 22 Wet Vpb 1969.

56. Art. 2.12 Wet IB 2001.

57. Dit percentage geldt voor winsten vanaf € 200.000. Voor lagere winsten is het gecombineerde tarief lager.

ook op dit rendement een gecumuleerde vennootschaps- en inkomstenbelastingclaim rust.

Indien het komt tot een bedrijfsoverdracht, betekent dit – gegeven het fiscale stelsel – voor de overdrager/natuurlijk persoon dat hij moet afrekenen over de in de onderneming besloten liggende belastingclaim die wordt veroorzaakt doordat op grond van het jaarwinstprincipe jaarlijks op kostprijs wordt gewaardeerd, terwijl op basis van de jaarwinstregels realisatie op basis van werkelijke waarde bij vervreemding plaatsvindt; op grond van de fiscale winstbepaling worden niet-gerealiseerde vermogensmutaties niet belast, hoewel ongerealiseerde verliezen wel in aanmerking kunnen worden genomen. Ten aanzien van de waardemutaties van aandelen die tot een ab behoren geldt dat realisatie plaatsvindt bij (fictieve) vervreemding van de ab-aandelen. Het betreft hiervoor dus in beide varianten steeds vermogensmutaties die in de onderneming, kapitaalvennootschap of de aandelen besloten liggen, maar nog niet in de heffing betrokken zijn. Het pas bij realisatie belasten van vermogensmutaties is eigen aan een vermogenswinstbelasting. Een dergelijke belastingheffing kan een persoon ervan weerhouden zijn onderneming of aandelen te verkopen. Stiglitz is mijns inziens terecht van mening dat dit zogenoemde lock-in effect significant is bij kleinere bedrijven waar de eigenaar ook de bestuurder is.⁵⁸ Daarbij is het wel van belang of de overdrager in staat is de belastingclaim geheel of gedeeltelijk af te wentelen op de overnemer. Naarmate dit beter het geval is, is het lock-in effect kleiner. Bij de verkoop van de aandelen in de werkmaatschappij door de holdingvennootschap speelt genoemde problematiek niet. Voordelen uit hoofde van een deelneming vinden op grond van art. 13 Wet Vpb 1969 onbelast plaats. Hieruit blijkt dat de keuze van de rechtsvorm bepalende invloed heeft op de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht.

Een bedrijfsoverdracht vindt niet alleen plaats bij leven, maar ook bij overlijden. De erfflater moet in dit geval dan eveneens afrekenen over de in de onderneming, dan wel in de ab-aandelen besloten liggende fiscale claim.

Daarnaast wordt ingeval de bedrijfsoverdracht een gevolg is van het overlijden van de IB-ondernemer of de ab-houder bij de erfgenamen erfbelasting geheven over de waarde van het verkregene; daartoe behoort ook ondernemingsvermogen of een pakket ab-aandelen dat vererft. Heffing van schenkbelasting is aan de orde als de onderneming of ab-aandelen (deels) worden geschonken of tegen een lagere waarde dan de waarde in het economische verkeer worden overgedragen. Het voordeel veroorzaakt door de schenking wordt dan in de heffing betrokken. Het tarief in de SW 1956⁵⁹ is zowel afhankelijk van de hoogte van de verkrijging als van de graad van verwantschap tussen de erfflater/schenker en de verkrijger. In beginsel ontstaat bij deze vormen van bedrijfsoverdracht derhalve een hoge fiscale claim; de wetgever is daaraan overigens in vergaande mate tegemoetgekomen door onder voorwaarden de schenk- respectievelijk erfbelasting belangrijk te verlagen.

58. Stiglitz (2000), blz. 595-596.

59. Art. 24 SW 1956.

IB-ondernemingen en de belastingclaim op winstinkomen bij bedrijfsoverdrachten
Het antwoord op de vraag of de belastingclaim de bedrijfsoverdracht belemmert, is met name afhankelijk van de hoogte van de belastingclaim. Vooral bij kapitaalintensive bedrijven kan de belastingclaim aanzienlijk zijn. Voor de IB-ondernemer bestaat de belastingclaim uit de heffing van inkomstenbelasting over de stille reserves, de goodwill en de fiscale reserves (gezamenlijk de stakingswinst).⁶⁰ Met name in de bedrijfsmiddelen kunnen aanzienlijke stille reserves schuilgaan. Deze bedrijfsmiddelen staan op de balans tegen de boekwaarde (aanschafkosten minus de afschrijvingen), maar moeten op de stakingsbalans worden verantwoord tegen de waarde in het economische verkeer. Stakingswinst ontstaat overigens niet alleen als de onderneming bij leven wordt overgedragen, maar ook als de ondernemer komt te overlijden. In art. 3.58 Wet IB 2001 is voor deze laatste situatie een stakingsfictie opgenomen. Als een onderneming niet wordt overgedragen maar wordt geliquideerd, leidt dit ook tot het in aanmerking nemen van stakingswinst.

In de stille reserve is mogelijk ook inflatiewinst begrepen. Deze inflatiewinst wordt ten volle belast, omdat de ondernemer wordt belast voor de gehele nominale winst die hij heeft verkregen uit zijn onderneming.⁶¹ Zowel de uitgestelde winstneming als de heffing over inflatie kunnen aldus tot gevolg hebben dat de belastingclaim bij overdracht aanzienlijk is.

Niet alleen de omvang van de stakingswinst is van belang. Ook de hoogte van het belastingtarief speelt een rol. Tot 1 januari 2001 golden ter zake van winsten gerealiseerd bij bedrijfsoverdrachten en liquidaties van IB-ondernemingen bijzondere tarieven. Bij staking van de onderneming kon gebruik worden gemaakt van een bijzonder tarief van 45%. Bij overlijden gold een tarief van 20%. De bijzondere tarieven waren in de wet opgenomen om heffing over de winst die op meer jaren betrekking heeft (a-periodieke inkomsten) te kunnen matigen. Deze winst wordt bij realisatie in één keer tegen een waarschijnlijk hoger tarief belast.⁶² Voor het vervallen van de bijzondere tarieven per 1 januari 2001 is allereerst als argument aangedragen dat over de gehele linie de tarieven zijn verlaagd.⁶³ Ook zou het aantal situaties dat een bijzonder tarief nodig is, zijn afgenomen omdat in de boxenstructuur in een aantal gevallen geen progressief tarief, maar een vast tarief geldt. Als laatste argument is aangedragen dat de afschaffing een vereenvoudiging zou zijn.⁶⁴ Vanaf 1 januari 2001 gelden de normale progressieve tarieven bij staking. Het tarief bedraagt effectief maximaal 44,72%. Na het afschaffen van de bijzondere tarieven kan de heffing alleen nog worden gematigd door gebruik te maken van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (zie paragraaf 1.3). Ook bestaat er een mogelijkheid om de stakingswinst, tot een bepaald maximum, om te zetten in een lijfrente (art. 3.129 Wet IB 2001).

60. Ook liquidatie van de onderneming leidt tot het in aanmerking nemen van stakingswinst.

61. Art. 3.8 Wet IB 2001.

62. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 88 l.k.

63. Het toptarief in de inkomstenbelasting is bijvoorbeeld verlaagd van 60% naar 52%.

64. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 23.

Dat op het moment van staking, zowel bij leven als bij overlijden, moet worden afgerekend over de stakingswinst, vloeit voort uit de keuze van de wetgever voor een subjectief ondernemersbegrip. Indien zou worden uitgegaan van een objectief ondernemingsbegrip, zoals van toepassing voor de meeste aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichamen, zou afrekening niet aan de orde zijn. Het is dan niet relevant of de achterliggende persoon zijn onderneming staakt. Er hoeft bij een objectief ondernemingsbegrip niet te worden afgerekend zolang de objectieve onderneming blijft voortbestaan. In dit onderzoek wordt voor de IB-ondernemer uitgegaan van het geldende subjectieve ondernemersbegrip. Vooral nog gaan er ook geen stemmen op om over te stappen naar een objectief ondernemingsbegrip.

Kapitaalvennootschappen en de belastingclaim op winstinkomen⁶⁵ bij bedrijfs-overdrachten

Degene die direct het belang houdt in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven en als ab-houder kwalificeert, wordt bij een vervreemding van de aandelen geconfronteerd met een IB-claim. Hij wordt belast voor het vervreemdingsvoordeel, zijnde de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs van de vervreemde aandelen.⁶⁶ Dit vervreemdingsvoordeel wordt belast in box 2 tegen 25%. De overdrachtprijs is gebaseerd op de waarde in het economische verkeer van de aandelen. De waarde in het economische verkeer van de aandelen is op haar beurt weer afhankelijk van de waarde in het economische verkeer van de onderliggende activa en passiva in de kapitaalvennootschap. Bij de waardering van de activa en passiva wordt rekening gehouden met de Vpb-claim die rust op de stille reserves, de goodwill en de fiscale reserves van de kapitaalvennootschap. Het overlijden van de aandeelhouder leidt op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 tot een fictieve vervreemding van de aandelen.

Een bedrijfsoverdracht kan ook gestalte krijgen door de vennootschap de onderneming te laten vervreemden. De vennootschap wordt dan belast met vennootschapsbelasting tegen een tarief van maximaal 25% over de in de vervreemde onderneming begrepen stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Dit is alleen anders als gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsfusiefaciliteit (art. 14 Wet Vpb 1969), de afsplitsingsfaciliteit (art. 14a, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969) of van het fiscale eenheidsregime (art. 15 Wet Vpb 1969). De overdracht van een onderneming met gebruikmaking van de bedrijfsfusie- of afsplitsingsfaciliteit vindt vaak plaats als voorbereiding op een bedrijfsoverdracht. De overdrager blijft betrokken bij de overgedragen onderneming. De bedrijfsfusiefaciliteit wordt in dit onderzoek niet verder uitgewerkt.⁶⁷ Ik zie deze faciliteit als herstructureringsfaciliteit die in bredere

65. Ik meen de term 'winstinkomen' ook te kunnen gebruiken voor het inkomen uit ab, omdat het daar uiteindelijk ook gaat om de voordelen die uit de aandelen worden verkregen. Vergelijk art. 3.8 Wet IB 2001.

66. Art. 4.19 Wet IB 2001.

67. Zie voor een onderzoek betreffende de bedrijfsfusiefaciliteit Van den Brande-Boomsluiters (2004).

context wordt toegepast en niet als specifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit geldt evenzeer voor de afsplitsingsfaciliteit en de mogelijkheid om binnen fiscale eenheid een onderneming over te dragen. De drie hiervoor genoemde faciliteiten worden overigens ook regelmatig gebruikt om een holdingstructuur tot stand te brengen.⁶⁸ Bij overdracht van de onderneming door de vennootschap blijft de fiscale claim op de aandelen vooralsnog in stand. Deze claim openbaart zich pas als de aandelen worden vervreemd, c.q. de gerealiseerde meerwaarden als dividend worden uitgekeerd.

Als de onderneming wordt gedreven door tussenkomst van een holdingvennootschap kan een bedrijfsoverdracht vorm worden gegeven door middel van een overdracht van de aandelen in de werkmaatschappij of een overdracht van de onderneming uit de werkmaatschappij. De eerste variant leidt in de regel niet tot belastingheffing als gevolg van de in art. 13 Wet Vpb 1969 opgenomen deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling wordt in dit onderzoek echter niet als bedrijfsopvolgingsfaciliteit behandeld. De deelnemingsvrijstelling is in de Wet Vpb 1969 opgenomen om dubbele heffing van vennootschapsbelasting te voorkomen bij de moedermaatschappij. Bij de toetsing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt ingegaan op de verhouding tussen holdingstructuren en die situaties waarbij het belang in de werkmaatschappij direct door de ab-houder wordt gehouden. Een overdracht van de onderneming uit de werkmaatschappij leidt, zoals in de situatie hiervoor waar geen sprake was van een holdingstructuur, tot heffing van vennootschapsbelasting.⁶⁹ Als de aandelen in de holdingvennootschap worden verkocht, dus inclusief de aandelen in de werkmaatschappij, zijn de gevolgen gelijk aan de situatie dat aandelen die rechtstreeks in de werkmaatschappij worden gehouden, worden vervreemd (zie hiervoor). De overdrachtprijs betreft de waarde in het economische verkeer van de aandelen van de holdingvennootschap waarin uiteraard tevens de waarde in het economische verkeer is begrepen van de aandelen in de werkmaatschappij.

Heffing van erfbelasting/schenkbelasting bij bedrijfsoverdrachten

Bij een bedrijfsoverdracht kan zoals aangegeven ook heffing van erf- of schenkbelasting aan de orde zijn. Erfbelasting wordt geheven bij het overlijden van iemand tot wiens vermogen een onderneming dan wel een pakket ab-aandelen behoort.

Indien een onderneming bij leven wordt geschonken, wordt van de verkrijger schenkbelasting geheven over de waarde van al wat door schenking wordt verkregen. Onder schenking wordt op grond van art. 1, zevende lid, SW 1956 verstaan de gift (in de civielrechtelijke zin van het woord).

De verkrijging wordt zowel voor de erf- als voor de schenkbelasting in aanmerking genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de

68. Ook de in art. 4.41, eerste lid, Wet IB 2001 genoemde aandelenfusiefaciliteit kan daarvoor worden gebruikt.

69. Tenzij wederom gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsfusiefaciliteit, de afsplitsingsfaciliteit of het fiscale eenheidsregime.

verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend.⁷⁰ Voor ondernemingsvermogen is nog specifiek bepaald dat het voor de waardebepaling in aanmerking moet worden genomen als samenhangend geheel, dat wil zeggen op going-concernbasis met inbegrip van overdraagbare goodwill. Indien evenwel de som van de waarde van de activa en passiva hoger is dan de going-concernwaarde, moet worden aangesloten bij deze hogere liquidatiewaarde.⁷¹ Zowel de erf- als de schenkbelasting worden geheven van de verkrijger.⁷²

1.3 Fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De fiscale heffing zou geen beletsel mogen zijn voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten.⁷³ In de belastingwetgeving zijn daarom de reeds genoemde bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opgenomen. In de eerste plaats gaat het om faciliteiten die de belastingheffing op de winst bij een bedrijfsoverdracht verzachten. Daarnaast is in de SW 1956 een bedrijfsopvolgingsfaciliteit opgenomen die de heffing van erf- en schenkbelasting bij de verkrijger matigt als die ondernemingsvermogen verkrijgt. Verder zijn in de IW 1990 invorderingsfaciliteiten opgenomen op basis waarvan voor de belastingsschuld uitstel van betaling kan worden verkregen.

Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten winstkomen IB-ondernemers

De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor de IB-ondernemer kennen verschillende gedaanten. Zo kan de belastingheffing over de stakingswinst, onder voorwaarden, bij de overdrager worden voorkomen door gebruik te maken van een doorschuiffaciliteit (zowel bij leven als bij overlijden).⁷⁴ Toepassing van een doorschuiffaciliteit heeft tot gevolg dat de onderneming wordt geacht niet te zijn gestaakt. Degene aan wie de onderneming is overgedragen, wordt geacht in de plaats te zijn getreden van degene die de onderneming heeft overgedragen. De overnemer is fiscaalrechtelijk verplicht verder te gaan op basis van de fiscale boekwaarden van de overdrager. Op deze wijze wordt de belastingclaim doorgeschoven naar een ander subject. Dit is in strijd met het draagkrachtbeginsel en past meer in een 'Objektsteuer'.⁷⁵ De inkomstenbelasting gaat immers uit van het subject. Ieder subject moet worden belast naar draagkracht. Bij deze conclusie zijn in praktisch opzicht wel kanttekeningen te plaatsen, omdat een doorschuiffaciliteit in de regel zal doorwerken in de verkoopprijs. De overnemer zal immers geneigd zijn minder te betalen, omdat hij de latente belastingclaim van de overdrager overneemt. Als bezwaar tegen de toepassing van doorschuiffaciliteiten zou kunnen worden ingebracht dat de

70. Art. 21, eerste lid, SW 1956.

71. Art. 21, elfde en twaalfde lid, SW 1956.

72. Art. 36 SW 1956.

73. Ministerie van Financiën (2004).

74. Art. 3.59, 3.62 en 3.63 Wet IB 2001.

75. Spaanstra (1963b).

belastingclaim op de steeds verder groeiende stille reserves alsmar hoger wordt, hetgeen tot volstrekte immobiliteit van de onderneming kan leiden.⁷⁶

De overdrager kan er in bepaalde situaties ook voor kiezen de stakingswinst te laten belasten, maar de daadwerkelijke betaling van de verschuldigde belasting naar de toekomst te verschuiven. De overdrager krijgt dan uitstel van betaling voor de verschuldigde inkomstenbelasting (invorderingsfaciliteiten).⁷⁷ Ook bij overlijden geldt een dergelijke invorderingsfaciliteit.⁷⁸ Aan de wetenschappelijke literatuur kan de algemene conclusie worden ontleend dat invorderingsfaciliteiten de voorkeur genieten boven grondslagfaciliteiten.⁷⁹ Invorderingsfaciliteiten passen beter in een op het subject gerichte inkomstenbelasting. De belastingplichtige wordt wel belast, de invordering van de verschuldigde belasting vindt alleen op een later moment plaats: er is immers in feite sprake van een liquiditeitsprobleem dat moet worden opgelost.

Ook kan de IB-ondernemer de heffing uitstellen door, tot een bepaald maximum, voor het bedrag van de stakingswinst een lijfrente te bedingen.⁸⁰ De uitkeringen worden dan in de toekomst belast als lijfrente-uitkeringen.⁸¹ Verder mag de stakingsaftrek⁸² niet onvermeld blijven hoewel het belang daarvan ingaande 2001 belangrijk is afgenomen. Vanaf 1 januari 2001 is de stakingsaftrek namelijk gemaximeerd tot een (niet-geïndexeerd) bedrag van € 3.630 en is deze vormgegeven als een life-timevrijstelling. Van een andere aard is nog een waarderingfaciliteit bij overlijden voor de tot het ondernemingsvermogen behorende woning. De waarde in het economische verkeer van de woning mag, onder voorwaarden, worden gesteld op 60%.⁸³ Deze laatste faciliteiten zie ik in dit onderzoek niet als bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten hebben tot doel de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Hiermee wordt bedoeld dat voorkomen moet worden dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming onttrokken zouden moeten worden. De stakingslijfrentepremieaftrek, de stakingsaftrek en de waarderingfaciliteit voor de woning hebben dit doel niet.

Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten winstinkomen ab-houders

De ab-houder kon tot 1 januari 2010 alleen bij echtscheiding of bij overlijden gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit. Vanaf 1 januari 2010 is doorschuiving ook mogelijk bij schenking van ondernemingsvermogen.⁸⁴ De

76. Brüll (1964), blz. 238.

77. Art. 25, achttiende en negentiende lid, IW 1990.

78. Art. 25, zeventiende lid, IW 1990.

79. Zie o.a. Stevens (1980), blz. 357-358 voor het oude art. 17 Wet IB 1964 en Brüll (1964) blz. 235-239.

80. Art. 3.129 Wet IB 2001.

81. Art. 3.100, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001.

82. Art. 3.79 Wet IB 2001.

83. Art. 3.58, tweede lid, Wet IB 2001.

84. Art. 4.17c Wet IB 2001.

voorwaarden voor toepassing van de faciliteit bij overlijden zijn daarentegen aangescherpt. De faciliteit geldt, zoals ook het geval is bij schenking, alleen voor zover ondernemingsvermogen overgaat.⁸⁵ Toepassing van een doorschuiffaciliteit in de ab-sfeer heeft tot gevolg dat de verkrijgingsprijs van de aandelen wordt doorgeschoven. Uitstel van betaling wordt alleen bij leven verleend als de tegenprestatie schuldig wordt gebleven⁸⁶ of bij een indirecte overdracht van tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen.⁸⁷ De ab-houder heeft, ondanks de uitbreiding van de faciliteiten met ingang van 1 januari 2010, nog steeds minder faciliteiten tot zijn beschikking dan de IB-ondernemer. Op deze verschillen wordt in dit onderzoek ingegaan.

Bedrijfsopvolgingsfaciliteit Successiewet/Invorderingswet

De verkrijging van ondernemingsvermogen als gevolg van overlijden, dan wel schenking wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast met erf- dan wel schenkbelasting. Om te voorkomen dat de belasting de continuïteit van de onderneming schaadt omdat de middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken is in art. 35b-35f SW 1956 een regeling uitgewerkt waarbij, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstelling aan de voortzetter wordt geboden. Op grond van de faciliteit wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld (waarde going concern). Voor het meerdere kan een vrijstelling worden verkregen van 83%. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 rentedragend uitstel van betaling worden gekregen. Voorts geldt op grond van art. 35b SW 1956 nog een voorwaardelijke vrijstelling voor een eventueel verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. De hiervoor genoemde vrijstellingen worden definitief indien aan het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste van vijf jaren is voldaan.

Aan de verkrijger van een onderbedelingsvordering op een door een medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan uitstel van betaling worden verleend op grond van art. 25, dertiende lid, IW 1990.

1.4 Probleemstelling en toetsingskader

Uit paragraaf 1.3 blijkt een verscheidenheid aan faciliteiten. De op de IB-claim betrekking hebbende faciliteiten zijn voornamelijk gericht op de overdrager. Een fundamentele keuze tussen bijvoorbeeld doorschuiffaciliteiten en invorderingsfaciliteiten is nooit gemaakt;⁸⁸ in dit onderzoek wordt daaraan uitvoerig aandacht geschonken. Ook bestaan er verschillen in doorschuifmogelijkheden tussen de IB-ondernemer en de ab-houder. Het voorgaande roept de vraag op

85. Art. 4.17a, tweede lid, Wet IB 2001 en art. 4.17c, tweede lid, Wet IB 2001.

86. Art. 25, negende lid, IW 1990.

87. Art. 25, elfde lid, IW 1990.

88. Zie ook Jansen (2000) en Hoogeveen (2000).

of, en zo ja, in welke mate deze verschillen te verdedigen zijn en wat een optimale vormgeving voor een bedrijfsopvolgingsfaciliteit is. Voorafgaand aan die vraag moet evenwel worden vastgesteld of bedrijfsopvolgingsfaciliteiten legitiem zijn. Dit geldt ook voor de in de SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Deze laatste beoordeling, te weten de legitimiteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, wordt uitsluitend gebaseerd op de theorie van de welvaartseconomie. In paragraaf 1.1.3 is daarover opgemerkt dat de overheid pas zou moeten ingrijpen bij marktfalen of wanneer sprake is van versturende elementen in de belastingwetgeving. Indien een faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar. Als een faciliteit wel legitiem is, is het evenwel nog niet gezegd dat deze aanvaardbaar is. Daarvoor zijn ook andere criteria van belang. De toetsingscriteria worden hierna afzonderlijk uitgewerkt.

Het voorgaande leidt tot de volgende probleemstelling:

Zijn fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar en – zo ja – wat is dan de meest optimale vormgeving?

Het beantwoorden van de probleemstelling gebeurt aan de hand van de volgende deelvragen:

Hoofdstuk 2 (Welvaartseconomisch kader)

1. Wat leert de theorie van de welvaartseconomie ons over overheidsingrijpen?
2. In welke situaties faalt de markt bij de overdracht van een onderneming?
3. Bestaan er verstoringen als gevolg van overheidshandelen bij bedrijfs-overdrachten?
4. Welke overwegingen spelen voor de overheid een rol om via de belastingwetgeving in te grijpen?
5. Wat wordt onder overheidsfalen verstaan?

Hoofdstuk 3 (De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht)

6. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een IB-onderneming tot uiting komt?
7. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een ab tot uiting komt en welke rol speelt de vennootschapsbelasting daarin?
8. Hoe wordt op grond van de SW 1956 ondernemingsvermogen belast dat krachtens erfrecht of krachtens schenking wordt verkregen?

Hoofdstuk 4 (Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten IB-claim)

9. Welke op de inkomstenbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?

Hoofdstuk 5 (Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten schenk- en erfbelasting)

10. Welke op de erf- en schenkbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?

Hoofdstuk 6 (Aanbevelingen voor een optimaal stelsel)

11. Hoe ziet een optimaal stelsel van bedrijfsopvolgingsregels eruit en tot welke aanpassingen van de regelgeving leiden die?

De beantwoording van elk van de bovengenoemde deelvragen gebeurt op basis van de volgende criteria, afhankelijk van de deelvraag:

- Legitimiteit: de toetsing aan legitimiteit wordt benaderd vanuit een welvaartseconomische analyse. Op grond van de theorie van de welvaartseconomie kan worden bepaald of overheidsingrijpen legitiem is. Hiervan is sprake indien een faciliteit te verdedigen is op basis van het falen van de markt dan wel op basis van marktverstoringen als gevolg van overheids-handelen. Overheidsingrijpen kan evenwel leiden tot overheidsfalen. Uitgangspunt is in dit verband dat de som van het markt- en het overheidsfalen tot een minimum wordt beperkt.⁸⁹ Het welvaartseconomisch kader wordt uitgewerkt in hoofdstuk 2.
- Gelijkheid: op grond van art. 1 GW moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Het is de taak van de wetgever dit rechtvaardigheidsprincipe in de wetgeving tot uitdrukking te laten komen. Als gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, is het belangrijk ongelijkheden tussen belastingplichtigen te onderkennen. Deze ongelijkheden vormen voor de wetgever een argument onderscheid aan te brengen in de wetgeving.⁹⁰ Belangrijk is vervolgens de vraag of de overheid erin slaagt het gelijkheidsbeginsel in de wetgeving tot uitdrukking te brengen. Terecht constateert Happé⁹¹ dat de overheid niet in staat zal zijn het gelijkheidsbeginsel in al zijn facetten in de wetgeving tot uitdrukking te brengen. Zo kan de overheid zich laten beïnvloeden door actuele problemen. Ook speelt het politieke machtsspel een rol.⁹² In dit kader is een rol weggelegd voor de rechterlijke macht. De rechter mag evenwel op grond van art. 120 GW niet treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.⁹³ Wetten kunnen wel worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM⁹⁴ en art. 26 IVBPR.⁹⁵ De toetsing in vorenstaande zin biedt geen mogelijkheden te toetsen aan het draagkrachtbeginsel. De HR overwoog als volgt: *‘Voorzover het middel een beroep doet op het draagkrachtbeginsel, faalt het omdat dat beginsel niet is neergelegd in enige rechtstreeks werkende bepaling van een Nederland bindend internationaal verdrag en het daarbuiten de rechter niet vrijstaat de wet in formele zin aan dergelijke beginselen te toetsen (...).’* (HR 29 september 1999, nr. 33 936, BNB 1999/423). Naar mijn mening mag evenwel bij een toetsing aan gelijkheid aandacht voor het draagkrachtbeginsel niet ontbreken, zeker niet indien een beroep op het

89. De Mooij (2006), blz. 41.

90. Happé (1996), blz. 98.

91. Happé (1996), blz. 99.

92. Dit element wordt uitgewerkt in paragraaf 2.6 alwaar overheidsfalen aan de orde komt.

93. Zie evenwel het voorstel van wet van Halsema strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de GW door de rechter (wetsvoorstel 28 331).

94. Met ingang van 1 april 2005 is in Nederland het Twaalfde Protocol in werking getreden. Het Twaalfde Protocol bevat een algemeen discriminatieverbod. Voorheen gold art. 14 EVRM alleen voor de rechten en vrijheden die in het EVRM genoemd werden.

95. Art. 94 GW.

gelijkheidsbeginsel op grond van de mensenrechtenverdragen wordt afgewezen. Het draagkrachtbeginsel vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel.⁹⁶ Bij toetsing aan het draagkrachtbeginsel kunnen horizontale en verticale gelijkheid worden onderscheiden. Onder horizontale gelijkheid wordt verstaan dat personen in economisch gelijke situaties gelijk belast zouden moeten worden.⁹⁷ De vraag is ook hier wanneer sprake is van gelijke situaties. In dit onderzoek beoordeel ik dit op basis van het voor de Nederlandse belastingwetten geldende inkomensbegrip. Bij verticale gelijkheid gaat het erom dat personen die niet in een gelijke situatie verkeren ongelijk belast zouden moeten worden. Waar het betreft het draagkrachtbeginsel gaat het in dit onderzoek om de vraag of het op basis van dit beginsel te verdedigen is dat inkomen voortvloeiend uit een bedrijfsoverdracht anders in de heffing wordt betrokken dan ander inkomen. Ik ben me ervan bewust dat deze vraag eigenlijk niet geïsoleerd kan worden beschouwd, omdat de draagkracht van een belastingplichtige door meer factoren wordt bepaald.⁹⁸ Toch ben ik van mening dat toetsing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan het draagkrachtbeginsel, aldus in enge zin, van belang is voor het beantwoorden van de vraag of bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn.

- Neutraliteit: leidt een faciliteit tot versturende gedragsveranderingen bij belastingplichtigen?⁹⁹ Belastingen, behalve 'lump-sum taxes', veroorzaken een 'excess burden' (welvaartsverlies) omdat zij het gedrag van belastingplichtigen beïnvloeden. Belastingplichtigen kiezen als gevolg van de belasting bijvoorbeeld een minder gewenst consumptiegoed om belastingheffing te ontwijken (substitutie-effect).¹⁰⁰ In dit onderzoek betreft het de neutraliteit tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en bij overlijden, tussen verschillende belangen in de vennootschap, tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen, tussen diverse rechtsvormen en tussen verschillende financieringsvormen. De toetsing spitst zich toe op aspecten die samenhangen met de belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten.
- Doeltreffendheid: draagt de faciliteit bij aan de realisatie van het beoogde doel?¹⁰¹ Het betreft hier het doel dat de overheid zich gesteld heeft. Hier onderscheidt de toetsing aan doeltreffendheid zich van de toetsing aan legitimiteit. Bij de toetsing aan legitimiteit wordt onderzocht of de overheid reden heeft tot ingrijpen op grond van de welvaartseconomie. Dit hoeft niet aan te sluiten bij het doel dat de overheid zich heeft gesteld. Bij de toetsing aan dit criterium komt tevens aan de orde of de in de faciliteiten opgenomen voorwaarden bijdragen aan het bereiken van dit doel.

96. Heithuis, Kavelaars en Schuver (2013), blz. 1.

97. Zie ook Rosen en Gayer (2010), blz. 366.

98. Zie voor een uitgebreid onderzoek over belastingheffing naar draagkracht het proefschrift van Stevens (1980).

99. Zie ook Stiglitz (2000) blz. 458-460.

100. Stiglitz (2000), blz. 111.

101. www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/02/11/reactie-bor-notitie-belastinguitgaven.html. Bron geraadpleegd op 31 juli 2013.

- Doelmatigheid: staan, gegeven de doelstellingen, de kosten van de faciliteit in verhouding tot de opbrengsten?¹⁰² De toetsing vindt op kwalitatieve wijze plaats. Idealiter zouden de maatschappelijke kosten en baten van de faciliteiten in beeld moeten worden gebracht. Er zijn evenwel geen gegevens beschikbaar om deze berekeningen te kunnen maken. In de Miljoenennota 2013¹⁰³ is bijvoorbeeld uitsluitend het budgettaire belang opgenomen van de diverse bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.¹⁰⁴

Het gebruik van een aantal criteria betekent dat uiteindelijk een weging van de criteria moet plaatsvinden om tot een juiste afweging te komen. Zoals aangegeven vormt de toetsing aan het eerste criterium (legitimiteit) het uitgangspunt. Indien een faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar. Als een faciliteit wel legitiem is, is het nog niet gezegd dat deze aanvaardbaar is. Daarvoor zijn ook de andere criteria van belang. Hierin speelt het tweede criterium 'gelijkheid' een belangrijke rol. Het uitgangspunt in de belastingwetgeving moet zijn dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid. Indien een faciliteit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel kan een faciliteit niet aanvaardbaar zijn. Bij het criterium 'gelijkheid' speelt ook de toetsing aan het draagkrachtbeginsel een prominente rol. Dit beginsel ligt immers ten grondslag aan de Wet IB 2001 en de SW 1956. Tussen de criteria neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid wil ik op voorhand geen generieke rangorde en verschil in weging aanbrengen. Per specifieke faciliteit zal een weging van deze drie criteria plaatsvinden. Het voorgaande vormt de basis voor het first-best voorstel dat ik in hoofdstuk 6 ga doen. In hoofdstuk 6 is tevens een second-best voorstel opgenomen waarin verbeteringen worden voorgesteld ten aanzien van de huidige faciliteiten teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Het uitgangspunt is de huidige faciliteiten te behouden, tenzij de toetsing in hoofdstuk 4 en 5 noodzaakt tot het laten vervallen van een faciliteit. Ik zie mijn second-best voorstel als een overgangsfase waarna tot invoering van het first-best voorstel zou moeten worden overgegaan. Overigens is deze overgangsfase niet noodzakelijk en kan desgewenst ook direct worden overgegaan op de first-best oplossing.

Het onderzoek wordt gedaan op basis van literatuuronderzoek, analyse van relevante jurisprudentie en parlementaire geschiedenis.

102. Zie vorige voetnoot.

103. Miljoenennota 2013, hoofdstuk 5 (inkomstenbeperkende regelingen en belastinguitgaven), te benaderen via www.rijksbegroting.nl/2013. Bron geraadpleegd op 31 juli 2013.

104. Hier wordt ook de minister van Financiën mee geconfronteerd waar het betreft de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: *'Om inzicht te verkrijgen in de mate van doelbereik, doeltreffendheid en doelmatigheid van de betrokken regelingen zal een onderzoek op kwantitatieve wijze moeten plaatsvinden. Voor een dergelijk onderzoek is het noodzakelijk om het gebruik, het voordeel en de kosten van de regelingen in kaart te brengen. Bij de Belastingdienst zijn gegevens over het gebruik voor de diverse te onderzoeken (deel)regelingen niet centraal beschikbaar. Het is daarom niet goed mogelijk om op objectieve wijze een evaluatie uit te voeren aan de hand van het thans beschikbare materiaal.'* (Brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 22 juli 2010 inzake evaluatie van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten).

1.5 Afbakening onderzoeksobject

In dit onderzoek staat centraal een bedrijfsoverdracht waarbij:

- een *natuurlijk persoon* zijn IB-onderneming overdraagt; dan wel
- een *natuurlijk persoon* zijn IB-onderneming inbrengt in een personenvennootschap met als doel uit de personenvennootschap te treden; dan wel
- een *natuurlijk persoon* zijn belang in een kapitaalvennootschap (in fases) overdraagt; dan wel
- de aandelen in de werkmaatschappij worden geschonken aan de opvolger.

De bovengenoemde overdrachten spelen zich hoofdzakelijk af in het MKB,¹⁰⁵ buiten Nederland 'SME's' genoemd.¹⁰⁶ Derhalve wordt in dit onderzoek veelvuldig gebruikgemaakt van specifiek op het MKB gerichte onderzoeken. Daarnaast wordt gebruikgemaakt van onderzoeken die een meer algemeen karakter hebben.

In paragraaf 1.4 is aangegeven dat de legitimiteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt beoordeeld op basis van de welvaartseconomie. In dit onderzoek wordt derhalve geen aandacht besteed aan de vraag of bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in overeenstemming zijn met het VwEU. Dit betekent dat geen toetsing plaatsvindt aan de vrijheden in het VwEU (Titel 4 VwEU) en ook niet of de faciliteiten in overeenstemming zijn met het verbod op staatssteun (art. 107 VwEU).¹⁰⁷

Het onderzoek beperkt zich verder tot belastingen die van natuurlijke personen naar draagkracht worden geheven, dat wil zeggen de inkomstenbelasting, erfbelasting en schenkbelasting.¹⁰⁸ Daarnaast komt ook de vennootschapsbelasting aan de orde voor zover noodzakelijk voor de beoordeling van de positie van de aandeelhouder die zijn onderneming in een kapitaalvennootschap drijft, al dan niet via een holdingvennootschap. Voor deze situatie wordt zowel met vennootschapsbelasting als met de inkomstenbelasting rekening gehouden.

105. In totaal behoren 99,6% van de bedrijven tot het MKB (EIM, 2011, blz 83).

106. Zie voetnoot 7 voor een definitie van SME's.

107. In dit kader kan wel worden verwezen naar Hoogeveen (2011), hoofdstukken 7 en 8.

108. Er wordt in dit onderzoek derhalve niet ingegaan op andere belastingen. Bij de overdracht van een onderneming kan ook omzetbelasting en overdrachtsbelasting verschuldigd zijn.

HOOFDSTUK 2

Welvaartseconomisch kader

2.1 Inleiding

In dit onderzoek wordt de aanvaardbaarheid van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten onderzocht. De overheid mengt zich daarmee in het marktproces. Het ingrijpen wordt in dit hoofdstuk getoetst op legitimiteit. Dit wordt gedaan op basis van de theorie van de welvaartseconomie. De meeste westerse economieën kennen een gemengde economie waarin zowel de markt als de overheid een rol speelt. De markt neemt daarbij een vooraanstaande plaats in; de mate van bemoeienis door de overheid is daarbij in de regel onderwerp van discussie. De welvaartseconomie speelt een belangrijke rol bij de vaststelling van de wenselijke rolverdeling tussen markt en overheid in het economische proces. De welvaartseconomie legt het primaat bij de markt maar erkent dat overheidsingrijpen noodzakelijk kan zijn. De theorie van de welvaartseconomie berust op twee welvaartstheorema. In paragraaf 2.2 worden deze theorema besproken. Aan de hand van deze analyse kan de eerste deelvraag (wat leert de theorie van de welvaartseconomie over overheidsingrijpen) worden beantwoord. In paragraaf 2.3 wordt mogelijk marktfalen onderzocht waar het gaat om bedrijfsoverdrachten (tweede deelvraag). De overheid heeft dan reden tot ingrijpen. De overheid heeft daar ook aanleiding toe als sprake is van verstoringen door overheidshandelen. In een first-best situatie heeft de overheid de juiste informatie om het inkomen perfect te verdelen. De belastingheffing beïnvloedt het gedrag van burgers niet. Indien de overheid deze informatie niet (in voldoende mate) heeft, maakt zij gebruik van versturende belastingen. We bevinden ons in een second-best situatie. Waar overheidsingrijpen in een geïsoleerde situatie efficiënt zou zijn, hoeft dat in een verstoorde economie niet zo te zijn (en omgekeerd).¹ In het kader van dit onderzoek is van belang welke elementen in de belastingwetgeving verstoringen veroorzaken waar het de belastingheffing rond bedrijfsoverdrachten betreft (derde deelvraag). Dit vraagstuk komt aan de orde in paragraaf 2.4. In paragraaf 2.5 komt aan de orde welke overwegingen voor de overheid een rol spelen om via de belastingwetgeving in te grijpen (vierde deelvraag). Tot slot wordt in paragraaf 2.6 aandacht besteed aan overheidsfalen (vijfde deelvraag). Overheidsingrijpen kent ook zijn beperkingen. Uiteindelijk moet ten aanzien van te beoordelen regelingen

1. Rosen en Gayer (2010), blz. 339 (theorie van de second-best).

steeds zowel markt-, als overheidsfalen – mits aanwezig – worden beoordeeld en onderling afgewogen.

Het hoofdstuk wordt in paragraaf 2.7 afgesloten met een samenvatting en conclusie.

2.2 Eerste en tweede welvaartstheorema

De theorie van de welvaartseconomie steunt op allocaties van productiefactoren die Pareto-efficiënt zijn. Een allocatie is Pareto-efficiënt als de welvaart van geen enkel individu erop vooruit zou kunnen gaan zonder dat de welvaart van een ander individu erop achteruitgaat.² Er kunnen geen verdere verbeteringen worden behaald. Het *eerste welvaartstheorema* stelt dat Pareto-efficiënte uitkomsten worden bereikt als zowel producenten als consumenten optreden als perfecte concurrenten. De marktprijs is een gegeven. Er bestaat tevens een markt voor alle goederen.³ Overheidsinterventie is niet nodig. De overheid hoeft alleen regels te creëren om eigendomsrechten te bewaken.⁴

Het is daarentegen niet zo dat elke Pareto-efficiënte allocatie overeenkomt met de door de maatschappij gewenste allocatie. De uit de allocatie voortvloeiende verdeling kan immers niet rechtvaardig worden geacht. De door de maatschappij gewenste allocatie kan worden afgeleid uit een sociale welvaartsfunctie.⁵ De sociale welvaartsfunctie is opgebouwd uit de individuele nutsfuncties. Met de sociale welvaartsfunctie kunnen de gevolgen worden geanalyseerd van het herverdelende beleid van de overheid. Vervolgens komt de vraag op of en zo ja op welke wijze de overheid zou kunnen ingrijpen opdat de maatschappelijke welvaart wordt gemaximaliseerd? Daarop probeert het *tweede welvaartstheorema* een antwoord te geven: de overheid kan, mits zij over de juiste informatie beschikt, elke Pareto-efficiënte uitkomst bereiken door het inkomen eerst passend te herverdelen en vervolgens de markt via perfecte concurrentie haar werk te laten doen.

In werkelijkheid kan niet worden voldaan aan de geldende voorwaarden voor het *eerste* en het *tweede welvaartstheorema*. Dit vloeit voort uit marktfalen en uit het feit dat de overheid niet beschikt over de juiste informatie om perfect te verdelen. Aan marktfalen is paragraaf 2.3 gewijd. Ten aanzien van de herverdeling van inkomen geldt dat de herverdeling niet zou mogen ingrijpen in de prijzen omdat dan de vrijemarktwerking wordt verstoord. Een belastingheffing op inkomen doet dit, in tegenstelling tot een individuele lump-sum

2. Jacobs (2008), blz. 37 schrijft dat impliciet meestal het Hicks-Kaldor-criterium wordt toegepast: '(...) de welvaartstoename van de winnaars moet minimaal zo groot zijn als de welvaartsafname van de verliezers.' Als reden geeft hij dat het ondoenlijk is beleid te maken waarbij niemand erop achteruitgaat (zoals het Pareto-criterium vereist).
3. Rosen en Gayer (2010), blz. 41.
4. Rosen en Gayer (2010), blz. 42.
5. Er bestaan verschillende stromingen die elk uitgaan van een eigen definitie hoe deze functie moet worden opgebouwd. Voor een overzicht zie Rosen en Gayer (2010), blz. 261-269. Zie ook Jacobs (2008), blz. 36-38.

belasting, wel en leidt tot een 'excess burden'.⁶ Bij een individuele lump-sum belasting kan de belasting niet worden ontweken door het gedrag aan te passen (buiten situaties van emigratie en overlijden). Idealiter zouden belastingen en subsidies niet afhankelijk moeten zijn van economisch gedrag, maar zouden deze moeten worden gebaseerd op onderliggende kenmerken van mensen.⁷

Het herverdelingsvraagstuk speelt in dit onderzoek een afgeleide rol. Als het gaat om instrumenten die zorgen voor een herverdeling van inkomen moet vooral worden gedacht aan het inzetten van progressieve belastingtarieven en het creëren van een sociaal zekerheidsstelsel.⁸ Fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn in essentie niet gericht op een herverdeling van inkomen of vermogen. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die zien op de IB-claim kunnen grofweg worden onderscheiden in doorschuiffaciliteiten en faciliteiten die uitstel van betaling geven. Doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 zijn ingevoerd op basis van continuïteitsoverwegingen.^{9, 10} De op de overdrager rustende belastingclaim wordt doorgeschoven naar de overnemer. Bij een overdracht aan een derde tegen een koopsom wordt deze belastingclaim in de prijs verdisconteerd. Hetgeen verdisconteerd pleegt te worden, betreft de contante waarde van de uitgestelde belastingverplichting. Aldus wordt de belastingclaim bij een dergelijke verkoop tussen de overdrager en de overnemer verrekend. Het is afhankelijk van diverse factoren welk voordeel de overdrager en de overnemer uiteindelijk hebben van de toepassing van een doorschuiffaciliteit. De contante waarde van de belastingverplichting is afhankelijk van het gehanteerde belastingtarief, de toegepaste rente en de veronderstelde looptijd. Ook bij overlijden wordt bij toepassing van een doorschuiffaciliteit de belastingclaim verdisconteerd. Dit is niet helemaal hetzelfde als bij een overdracht aan een derde bij leven, omdat de belangen binnen familieverband anders kunnen liggen (zie uitgebreider paragraaf 4.2.2.2 onder 'draagkrachtbeginsel'). Voor de invorderingsfaciliteiten geldt dat de belastingplichtige uitstel van betaling krijgt voor de uit de overdracht voortvloeiende belastingschuld, waardoor geen sprake is van herverdeling. Dit gebeurt pas als de vormgeving niet juist is. De in de SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit geeft een voorwaardelijke vrijstelling tot de in de wet genoemde bedragen. Voor het meerdere kan rentedragend uitstel van betaling worden verkregen. Het doel van de voorwaardelijke vrijstelling is het waarborgen van de continuïteit van de onderneming.¹¹ De overheid beoogt ook met deze faciliteit niet tot een herverdeling van het inkomen van ondernemers en niet-ondernemers te komen. Dit neemt niet weg dat de faciliteit uiteindelijk

6. Rosen en Gayer (2010) blz. 330-333. Zie specifiek voor de vennootschapsbelasting Rosen en Gayer (2010), blz. 443-444.

7. Jacobs (2008), blz. 31.

8. Zie ook De Kam, Koopmans en Wellink (2011), blz. 18.

9. Zie o.a. MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 8.

10. Er wordt op deze plaats geen uitspraak gedaan over de vraag of dit doel ook wordt gerealiseerd. Dat komt in hoofdstuk 4 aan de orde waar de toetsing plaatsvindt.

11. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 4.

herverdelingseffecten kan hebben. Ook Van Praag¹² geeft aan dat het nadeel van fiscale maatregelen is dat ze *'niet alleen incentive effecten maar ook verdelingseffecten hebben'*. In dit onderzoek wordt niet zozeer ingegaan op de vraag tot welke herverdelingseffecten bedrijfsopvolgingsfaciliteiten leiden. Het rechtvaardigheidselement speelt daarentegen wel een belangrijke rol. Dit komt tot uitdrukking bij de toetsing aan 'gelijkheid'. In dit kader wordt getoetst of de faciliteiten in overeenstemming zijn met het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 14 EVRM jo. art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM en art. 26 IVBPR en of de faciliteiten voldoen aan het draagkrachtbeginsel (zie voor de toelichting op dit toetsingscriterium paragraaf 1.4).

2.3 Marktfalen

2.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat door marktfalen niet voldaan kan worden aan de geldende voorwaarden voor het *eerste* en het *tweede welvaarts-theorema*. In deze paragraaf worden mogelijke vormen van marktfalen geanalyseerd. Stiglitz¹³ geeft de volgende opsomming:

1. *Ontbreken perfecte concurrentie*: op grond van het *eerste welvaarts-theorema* geldt dat Pareto-efficiënte uitkomsten worden bereikt bij perfecte concurrentie. Niemand heeft marktmacht en alle prijzen zijn een gegeven. Deze perfecte concurrentie bestaat in werkelijkheid niet. Bedrijven kunnen bijvoorbeeld een monopoliepositie hebben, waardoor overheidsingrijpen noodzakelijk kan zijn. De markt voor bedrijfsoverdrachten is ook niet perfect. Individuele aanbieders en vragers hebben invloed op de prijs. Er is maar een beperkt aantal kopers voor een bedrijf. Ook zijn bedrijven niet als homogeen te beschouwen. Ieder bedrijf heeft zijn eigen kenmerkende eigenschappen. Uit onderzoek blijkt dat het vinden van een geschikte koper als probleem wordt ervaren. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat potentiële kopers er ook voor kunnen kiezen een nieuw bedrijf te starten. Met name hogeropgeleiden geven daar de voorkeur aan.¹⁴ Het ligt buiten de probleemstelling van dit onderzoek om te onderzoeken of het overnemen van een bestaand bedrijf uit welvaartsoogpunt te prefereren is boven de start van een nieuw bedrijf. Het wordt als gegeven beschouwd dat de overheid het van belang acht dat bestaande bedrijven worden overgedragen.¹⁵ Daarbij kan voor de overheid een bepaalde rol zijn weggelegd waar het betreft het bewustmakingsproces rondom de mogelijkheden om een bestaand bedrijf over te nemen.¹⁶ Ik zie evenwel geen reden voor de overheid om in te grijpen via de belastingwetgeving. Aan deze

12. Van Praag (2010), blz. 239.

13. Stiglitz (2000), blz. 77-85.

14. EC (2012), blz. 71.

15. Ministerie van Economisch Zaken (2003).

16. De overheid besteedt hier ook aandacht aan. Zie voor een analyse met betrekking tot dit beleid EIM (2008), paragraaf 5.2.

vorm van marktfalen wordt dan ook in dit onderzoek geen verdere aandacht meer geschonken.

2. *Behoeftte aan publieke goederen*: bepaalde goederen worden door alle burgers gebruikt. Het is niet altijd mogelijk dit individueel door te berekenen aan burgers. Denk daarbij aan de kosten van defensie en het aanleggen en beheer van dijken. Derhalve levert de overheid deze goederen. Deze vorm van marktfalen is niet van belang voor dit onderzoek.
3. *Positieve en negatieve externe effecten*: dit betreft effecten die door productie en consumptie worden opgeroepen, maar niet in de prijs worden verwerkt. Bij bedrijfsoverdrachten gaat het dan om de vraag of een bedrijfsoverdracht voordelen oplevert voor partijen die niet direct bij de overdracht betrokken zijn. Deze vraag komt in paragraaf 2.3.2 aan de orde.
4. *Onvolledige markten (bijvoorbeeld verzekerings- en kapitaalmarkt)*: in dit onderzoek gaat het om de kapitaalmarkt. De vraag is of ondernemingen bij de financiering van een bedrijfsovername of bij de financiering van een uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim te maken krijgen met kapitaalmarktimperfecties. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 2.3.3.
5. *Onvolledige informatie*: als het gaat om onvolledige informatie bij bedrijfsoverdrachten betreft dit de informatievoorziening tussen koper en verkoper. De verkoper heeft informatie over het bedrijf waar de potentiële koper niet over beschikt. Ook zijn degenen die een bedrijf starten vaak onvoldoende voorbereid om een bedrijf over te nemen en zijn potentiële overdragers zich niet bewust van het hele proces rond de bedrijfsoverdracht. Inmiddels zijn diverse activiteiten ontplooid om dit te verbeteren.¹⁷ De fiscaliteit kan en moet naar mijn mening geen bijdrage leveren aan een oplossing van deze vorm van marktfalen. Aan dit aspect wordt verder geen aandacht besteed.
6. *Werkloosheid en andere macro-economische verstoringen*: werkloosheid is een belangrijk symptoom van marktfalen, maar is voor dit onderzoek niet van belang. Ook aan andere macro-economische verstoringen wordt geen aandacht besteed. Inflatie speelt wel een rol, maar niet in een macro-economische context. In dit onderzoek is veeleer relevant de vraag of, gegeven een bepaalde inflatie in een periode, daarmee bij de belastingheffing rekening zou moeten worden gehouden. Zie daarvoor paragraaf 2.4.2.4.

Jacobs¹⁸ noemt nog expliciet transactiekosten. Ook deze kosten kunnen ertoe leiden dat de markt inefficiënt werkt. Als er geen transactiekosten zijn, is het handelen op alle markten volgens Jacobs kosteloos. Alle contracten worden nageleefd. Transactiekosten spelen zeker een rol bij bedrijfsoverdrachten. Contracten moeten worden opgemaakt en adviseurs moeten worden ingeschakeld. Voor de belastingheffing is relevant op welke wijze rekening wordt gehouden met deze kosten. In dit kader wordt verwezen naar paragraaf 2.4.4

17. Zie voor een analyse van de doeltreffendheid van de maatregelen EIM (2008), par. 5.3.

18. Jacobs (2008), blz. 26.

waar deze mogelijke marktverstoring als gevolg van overheids-handelen in kaart wordt gebracht.

In de volgende paragrafen worden die vormen van marktfalen waarvan is vastgesteld dat ze van belang zijn voor dit onderzoek kwalitatief geanalyseerd op basis van een literatuurstudie. Transactiekosten worden verder niet in een afzonderlijke paragraaf behandeld, maar komen hierna aan de orde wanneer deze relevant zijn.

2.3.2 Externe effecten

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen negatieve en positieve externe effecten. Als voorbeeld van een negatief extern effect kan worden genoemd de situatie dat een onderneming de lucht vervuult en daarvoor geen vergoeding betaalt. Anderen dragen de lasten van de luchtverontreiniging. Bij een positief extern effect gebeurt het tegenovergestelde. Van investeringen in nieuwe technologieën kunnen partijen profiteren die niet direct bij het project betrokken zijn.¹⁹ De vraag is nu of een bedrijfs-overdracht positieve of negatieve effecten genereert voor partijen die niet bij de overdracht betrokken zijn. Dit zou een reden kunnen zijn voor overheidsinterventie.

Bedrijfs-overdrachten genieten reeds geruime tijd de aandacht. In het Witboek over groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid²⁰ wordt de overdracht van ondernemingen al als een van de gebieden beschouwd die prioritair voor verbetering in aanmerking komen. In 1994 kwam de EC met een aanbeveling inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen.^{21, 22} Het doel van de aanbeveling wordt in de bij de aanbeveling horende mededeling²³ als volgt verwoord: *'Doel van deze aanbeveling is de overdracht van ondernemingen en met name van kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken, teneinde de liquidatie ervan te voorkomen en derhalve het ondernemingsbestand in de sector midden- en kleinbedrijf (MKB) en de daarmee verbonden arbeidsplaatsen te behouden.'* In de aanbeveling zelf wordt gesteld dat uit onderzoek blijkt dat *'duizenden ondernemingen er jaarlijks toe worden gedwongen wegen onoverkomelijke moeilijkheden in verband met de overdracht ervan, hun bedrijf stop te zetten; dat deze liquidaties negatieve gevolgen hebben voor het gehele stramien van ondernemingen in de economie, alsmede voor hun schuldeisers en werknemers'*. Vervolgens overweegt de EC: *'(...) dat dit verlies aan werkgelegenheid en economische rijkdom des te meer betreuenswaardig is, aangezien het niet het gevolg is van het vrije spel van de krachten op de markt, maar van een gebrekkige voorbereiding van de opvolging en van tekortkomingen in sommige delen van de wetgeving van de Lid-Staten, met name in het vennootschaps-, het*

19. Zie ook OESO (2009), blz. 85.

20. EC (1993).

21. EC (1994b).

22. Gezien de grote verscheidenheid in situaties in de lidstaten is ervoor gekozen de doelstellingen in de vorm van een aanbeveling kenbaar te maken. Dit vanwege het niet-dwingende karakter van een aanbeveling. Zie EC (1994c), blz. 2.

23. EC (1994c), blz. 2.

*erf- en het belastingrecht.*²⁴ Het laatste wijst op verstoringen als gevolg van overheidshandelen, hetgeen overheidsingrijpen rechtvaardigt. Deze problematiek komt in paragraaf 2.4 aan de orde. Er wordt evenwel ook gesproken over het feit dat werkgelegenheid behouden kan blijven als het proces rond bedrijfsoverdrachten wordt vergemakkelijkt. Ook in een brief²⁵ van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer komt dit aspect terug: *‘Indien de bedrijfsoverdracht niet goed verloopt, kan dat onder andere ten koste gaan van de werkgelegenheid en leiden tot kapitaalvernietiging. Dit verlies van economisch kapitaal kan ook leiden tot vertraging van de economische groei.’* Enige onderbouwing wordt niet gegeven.

In paragraaf 1.1.2 is reeds aandacht besteed aan de economische verliezen van bedrijfsbeëindigingen. Uit de daar aangehaalde onderzoeken blijkt dat er op korte termijn zeker economische verliezen ontstaan indien een bedrijf wordt opgeheven. Onbekend is evenwel wat de langetermijneffecten zijn. Ook de minister van Economische Zaken onderkent dit: *‘(...) In werkelijkheid leiden niet alle opheffingen tot inactiviteit, maar maken ondernemers na opheffing een doorstart en richten ze een nieuwe onderneming op of gaan ze in loondienst werken. Hun personeel blijft bij opheffing veelal ook niet langdurig werkloos, maar vindt een nieuwe betrekking bij een andere werkgever of start zelf een onderneming. Dit proces wordt ook wel “creatieve destructie” genoemd en dit geeft een sterke impuls aan de vitaliteit van de economie.*²⁶ Uit het voorgaande blijkt dat het bestaan van positieve externe effecten op de lange termijn empirisch niet onderbouwd is.²⁷

Dit brengt mij tot de conclusie dat het subsidiëren²⁸ van bedrijfsoverdrachten moeilijk kan worden gelegitimeerd op basis van externe effecten. Er lijken, buiten de directbetrokkenen, geen partijen te zijn die profiteren van een bedrijfsoverdracht. De in het bedrijf besloten liggende waarde zal worden verwerkt in de prijs. Crawford en Freedman²⁹ verwoorden het als volgt: *‘There may be political and social reasons for favouring transfers within families and thus politicians may ultimately decide to support these through the tax system, but*

24. EC (1994b).

25. Brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 22 juli 2010 inzake de evaluatie van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In deze brief kondigt de minister overigens aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten pas over enkele jaren te evalueren. Met de faciliteiten worden bedoeld: de stakingsaftrek, de doorschuiving van stakingswinst en de doorschuiving van inkomen uit aanmerkelijk belang bij aandelenfusie in de inkomstenbelasting, de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting en de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij overdracht aan de volgende generatie. Het betreft hier de faciliteiten die onder de term ‘belastinguitgaven’ vallen.

26. Brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer van 23 november 2012 naar aanleiding van Kamervragen over economische kosten van mislukte bedrijfsoverdrachten.

27. Dit volgt ook uit gesprekken met experts op dit gebied.

28. Dit neemt niet weg dat er voor de overheid een taak weggelegd kan zijn om de potentiële overdrager anderszins te ondersteunen tijdens het overdrachtsproces. Zie ook Van Teeffelen (2012a), blz. 3.

29. Crawford en Freedman (2010), blz. 1085-1086.

there does not seem to be any very clear economic rationale for doing so; indeed, the result of giving reliefs from capital taxes to small businesses seems likely to be distortion and demands for further reliefs.'

2.3.3 Gebrekkig werkende kapitaalmarkt

Een mogelijke andere vorm van marktfalen bij bedrijfsoverdrachten betreft een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Zowel de overdrager als de overnemer/verkrijger kunnen bij een bedrijfsoverdracht aangewezen zijn op de kapitaalmarkt. Bij de overdrager kunnen de middelen ontbreken om de uit de overdracht voortvloeiende IB-claim te voldoen.^{30, 31} Dit kan aan de orde zijn als de koopprijs schuldig wordt gebleven of als sprake is van een schenking. De overdrager kan hiervoor externe financiering aantrekken, dan wel privémiddelen aanwenden. Bij overlijden moeten de erfgenamen zorg dragen voor de betaling van de IB-claim van de overledene. Als verkrijger zijn zij op grond van de SW 1956 erfbelasting verschuldigd.³² Bij schenking wordt de begiftigde belast met schenkbelasting. De betaling van de bij de overdracht verschuldigde belasting kan tot continuïteitsproblemen leiden als de middelen uit de onderneming moeten worden gehaald. De OESO wees in 1994 al op het risico van liquidatie als gevolg van eventuele belastingbetalingen.³³ Het continuïteitsargument wordt dan ook vaak gebruikt ter rechtvaardiging van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.³⁴

Ook de overnemer kan op de kapitaalmarkt zijn aangewezen. De overnemer moet de koopsom voldoen. Nu past hier de kanttekening dat het financieren van de koopsom in dit onderzoek alleen relevant is als hiermee fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in verband kunnen worden gebracht. De vraag is derhalve of fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden kunnen worden ingezet om een eventuele gebrekkig werkende kapitaalmarkt te corrigeren. Of de kapitaalmarkt gebrekkig werkt, komt hierna aan de orde. Een overnemer/natuurlijk persoon kan voor de betaling van de koopsom vreemd vermogen aantrekken dan wel zijn privémiddelen aanspreken.³⁵ Waar privémiddelen

30. Hier wordt voorbijgegaan aan de vraag of de overdrager in staat is om de belastingclaim (gedeeltelijk) af te wentelen op de overnemer.
31. Als een kapitaalvennootschap een belang in een andere kapitaalvennootschap overdraagt, valt dit in de meeste gevallen onder de deelnemingsvrijstelling (zie ook veronderstellingen in hoofdstuk 1).
32. Brunetti (2006) heeft onderzocht of en in welke mate de erfbelasting forceert tot verkoop van ondernemingen. Het onderzoek betrof overlijdenssituaties in San Francisco. De conclusie uit het onderzoek was dat er wel enig bewijs is omtrent een positief effect van erfbelasting op de verkoop van ondernemingen, maar dat het moeilijk is om dit expliciet te koppelen aan een liquiditeitsbehoefte.
33. OESO (1994), blz. 83.
34. Zie o.a. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3 bij invoering van de doorschuiffaciliteit bij schenking van aanmerkelijkbelangaandelen.
35. De overnemer kan ook gebruikmaken van een holdingvennootschap. De holdingvennootschap koopt dan het belang. Deze holdingvennootschap kan dan vreemd vermogen aantrekken of reeds in de holdingvennootschap aanwezige middelen aanspreken.

kunnen worden ingezet, speelt de kapitaalmarkt geen rol. Indien de overnemende partij een Vpb-onderneming is, kan deze hiervoor vreemd en/of eigen vermogen³⁶ aantrekken of reeds in de vennootschap beschikbare (of beschikbaar te maken) middelen aanspreken.

Waar het financieren met vreemd vermogen betreft, kan worden gedacht aan:

- een lening van een bank;³⁷
- een lening van de overdrager;
- een lening van een familielid;
- een lening in de vorm van durfkapitaal;³⁸
- een lening van een andere groepsmaatschappij.

De overdracht kan ook zodanig worden gestructureerd dat de overnemer niet direct financiële middelen nodig heeft. Zo kunnen de overdrager en overnemer een earn-out regeling overeenkomen. Ook komt het met name in het MKB veelvuldig voor dat de beoogde overdrager nog geruime tijd bij de onderneming betrokken blijft. Zo kunnen gewone aandelen worden omgezet in (cumulatief) preferente aandelen. Aan de potentiële overnemer worden nieuwe gewone aandelen uitgereikt. Ook kan aan de potentiële overnemer een nieuw soort aandelen worden uitgeven. De in de aandelen van de overdrager besloten rechten blijven ter beschikking staan aan deze persoon (zie uitgebreider paragraaf 3.3.3). Uiteraard is de praktijk weerbarstiger, maar dat is voor deze paragraaf van minder belang. In deze paragraaf staat de vraag centraal of de kapitaalmarkt faalt als de bij een bedrijfsoverdracht betrokken partijen extern vermogen³⁹ tegen een acceptabel rentepercentage willen aantrekken. Als het antwoord hierop bevestigend is, is het de vraag of de overheid zou moeten ingrijpen. In dit onderzoek gaat het daarbij om de rol van de fiscaliteit. Op basis

36. Hierbij kan worden gedacht aan een uitbreiding van het aandelenkapitaal dan wel het volstorten van aandelenkapitaal waarmee de overname kan worden gefinancierd. Degenen die in het eigen vermogen participeren worden mede-eigenaar en dragen alsdan een gedeelte van het risico. Ook kunnen derden participeren via het eigen vermogen (venture capital). Uit een voor Nederland gedaan onderzoek door Verhoeven en Smit (2010) blijkt dat het MKB bijna geen beroep kan doen op venture capital. Dit is te wijten aan grotere risico's en hogere transactiekosten. Ook zijn aandeelhouders bang dat het belang verwatert en willen zij geen zeggenschap kwijtraken. Ook buiten Nederland blijkt dat de 'small business' sector bijna geen mogelijkheden heeft een beroep te doen op de 'equity market' (Jarvis, 2006). Zie verder Langman en Lugt (2005).

37. Voor de financiering vallen het kleinbedrijf en het middelgrote bedrijf voornamelijk terug op banken (respectievelijk 65% en 54%). Zie Braaksma, Verhoeven en Smit (2012b), blz. 10. Familie of vrienden blijken volgens hetzelfde onderzoek maar 5%, respectievelijk 4% van de situaties de bron te zijn. Het onderzoek is uitgevoerd in september 2012 bij 1.416 ondernemingen in het Nederlandse private bedrijfsleven exclusief de financiële dienstverlening, overheid, zorg en onderwijs. Daarbij zijn kleine, middelgrote en grote bedrijven onderscheiden.

38. Hiervoor golden tot 1 januari 2013 diverse in de Wet IB 2001 opgenomen faciliteiten.

39. Hieronder worden tevens leningen tussen groepsmaatschappijen begrepen.

van literatuuronderzoek ga ik na welke kapitaalmarktimperfecties een rol spelen.⁴⁰ Berk en DeMarzo⁴¹ noemen de volgende kapitaalmarktimperfecties:

- belastingen;
- faillissementskosten;
- agencykosten;
- asymmetrische informatie.

Waar het betreft de *belastingen* gaat het om de aftrekbaarheid van rente in de vennootschapsbelastingfeer. Kapitaalvennootschappen kunnen de rentelasten in mindering brengen op de winst. Dit geldt niet voor de vergoeding op eigen vermogen. Dit verschil in aftrekbaarheid maakt financiering met vreemd vermogen aantrekkelijk.^{42, 43} Op met vreemd vermogen gefinancierde investeringen rust een lagere belastingdruk dan wanneer wordt gefinancierd met eigen vermogen.⁴⁴ Het voorgaande suggereert dat ondernemingen zich maximaal zouden moeten financieren met vreemd vermogen. Toch spelen ook andere overwegingen bij de keuze van de financiering een rol. Het risico van faillissement is een belangrijk nadeel waar het de financiering met vreemd vermogen betreft.⁴⁵ Ook moet de winst hoog genoeg zijn om de renteaftrek te kunnen effectueren.⁴⁶ Als vorm van marktfalen is deze kapitaalmarktimperfectie voor dit onderzoek minder relevant. Uitgangspunt voor dit onderzoek is dat de rente op vreemd vermogen aftrekbaar is. Er kunnen evenwel verstoringen optreden als de rente in aftrek wordt beperkt. Dit komt aan de orde in paragraaf 2.4.3.

Faillissementskosten zijn de tweede genoemde imperfectie.⁴⁷ Bij het zoeken naar de optimale vermogensstructuur moet het voordeel van financieren met vreemd vermogen (belastingvoordeel door renteaftrek) worden afgewogen tegen het nadeel van mogelijke faillissementskosten.⁴⁸ Deze kapitaalmarktimperfectie heeft geen specifieke betekenis voor dit onderzoek.

Agencykosten betreffen kosten die worden veroorzaakt door uiteenlopende belangen tussen belanghebbenden bij de onderneming.⁴⁹ In het kader van een

40. Zonder imperfecties zouden ondernemingen indifferent zijn in de keuze tussen eigen en vreemd vermogen. Zie Modigliani-Miller (1958).

41. Berk en DeMarzo (2010), blz. 541.

42. Zie ook De Mooij (2010), blz. 192-193.

43. Multinationals kunnen hiervan nog extra profiteren door de renteaftrek neer te laten slaan in landen met hoge Vpb-tarieven en renteopbrengsten in landen met relatief lage Vpb-tarieven. Aan deze grondslaguitholling wordt in dit onderzoek verder geen aandacht besteed.

44. Devereux en Gerritsen (2010) hebben getracht economische rechtvaardigingsgronden voor het verschil in fiscale behandeling te vinden. Zij vonden die niet.

45. Berk en DeMarzo (2010), blz. 501 en De Mooij (2003), blz. 11.

46. Berk en DeMarzo (2010), blz. 489-501 noemen ook nog bepalend het groeitempo van een bedrijf en de belastingen die de investeerders moeten betalen over de rente-inkomsten.

47. Het gaat hier niet om het faillissementsrisico.

48. Zie Berk en DeMarzo (2010), blz. 520-522.

49. Zie uitgebreid Berk en DeMarzo (2010), blz. 523-533.

bedrijfsoverdracht kan worden gedacht aan de positie van de overdrager. De overdrager kan zeker bij kleinere ondernemingen van groot belang zijn voor de onderneming. Het kan dan belangrijk zijn de overdrager nog enige tijd te binden aan de onderneming. Indien hij daartoe niet bereid is, kan dit gevolgen hebben voor de bereidwilligheid van vermogensverstrekkers om een lening te verstrekken.⁵⁰

De laatst mogelijke kapitaalmarktimperfectie betreft die van de *asymmetrische informatie*. Asymmetrische informatie doet zich voor als de ene partij een informatievoorsprong heeft op de andere partij. Akerlof⁵¹ beschreef in 1970 de problematiek rond het onderscheiden van goede en slechte kwaliteit. Eén van zijn voorbeelden betrof het verzekeren van ziektekosten. Oudere mensen hebben moeite zich te verzekeren. De prijs voor een verzekering zou voor deze mensen zodanig verhoogd moeten worden dat het extra risico wordt gecompenseerd. Het blijkt dat dan alleen die mensen zich verzekeren die weten dat ze de zorg nodig hebben. Anderen zijn niet bereid een hogere prijs te betalen. Een prijsverhoging kan ertoe leiden dat alleen de 'slechtere' partijen bereid zijn zich te verzekeren met als mogelijk gevolg dat helemaal geen verzekeringen meer worden gesloten. Het voorgaande geldt evenzo voor verschaffers van vreemd vermogen. Zij worden geconfronteerd met onzekerheid over het risico dat met een lening wordt gelopen. Normaliter zou dit risico moeten worden weerspiegeld in de hoogte van de rente. Het is evenwel moeilijk voor banken om dit risico goed in te schatten. Bedrijven zijn beter geïnformeerd over het risico van een investering dan de vermogensverschaffer.⁵² Door de rente te verhogen kan het risico dat leningen niet worden afgelost worden teruggebracht. Er gaat een signaal van uit. De renteverhoging kan evenwel 'goede' bedrijven afschrikken. Bedrijven die toch niet van plan zijn terug te betalen, zijn daarentegen wel bereid tegen hogere tarieven te lenen.⁵³ Stiglitz en Weiss⁵⁴ refereren in dit kader aan het 'adverse-selectioneffect' van rente. Als partijen een hoge rente accepteren, kan dit duiden op een hoger risico voor de bank. De bank zal uiteindelijk voor die rente kiezen waarbij het rendement wordt gemaximaliseerd. Dat kan dan een lagere rente zijn dan die waarvoor geldt dat vraag en aanbod van leningen aan elkaar gelijk zijn. De vraag naar leningen is in een dergelijke situatie groter dan het aanbod van leningen. De bank is evenwel niet bereid het aanbod te verhogen, ondanks het

50. Boot en Ligterink (2003).

51. Akerlof (1970).

52. Dit kan anders zijn als het gaat om nieuwe bedrijven waar de bank al expertise over de desbetreffende markt kan hebben opgebouwd (Storey 2000, blz. 206).

53. Stiglitz (2000), blz. 82. Boot en Ligterink (2003) merken op dat dit ertoe kan leiden dat er helemaal geen financiering beschikbaar is. Dezelfde conclusie trok Akerlof (1970) waar het betrof de ziektekostenverzekeringen.

54. Stiglitz en Weiss (1981).

feit dat partijen een hogere rente willen betalen. Er komt geen evenwicht tussen vraag en aanbod tot stand. 'Credit is rationed'.^{55, 56, 57}

De bank kan het eigen rendement nog in opwaartse zin beïnvloeden door het vragen van onderpand. Door het vragen van onderpand worden de financiële gevolgen voor de bank op niet aflossen kleiner. Toch treedt ook hier volgens Stiglitz en Weiss⁵⁸ averechtse selectie op. Het vragen van onderpand kan de meer risicomijdende investeerder ontmoedigen dan wel een keuze voor een riskanter project aanmoedigen. Degenen die meer onderpand kunnen opbrengen, zijn volgens genoemde auteurs waarschijnlijk bereid om meer risico te nemen. Dit kan het rendement voor de bank eveneens in neerwaartse zin beïnvloeden. Bester⁵⁹ wijst er later op dat Stiglitz en Weiss tot deze conclusie komen omdat het renteaspect en het geven van onderpand separaat worden geanalyseerd. Volgens Bester is een minder risicovol lenende partij bereid een hoger onderpand te geven in ruil voor een lagere rente. Op deze manier kan vooraf een onderscheid worden gemaakt tussen partijen met een hoog en een laag risico. In een evenwichtssituatie krijgt ieder type lener een passend contract. 'Credit rationing' zou niet bestaan. Indien daarentegen het vermogen van de lenende partij niet toereikend is voor het te verlenen onderpand, komt 'credit rationing' weer in beeld. Volgens Storey⁶⁰ is de meest waarschijnlijke vorm van marktfalen die situatie waar een onderneming geen financiering kan krijgen als gevolg van het ontbreken van onderpand, ondanks het feit dat deze onderneming bereid is een hogere rente te betalen.

Ook uit verschillende onderzoeken blijkt dat de kredietverlening moeilijk verloopt. Zo komt uit onderzoek van de Europese Centraal Bank⁶¹ naar voren dat het nog steeds moeilijk is om externe financiering te krijgen. Ook uit specifiek voor Nederland gedaan onderzoek⁶² blijkt dat het MKB moeite heeft

55. Stiglitz en Weiss (1981) en Storey (2000), blz. 207.

56. Overigens stellen De Meza en Webb (1987, 1990) deze uitkomst ter discussie. Er zou juist sprake kunnen zijn van te veel aanbod in plaats van 'credit rationing'. De Meza en Webb gaan hierbij uit van de veronderstelling dat er asymmetrische informatie bestaat over het verwachte rendement. Stiglitz en Weiss gingen daarentegen uit van asymmetrische informatie ten aanzien van het risico, aldus Storey (2000), blz. 213-214. Zie ook Sterken (2000) en Cressy (2002).

57. Hellmann en Stiglitz (2000) betrekken geruime tijd later het laten participeren van derden in het eigen vermogen in de discussie. Zou 'credit rationing' zich nog voordoen als financiering met eigen vermogen in de analyse wordt betrokken? Zij beantwoorden deze vraag bevestigend.

58. Stiglitz en Weiss (1981).

59. Bester (1987).

60. Storey (2000), blz. 213.

61. <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/accesstofinancesmallmediumsizedenterprise-201304en.pdf>, blz. 12. Het halfjaarlijkse onderzoek wordt gedaan door middel van een enquête onder 'SME's' in de Europese Unie. Het onderzoek waarnaar in de tekst wordt verwezen, betreft de periode van oktober 2011 tot maart 2013.

62. Braaksma, Verhoeven e.a. (2013), blz. 22 en Braaksma, Verhoeven en Smit (2012b), blz. 11.

om financieringen af te sluiten.⁶³ ⁶⁴ Voor het kleinbedrijf ligt het aantal niet-gehonoreerde aanvragen op 42%; voor het middenbedrijf is dit 26% (april 2013). In 42% van de gevallen werd in het kleinbedrijf het gewenste bedrag verkregen (april 2013) ten opzichte van 39% in september 2012. Voor het middenbedrijf bedroeg dit percentage 59 (april 2013) respectievelijk 50 (september 2012).⁶⁵ De bedrijven geven als voornaamste reden voor het niet doorgaan van de lening de risico-inschatting van banken (57%).⁶⁶ Uit ander onderzoek blijkt dat 49% van de ondernemers aangeeft dat banken te veel zekerheden vragen.⁶⁷ Banken zullen overigens door nieuwe regelgeving hun financieringsaanbod moeten beperken omdat ze meer vermogen moeten aanhouden.⁶⁸ Ook blijkt uit onderzoek dat de eisen voor het verlenen van krediet aan het MKB strenger zijn geworden door de financiële en economische crisis.⁶⁹

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat MKB-ondernemingen zeer zeker kunnen worden geconfronteerd met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Indien evenwel een financiering niet rond komt omdat de onderneming niet rendabel is, moet overheidsingrijpen worden afgewezen. Bij ieder overheidsingrijpen moet de overheid aldus de juiste instrumenten inzetten om een gebrekkig werkende kapitaalmarkt te corrigeren. De overheid moet zich daarbij bewust zijn van haar eigen beperkingen (zie nader paragraaf 2.6). In de hoofdstukken 4 en 5 wordt getoetst of de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op de juiste wijze vorm zijn gegeven. In hoofdstuk 6 kunnen op basis hiervan aanbevelingen worden gedaan.

Het verkrijgen van een financiering in het kader van een bedrijfsoverdracht kan nog lastiger zijn.⁷⁰ De onderneming zit al in een verdere fase van de levenscyclus en zou aldus een hogere waarde moeten vertegenwoordigen.⁷¹ Het financieren van de overname wordt dan ook als een belangrijk struikelblok gezien.⁷² Overigens doet dit probleem zich pregnanter voor bij overdrachten

63. Dit geldt in het bijzonder voor het kleinbedrijf en startende bedrijven. Zie het advies van de expertgroep bedrijfsfinancieringen van 20 juni 2011: Naar een gezonde basis: bedrijfsfinanciering na de crisis, blz. 3 (te benaderen via: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/06/20/naar-een-gezonde-basis-bedrijfsfinanciering-na-de-crisis.html>). Zie ook DNB (2013), blz. 35-36 waarin wordt aangegeven dat vooral het MKB wordt getroffen door het aangescherpte kredietbeleid van banken.

64. Zie ook Van Teeffelen (2012b), blz. 13 en Wennekers en Hartog (2011), blz. 12-13.

65. Braaksma, Verhoeven e.a. (2013), blz. 22 en Braaksma, Verhoeven en Smit (2012b), blz. 11.

66. Braaksma, Verhoeven e.a. (2013), blz. 23.

67. Carnegie Consult (2011), blz. 23.

68. Rapportage van de Stuurgroep Kredietverlening, 'Kredietverlening in het MKB', d.d. 2 mei 2012. De stuurgroep is onder regie van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie samengesteld. De rapportage is te benaderen via <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/05/31/kredietverlening-aan-het-mkb.html>.

69. Carnegie Consult (2011), blz. 28.

70. Zo ook Meijaard (2007), blz. 3 die aangeeft dat de financiering een belemmering vormt om te starten via de overname van een bestaand bedrijf.

71. Block, Thurik e.a. (2013).

72. EIM (2008), blz. 109.

aan derden. Zo blijkt uit onderzoek dat de overnamesom bij overdrachten binnen familieverband lager is dan bij overdrachten aan derden.⁷³ Dit betekent dat ook de benodigde financiering lager zal zijn. Ook blijkt uit hetzelfde onderzoek dat bij een bedrijfsoverdracht binnen de familie het bedrag vaker schuldig gebleven wordt. Een beroep op ander vreemd vermogen is dan niet nodig of voor een lager bedrag.

Uit ander onderzoek, waarin niet werd ingegaan op het onderscheid tussen overdrachten binnen en buiten familieverband, blijkt dat overnemers in het algemeen zijn aangewezen op vreemd vermogen.⁷⁴ Van de overnemers is 32% in staat de overname volledig uit privémiddelen te financieren; voor degenen die zelf een bedrijf starten is dit 62%. Het percentage dat uitsluitend vreemd vermogen gebruikt is 21%. Het restant van de overnemers gebruikt zowel eigen als vreemd vermogen voor de financiering van de overname. In de regel is voor de overname van een bestaande onderneming meer kapitaal nodig dan bij de start van een nieuw bedrijf.⁷⁵ In de overnamesom is vaak goodwill begrepen. Dit is moeilijk te financieren. Het levert weinig zekerheid.⁷⁶ Ook moet de voortzetter wellicht activa overnemen, zoals bijvoorbeeld een bedrijfspand of voorraden. Zekerheden spelen bij de financierbaarheid een belangrijke rol. Ook het feit dat banken in de regel vrij hoge transactiekosten moeten maken in het kader van de beoordeling van een financieringsaanvraag kan nadelig uitwerken voor met name kleinere bedrijven.⁷⁷ De banken zullen meer interesse hebben in de financiering van een grotere overname. De opbrengsten voor de bank in verhouding tot de kosten zijn voor een grotere overname positiever.

Specifiek voor bedrijfsoverdrachten is verder van belang of de overnemer al betrokken is bij de onderneming. Volgens Boot en Ligterink⁷⁸ geven historische prestaties dan een beter beeld over de toekomst, hetgeen ook van belang is voor verstrekkers van vreemd vermogen. Het informatieasymmetrieprobleem is minder groot en aldus is er minder reden voor de overheid om in te grijpen. Voor zover ik heb kunnen nagaan zijn er geen onderzoeken beschikbaar waarin specifiek is onderzocht in welke mate ondernemingen slagen in het financieren van een bedrijfsovername.⁷⁹

Naar mijn mening is er geen reden om aan te nemen dat het algemene beeld dat in de vorige alinea is geschetst met betrekking tot het verkrijgen van financieringen gunstiger zou zijn in het geval er een overname gefinancierd moet worden. Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat MKB-ondernemingen zeer zeker kunnen worden geconfronteerd met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Indien evenwel een financiering niet

73. Boot en Ligterink (2003).

74. Oudmaijer (2006), blz. 10.

75. Zie ook Oudmaijer (2006), blz. 10, EC (1998) en EC (2006a), blz.6.

76. Zie ook Faber (2003).

77. Carnegie Consult (2011), blz. 25 en Boot en Ligterink (2003).

78. Boot en Ligterink (2003).

79. De financiering van een bedrijfsoverdracht kan worden vergemakkelijkt door derden te laten participeren. Zogenoemd 'venture capital' is evenwel beter beschikbaar voor de grotere overnames. Zie ook voetnoot 36.

rond komt omdat de onderneming niet rendabel is, moet overheidsingrijpen worden afgewezen. Mocht overheidsingrijpen wel wenselijk zijn, dan moet de overheid zich vervolgens bewust zijn van haar eigen beperkingen (zie nader paragraaf 2.6).

In dit onderzoek wordt onderzocht of fiscale faciliteiten een rol zouden kunnen spelen bij het verminderen of wegnemen van kapitaalmarktimperfecties. Hierbij is allereerst van belang dat de overheid voortdurend moet overwegen of zij niet beter op een directe manier kan ingrijpen (zie nader paragraaf 2.5 waar het overheidsingrijpen via de belastingwetgeving aan de orde komt). Op financieringsgebied grijpt de overheid al in (op een directe manier). Zo kan een beroep worden gedaan op een aantal (niet-fiscale) overheidsgarantieregelingen. Hiermee wordt de kans vergroot om een financiering te krijgen. Het betreft regelingen waarbij de overheid garant staat voor diverse vormen van kapitaalverstrekking.⁸⁰ De regelingen vallen onder de 'subsidierегeling starten, groeien en overdragen van ondernemingen'.⁸¹ Het betreft hier regelingen van niet-fiscale aard. Op de volgende regelingen kan een beroep worden gedaan:^{82, 83}

- Besluit Borgstelling MKB Kredieten (BMKB): met de regeling wordt beoogd MKB-bedrijven te ondersteunen die op het gebied van rentabiliteit en continuïteit voldoende perspectief hebben, maar die onvoldoende zekerheden kunnen bieden.^{84, 85} Van de regeling kan gebruik worden gemaakt als het bedrijf maximaal 250 werknemers telt.^{86, 87}
- Garantie Ondernemingsfinanciering (GO): deze regeling is bedoeld voor middelgrote en grote ondernemingen.⁸⁸

80. Ook de EU stelt zich borg voor leningen aan het MKB. De EU doet dit via het Kaderprogramma voor concurrentievermogen en innovatie 2007-2013 (CIP). De lening loopt via een MKB-kredietverstrekker. Het blijkt dat in Nederland nog geen leningen beschikbaar zijn met EU-garantie, http://www.access2finance.eu/nl/Netherlands/what_is_available.htm. Bron geraadpleegd op 31 augustus 2013.

81. <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024902>. De uitgaven en ontvangsten drukken op de begroting van het Ministerie van Economische Zaken.

82. De microfinanciering wordt buiten beschouwing gelaten. Betreft leningen tot maximaal € 50.000. Dit bedrag is in de regel te laag voor de financiering van een bedrijfsovername. Het kabinet-Rutte-Asscher is van plan het kredietplafond te verhogen naar € 150.000 (brief van de minister van Economische Zaken van 17 december 2012).

83. Zie uitgebreider Hooegeveen (2011), hoofdstuk 4.

84. Carnegie Consult (2011), blz. 4. Dit is een onderzoek o.a. naar de effectiviteit en efficiëntie van de BMKB. Het onderzoek is verricht in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

85. Bij wijze van pilot is de regeling per 19 oktober 2012 opengesteld voor niet-banken (brief van de minister van Economische Zaken van 17 december 2012).

86. Beoogd is aan te sluiten bij de MKB-definitie van de EU (brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer inzake verruiming EZ-kredietinstrumentarium d.d. 21 oktober 2008).

87. <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024902/Hoofdstuk2>.

88. <http://wetten.overheid.nl/BWBR0024902/Hoofdstuk3>, paragraaf 3. Banken krijgen via de GO-regeling van de overheid een garantie van 50%. Het gaat om leningen van minimaal € 1,5 miljoen tot maximaal € 50 miljoen (www.rijksoverheid.nl).

- Groeifinancieringsfaciliteit: deze regeling stimuleert het verstrekken van risicodragend kapitaal (aandelenkapitaal en achtergestelde leningen).⁸⁹

Uit onderzoek van het EIM⁹⁰ blijkt dat ondernemingen niet zo bekend zijn met de overheidsgarantieregelingen. Van alle bedrijven was 26% op de hoogte van het bestaan van de BMKB (april 2013).^{91, 92} Uit een ander onderzoek⁹³ blijkt dat 44% van de onderzochte dossiers de BMKB heeft gebruikt voor de overname van een bestaand bedrijf. Dit percentage was veel hoger dan de enquêteresultaten in hetzelfde onderzoek (11%). Voor de GO betrof de bekendheid met de regeling 19% voor het kleinbedrijf en 32% voor het middenbedrijf.⁹⁴ Waar het betreft de groeifinancieringsfaciliteit is dit 8%, respectievelijk 20%.

Deze regelingen worden in dit onderzoek niet expliciet getoetst. In paragraaf 6.2.3 wordt wel ingegaan op de vraag of fiscale faciliteiten gericht op de financiering van de koopsom wenselijk zijn. In die analyse komt tevens aan de orde of de overheid zou moeten kiezen voor fiscale dan wel niet-fiscale regelingen. Met ingang van 1 januari 2013 zijn in de fiscale wetgeving in ieder geval geen specifieke faciliteiten meer opgenomen die zien op het verstrekken van leningen aan ondernemingen.⁹⁵ De in box 3 geldende vrijstelling van € 56.420 (2012) voor natuurlijke personen die een achtergestelde lening verstrekken aan een beginnende ondernemer, gecombineerd met een hef-fingskorting van 0,7%⁹⁶ van het vrijgestelde bedrag is met ingang van deze datum afgeschaft.⁹⁷ Dit geldt tevens voor de vrijstelling voor indirecte beleggingen in durfkapitaal.⁹⁸ In paragraaf 6.2.3 wordt onderzocht of dergelijke fiscale faciliteiten zouden moeten worden ingezet om kapitaalmarktperfectionen te verhelpen. Op voorhand wordt hier opgemerkt dat enige terughoudendheid op haar plaats is. Overheidsingrijpen kent ook zijn beperkingen. Het

89. [http://wetten.overheid.nl/BWBR0024902/Hoofdstuk3, paragraaf 2](http://wetten.overheid.nl/BWBR0024902/Hoofdstuk3,paragraaf2). De groeifaciliteit is een garantieregeling die banken en investeerders over de streep moet trekken om risicodragend kapitaal te verstrekken aan ondernemers. Gaat het bedrijf failliet of is er sprake van verliesgevende verkoop, dan kan het verlies worden geclaimd. Met de groeifinancieringsfaciliteit krijgt een financier de garantie dat de overheid 50% van een eventueel verlies vergoedt (www.rijksoverheid.nl).

90. Braaksma, Verhoeven e.a. (2013), blz. 26.

91. Voor de middelgrote bedrijven betrof dit 37% tegen 27% voor de kleine bedrijven.

92. In mei 2012 bedroeg dit percentage ook 26 (Braaksma, Verhoeven en Smit, 2012b, blz. 13.)

93. Carnegie Consult (2011), blz. 20.

94. Braaksma, Verhoeven en Smit (2012b), blz. 13.

95. Indirect hebben doorschuif Faciliteiten in de inkomstenbelasting nog wel gevolgen voor de financiering van de koopsom. Toepassing van een doorschuif Faciliteit zal de koopsom verlagen, omdat de koper de over te nemen latente belastingclaim zal verwerken in de prijs die hij wil betalen. Het is uiteindelijk afhankelijk van de onderhandelingen tussen koper en verkoper welke waarde aan deze claim wordt toegekend. Zie uitgebreider paragraaf 4.2.2.1.

96. Dit percentage is in voorgaande jaren teruggebracht van 1,3% naar 1% en naar 0,7%.

97. De mogelijkheid om een verlies op een dergelijke lening te verantwoorden als persoonsgebonden aftrekpost is al eerder afgeschaft.

98. Het EIM (2008), blz. 109 zag deze regeling als instrument om de toegankelijkheid van financiering voor bedrijfsovernames te verbeteren.

is van belang vast te stellen of in een gegeven situatie marktfalen door de overheid zou moeten worden gecorrigeerd. Het is niet gezegd dat de overheid het beter kan. Ingrijpen door de overheid kan weer leiden tot overheidsfalen (zie paragraaf 2.6).

Hiervoor is aandacht besteed aan de vraag of voor de overheid een rol is weggelegd indien partijen bij een bedrijfsoverdracht worden geconfronteerd met kapitaalmarktperfectionen ten aanzien van de financiering van de bedrijfs-overname. Uit een bedrijfsoverdracht kunnen evenwel ook financieringsproblemen volgen ten aanzien van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim. De huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zien vooral op deze belastingclaim.⁹⁹ Moet de overheid een rol spelen als de overdrager niet beschikt over de middelen om de belasting te voldoen? Dit kan zich allereerst voordoen als de onderneming tegen schuldiggerkenning wordt overgedragen. De overdrager wordt geconfronteerd met een IB-claim. Een gevolg van het niet kunnen betalen van de belasting kan zijn dat de onderneming niet wordt overgedragen. Hiermee is het mogelijk niet kunnen betalen van de belasting gekoppeld aan het feit dat de koper de financiering niet rond kan krijgen. In die situatie acht ik overheidsingrijpen ten aanzien van de IB-claim legitiem. Dit geldt ook als de IB-claim ontstaat door overlijden. Er komen dan geen middelen vrij om de belasting te betalen. Het is dan de vraag of de belastingclaim beleend kan worden op de in de onderneming aanwezige activa. Als gevolg van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt zou dit een probleem kunnen zijn. Het is evenwel niet mogelijk om dit per individueel geval te onderzoeken. Ik acht overheidsingrijpen dan ook legitiem, mits dit gebeurt onder de juiste voorwaarden. Eventueel overheidsfalen moet in de analyse worden betrokken. Het voorgaande geldt evenzo voor de door de verkrijger verschuldigde erfbelasting. Ook bij een schenking komen geen middelen vrij om de belasting te betalen. Dit betreft de IB-claim voor de overdrager en de schenkbelasting voor de verkrijger. De analyse is in die situatie naar mijn mening anders als wanneer de overdracht plaatsvindt door overlijden.¹⁰⁰ Dit komt in de hoofdstukken 4 en 5 aan de orde als wordt onderzocht of de huidige op de belastingclaim gerichte faciliteiten bijdragen aan het oplossen van een eventueel kapitaalmarktprobleem. In hoofdstuk 6 kunnen op basis hiervan aanbevelingen worden gedaan.

2.4 Verstorings door overheidshandelen

2.4.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is onderzocht welke vormen van marktfalen een reden kunnen vormen voor de overheid om in te grijpen waar het betreft de

99. Doorschuiffaciliteiten hebben indirect wel tot gevolg dat de te financieren overnamesom zal dalen, maar zijn toch vooral gericht op de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim. Zie ook voetnoot 95.

100. Zie o.a. paragraaf 4.2.4.5.b.

belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten. Naast marktfalen kan de overheid ook redenen hebben tot ingrijpen als sprake is van verstoringen door overheids-handelen. De overheid verstoort de economie door het gebruik van belastingen die zich conditioneren op het gedrag. Het gedrag (en het hieruit volgende inkomen- en consumptiepatroon) geeft een signaal van de verdien capaciteit en hierdoor kan de overheid herverdelen. Dit leidt tot een verstoring van de economie. Dit zou niet het geval zijn als de overheid gebruik zou maken van individuele lump-sum belastingen. Deze hangen niet af van bijvoorbeeld inkomen of consumptie. De belastingen zijn gebaseerd op de onderliggende kenmerken van mensen, bijvoorbeeld hun verdientalent.¹⁰¹ Maar dan zou de overheid over de juiste informatie met betrekking tot verdientalent moeten beschikken en dat is niet zo.

Nu vaststaat dat we te maken hebben met verstorende belastingen, wordt in deze paragraaf onderzocht welke elementen in de belastingwetgeving mogelijk verstoringen veroorzaken waar het betreft bedrijfsoverdrachten.¹⁰² De analyse vindt plaats door de elementen te groeperen rond de overdrager en de overnemer. Ten aanzien van de overdrager is allereerst van belang de belastingheffing over de vermogenswinsten bij een bedrijfsoverdracht. In paragraaf 2.4.2 worden mogelijke verstoringen geanalyseerd ten aanzien van het belasten van vermogenswinsten in de ondernemings sfeer. Voor de overnemer spelen andere mogelijke verstoringen een rol. De overnemer wil de onderneming kopen. Indien de koopsom wordt gefinancierd, kan de overnemende partij worden geconfronteerd met renteaftrekbepalingen, ondanks het feit dat de vergoeding op vreemd vermogen in principe aftrekbaar is, waar dit niet geldt voor de vergoeding op eigen vermogen. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 2.4.3. Verder worden zowel de overdrager als de overnemer, mits dit kapitaalvennootschappen zijn, geconfronteerd met aftrekbepalingen ten aanzien van aan- en verkoopkosten van deelnemingen. Zie hiervoor paragraaf 2.4.4.

2.4.2 *Het belasten van vermogenswinsten in de ondernemings sfeer*

2.4.2.1 *Inleiding*

Aan de vraag of en hoe vermogenswinsten (algebraïsch opgevat) moeten worden belast, gaat de vraag vooraf of kapitaalinkomen (in algemene zin) moet worden belast. Daarover zijn de meningen verdeeld. Degenen die menen dat kapitaalinkomen niet moet worden belast, stellen dat een belastingheffing op kapitaal verstorend werkt. Anderen menen dat het belasten van kapitaalinkomen op basis van zowel efficiëntie- als rechtvaardigheidsoverwegingen kan worden verdedigd.¹⁰³ In dit onderzoek beschouw ik het als gegeven dat

101. Jacobs (2008), blz. 31.

102. Volledigheid blijft hier een heikel punt. Ik concentreer me op de naar mijn mening belangrijkste verstoringen.

103. Zie voor een overzicht of kapitaal moet worden belast: Van den Dool (2009), paragraaf 2.5.4, Jacobs (2008), hoofdstuk 7 en Stiglitz (2000), blz. 579-582.

kapitaalinkomen, en wel in de vorm van een belasting op inkomen, wordt belast. Maar wat is inkomen? Volgens Stiglitz¹⁰⁴ kan op grond van het H-S inkomensbegrip¹⁰⁵ de draagkracht het meest accuraat worden bepaald. Rosen¹⁰⁶ geeft de volgende definitie van dit begrip: *'Income is the money value of the net increase in an individual's power to consume during a period.'* In feite wordt op basis van een vermogensvergelijking, gecorrigeerd met bestedingen, vastgesteld wat het inkomen is. Het H-S inkomensbegrip wordt in de economische literatuur als ideaal gezien waarnaar gestreefd moet worden. Toch valt er op het gebied van rechtvaardigheid en efficiëntie wel wat op af te dingen. Een gelijk inkomen zou gelijke belastingheffing betekenen, maar het kan heel goed zijn dat de ene persoon meer nut beleeft aan zijn werk dan de andere persoon.¹⁰⁷ Het hoeft ook niet efficiënt te zijn om alle soorten inkomen tegen hetzelfde tarief te belasten. De elasticiteit speelt daarbij een belangrijke rol.¹⁰⁸ Ondanks deze nadelen ben ik van mening dat het H-S inkomensbegrip een goed uitgangspunt vormt om de belastingheffing over inkomen te analyseren. Ook bij de bespreking van het overheidsingrijpen via de belastingwetgeving (zie paragraaf 2.5) vormt dit de basis. De analyse van het inkomensbegrip wordt gezien de probleemstelling in dit onderzoek beperkt tot de ondernemingsfeer. Daarop zijn immers bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gericht.

Op grond van het H-S inkomensbegrip moeten ook schenkingen en erfenissen tot het inkomen van de verkrijger worden gerekend. Dit lijkt echter vooral theorie te zijn. Als landen al erfenissen en schenkingen in de belastingheffing betrekken, gebeurt dit via een afzonderlijke heffing.^{109, 110} In Nederland betreft dat de in de SW 1956 opgenomen erf- en schenkbelasting.¹¹¹ Ik beschouw deze heffing in dit onderzoek als gegeven.¹¹² Dit betekent dat voor dit onderzoek als uitgangspunt wordt genomen dat de overgang van ondernemingsvermogen door schenking of door overlijden tot de belastbare grondslag wordt gerekend. Indien voor ondernemingsvermogen een vrijstelling geldt of ten aanzien van de belastingheffing daarover uitstel van betaling wordt gegeven, is sprake van een belastinguitgave. Deze belastinguitgave wordt getoetst in hoofdstuk 5.

104. Stiglitz (2000), blz. 616.

105. In plaats van het H-S inkomensbegrip wordt ook wel het SHS-inkomensbegrip gebruikt. De essentie is evenwel hetzelfde. De aanvullende 'S' is van George Schanz. Zie voor het SHS-inkomensbegrip Van den Dool (2009), paragraaf 3.2, Spaanstra (1963), blz. 47-54 en Stevens (2001), blz. 57.

106. Rosen en Gayer (2010), blz. 382.

107. Zie Rosen en Gayer (2010), blz. 384-385 als voorbeeld van rechtvaardigheid.

108. Zie Rosen en Gayer (2010), blz. 384-385 als voorbeeld van efficiëntie.

109. Zie ook Van den Dool (2009b), blz. 217.

110. Er is ook een speciaal OESO-modelverdrag voor successie en schenking om internationale dubbele heffing te voorkomen.

111. Zie hiervoor uitgebreider paragraaf 3.4 waar de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht op grond van de SW 1956 wordt besproken.

112. Zie o.a. Jacobs (2008), blz. 182-185 en Boadway e.a. (2010) voor een analyse betreffende de vraag of erfenissen en schenkingen zouden moeten worden belast.

De belastingheffing over vermogenswinsten heeft nog wel een nadere analyse. Allereerst is de vraag relevant of het tijdstip van realisatie van belang zou moeten zijn voor de belastingheffing. Het H-S inkomensbegrip rekent ook ongerealiseerde vermogensmutaties tot het inkomen. Dit gebeurt ook onder een vermogensaanwasbelasting. Aangezien een vermogensaanwasbelasting specifiek ziet op het belasten van vermogensmutaties, wordt de problematiek gezien vanuit een analyse van de vermogensaanwasbelasting. Deze analyse wordt verricht in paragraaf 2.4.2.2. In de meeste landen, waaronder Nederland, worden vermogensmutaties in de ondernemingsfeer belast onder een vermogenswinstbelasting. Heffing vindt pas plaats als de vermogensmutaties zijn gerealiseerd. Het systeem in de vorm van een vermogenswinstbelasting wordt besproken in paragraaf 2.4.2.3. Aan de vraag of bij de belastingheffing rekening moet worden gehouden met inflatie wordt in paragraaf 2.4.2.4 afzonderlijk aandacht besteed. Dit is een element dat niet specifiek bij een vermogensaanwas-, dan wel een vermogenswinstbelasting hoort.

Uit bovenstaande analyse volgt een theoretisch gewenst systeem ten aanzien van het belasten van vermogensmutaties in de ondernemingsfeer. In hoofdstuk 3 wordt geanalyseerd hoe vermogensmutaties onder het huidige regime in Nederland worden belast.

2.4.2.2 Vermogensaanwasbelasting

Een vermogensaanwasbelasting betreft ook ongerealiseerde vermogensmutaties in de heffing.¹¹³ Op grond van het H-S inkomensbegrip is dit ook terecht omdat sprake is van een 'power to consume'. Toch wordt een vermogensaanwasbelasting veelal afgewezen op grond van liquiditeitsoverwegingen.¹¹⁴ De vermogensmutaties zijn nog niet gerealiseerd zodat de middelen ontbreken om de belasting te kunnen betalen. Hier kan tegen in worden gebracht dat het vermogensbestanddeel bijvoorbeeld ook verkocht zou kunnen worden teneinde de vermogensmutatie te realiseren. Iemand kiest er door niet te verkopen in feite zelf voor te herinvesteren in hetzelfde vermogensbestanddeel.^{115, 116} Kavelaars merkt in dit kader op dat het in beginsel niet om liquiditeiten gaat, maar om de economische beschikkingsmacht.¹¹⁷ Ook Smeets¹¹⁸ is van mening dat het liquiditeitsbeginsel een te belangrijke rol in Nederland speelt. Voor ondernemers die de

113. Van 1 mei 1940 tot 1 januari 1946 kenden we in Nederland een vermogensaanwasbelasting.

114. Hier lijken we niet zo veel moeite mee te hebben als we de werking van het eigenwoningforfait (art. 3.112 Wet IB 2001) en box 3 van de Wet IB 2001 bezien. Realisatie waardoor liquide middelen vrijkomen is daar ook niet aan de orde. Zie ook Cnossen en Bovenberg (1999).

115. Rosen en Gayer (2010), blz. 383. Een vervreemding leidt evenwel wel tot transactiekosten.

116. Ten aanzien van kapitaalvennootschappen zou men voor de belastingheffing kunnen veronderstellen dat ingehouden winsten worden uitgekeerd waarna de aandeelhouders dit bedrag uitlenen ter herinvestering. Toch blijken de meeste landen pas tot heffing over te gaan als dividend wordt uitgekeerd dan wel de vermogenswinst op de aandelen wordt gerealiseerd (Stiglitz 2000, blz. 578).

117. Kavelaars (1999), blz. 63-64.

118. Smeets (2010), blz. 214.

verslaggevingsregels van Boek 2, Titel 9 BW moeten volgen, zou de commerciële winst bepalend kunnen zijn voor de fiscale jaarwinst (dus niet voor de totale winst). Dit neigt voor desbetreffende ondernemers naar een vermogensaanwasbelasting. Het liquiditeitsnadeel zou volgens Smeets kunnen worden gecompenseerd met een lager tarief in de vennootschapsbelasting. Naar mijn mening is het gemaakte onderscheid tussen ondernemingen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen en ondernemers die aan de inkomstenbelasting zijn onderworpen weinig bevredigend. De wijze van het belasten van vermogenswinsten zou niet afhankelijk mogen zijn van de rechtsvorm waarin een onderneming wordt gedreven. Op basis van het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat in economisch opzicht het liquiditeitsbeginsel niet relevant is. Onder fiscale wetenschappers neemt het liquiditeitsbeginsel evenwel een belangrijke plaats in. Volgens Spaanstra¹¹⁹ vallen het belastbaar inkomen en persoonlijk geldinkomen idealiter samen. Doornebal¹²⁰ is van mening dat pas *'van fiscale winst sprake kan zijn indien en voorzover er middelen aanwezig zijn om de verschuldigde belasting te voldoen'*. Ook Bruijsten¹²¹ is van mening dat recht moet worden gedaan aan het liquiditeitsbeginsel. Smeets¹²² is van mening dat het liquiditeitsaspect een te belangrijke rol wordt toegedeeld. De belasting wil immers, aldus de auteur, het inkomen naar draagkracht belasten.

Van een liquiditeitsprobleem is daarentegen geen sprake als de belastingplichtige voldoende liquiditeiten heeft om de belastingschuld te voldoen, als deze in staat is de belastingschuld te belenen of als het vermogensbestanddeel als onderpand kan worden gegeven.^{123, 124} In een perfect werkende kapitaalmarkt zou lenen geen probleem moeten zijn (zie paragraaf 2.2.3). Als de kapitaalmarkt niet perfect werkt, is het afhankelijk van de aard en de waarde van het vermogensbestanddeel of de belastingplichtige de belastingschuld kan belenen en tegen welk rentepercentage.¹²⁵ Met name bij incurante aandelen is een beroep op de kapitaalmarkt moeilijk, zeker waar het aandelen betreft in een kapitaalvennootschap met grotendeels immateriële vaste activa.

Naast liquiditeitsproblemen kunnen ook waarderingproblemen worden onderkend. Hoe moet de vermogensaanwas worden gemeten? Onder een vermogensaanwasbelasting moet ieder jaar een waardering plaatsvinden. Ten aanzien van incurante aandelen en IB-ondernemingen betreft dit in ieder geval een verzwarende van de administratieve lastendruk. Onder een vermogenswinstbelasting behoeft deze waardering immers alleen maar plaats te

119. Spaanstra (1963c), blz. 123.

120. Doornebal (2006), blz. 229 en 233-234.

121. Bruijsten (2009). De auteur gaat in op de vraag of IFRS en de verslaggevingsregels van de RJ een rol moeten spelen bij het bepalen van de fiscale jaarwinst. Naast het liquiditeitsbeginsel zijn volgens de auteur belangrijk de doelstellingen van de commerciële en fiscale jaarwinstbepaling. Met het laatste argument kan ik alleen maar instemmen.

122. Smeets (2010), blz. 214.

123. Ook bij het belenen van de belastingschuld moeten transactiekosten worden gemaakt.

124. Zie ook Smeets (2010), blz. 214.

125. Ook onderpand op andere vermogensbestanddelen zou de leencapaciteit kunnen verruimen.

vinden bij verkrijging en vervolgens bij vervreemding.¹²⁶ Kavelaars noemt als mogelijkheid om vermogensaanwas te meten het jaarlijks in aanmerking nemen van een forfaitair rendement. Bij vervreemding wordt vervolgens het daadwerkelijk gerealiseerde voordeel belast. Het eerder forfaitair in aanmerking genomen voordeel kan worden verrekend, hetgeen kan leiden tot een bijtelling dan wel teruggaaf.¹²⁷ Voor incurante aandelen en IB-ondernemingen lijkt me dit geen oplossing. Dan moet toch eerst weer de waarde van de aandelen dan wel de onderneming worden bepaald.

Een belangrijk aspect onder een vermogensaanwasbelasting is nog of de vermogenswinst blijvend is. Indien in een later jaar wordt geconstateerd dat de vermogenswinst is omgeslagen in een verlies, is het afhankelijk van de verliesverrekeningsmogelijkheden of sprake is van een sluitend systeem. In Nederland kennen we beperkte verliesverrekeningsmogelijkheden. Onder een vermogensaanwasbelasting kan naar mijn mening een onbeperkte verliesverrekening niet ontbreken.

Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat een vermogensaanwasbelasting voor ondernemingsactiviteiten moet worden afgewezen. Daarbij ken ik aan de waarderingproblemen het grootste gewicht toe. Het liquiditeitsargument acht ik van minder belang, maar kan bij een falende kapitaalmarkt toch niet worden genegeerd. Dit leidt tot de conclusie dat incurante aandelen in een kapitaalvennootschap¹²⁸ en IB-ondernemingen onder een vermogenswinstbelasting moeten worden belast.^{129, 130} Dit neemt niet weg dat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind.

Het is overigens van belang te onderkennen dat in een vermogensaanwasbelasting de fiscale problematiek rondom bedrijfsoverdrachten zou zijn opgelost. Vermogenswinsten, al dan niet gerealiseerd, zijn dan ieder jaar in de heffing betrokken, zodat heffing bij een overdracht (vrijwel) niet meer aan de orde is. Het probleem dat vermogenswinsten in één keer worden belast bij realisatie, wordt dan voorkomen.¹³¹

126. Hieronder wordt tevens de fictieve vervreemding verstaan, zoals in Nederland het geval is bij bijvoorbeeld overlijden.

127. Kavelaars (1997), blz. 43.

128. In de Nederlandse situatie wordt daarmee bedoeld op aandelen die onder het ab-regime van box 2 vallen. Dit in tegenstelling tot courante aandelen waar de liquiditeits- en waardeeringsproblematiek in veel mindere mate een rol spelen.

129. Van den Dool (2009b), blz. 126 en 127 pleit ten aanzien van incurante vermogensbestanddelen en moeilijk te gelde te maken vermogensbestanddelen eveneens voor een vermogenswinstbelasting (met compensatiemechanisme). Voor andere vermogensbestanddelen zou wel een vermogensaanwasbelasting moeten gelden.

130. Anders Rijkers en Van Vijfeijken (2010), blz. 255. Zij zijn van mening dat ab-aandelen onder een vermogensaanwasbelasting zouden moeten worden gebracht. Aldus zou meer neutraliteit worden verkregen tussen de ab-houder en de IB-ondernemer. Dit zou dan wel moeten leiden tot het afschaffen van een aantal faciliteiten, waaronder de zelfstandigenaftrek.

131. Zie ook Vereniging voor belastingwetenschap (1998), blz. 111.

2.4.2.3 Vermogenswinstbelasting

Onder een vermogenswinstbelasting worden vermogensmutaties¹³² pas belast bij realisatie. Een keuze voor een vermogenswinstbelasting impliceert dat belastingplichtigen de mogelijkheid krijgen de belasting uit te stellen. Dit leidt volgens Cnossen en Bovenberg¹³³ tot een schending van het draagkrachtbeginsel omdat belastingplichtigen het zelf in de hand hebben wanneer zij vermogenswinsten realiseren.¹³⁴ Het effectieve tarief daalt naarmate belastingplichtigen vermogensbestanddelen langer bezitten.¹³⁵ Er kan een liquiditeitsvoordeel worden behaald. Rosen refereert in dit kader aan de slogan 'taxes deferred are taxes saved'.^{136, 137} In de literatuur worden verschillende manieren geopperd om het liquiditeitsvoordeel dat belastingplichtigen onder een vermogenswinstbelasting hebben te neutraliseren.¹³⁸ Gezien de probleemstelling in dit onderzoek wordt dit niet verder uitgewerkt.

Aangezien heffing onder een vermogenswinstbelasting wordt uitgesteld tot het moment van realisatie, kunnen belastingplichtigen beslissen nog maar niet te verkopen om zo belastingheffing te voorkomen (zogenoemde lock-in effect). Volgens Stiglitz is dit effect significant bij kleine ondernemingen waar bestuur en eigendom van de onderneming samenvallen. Belastingheffing over de vermogenswinst bij verkoop van de onderneming kan de eigenaar-bestuurder ervan weerhouden zijn onderneming te verkopen.¹³⁹ Aldus wordt in economisch opzicht niet op de meest efficiënte wijze gehandeld.

Hartog¹⁴⁰ wijst op een ander verstoringseffect van een vermogenswinstbelasting. De overdrager zal in zijn algemeenheid in de prijsstelling rekening houden met de belastingclaim. In hoeverre de overdrager erin slaagt de belasting af te wentelen, is afhankelijk van de onderhandelingen. Dit verstoringseffect doet zich niet voor onder een vermogensaanwasbelasting. Daar is de transactie (verkoop van de onderneming) losgekoppeld van de belasting.

132. Onder vermogenswinsten worden ook eventuele verliezen begrepen. Waar specifiek bedoeld wordt op verliezen zal dit expliciet worden genoemd.

133. Cnossen en Bovenberg (1999), blz. 32-33.

134. Anders Aardema (1988) die van mening is dat het realisatiebeginsel op zichzelf losstaat van het draagkrachtbeginsel. Dit is juist waar het gaat om het gegeven dat vermogenswinsten uiteindelijk zowel onder een vermogensaanwas- als onder een vermogenswinstbelasting in de heffing worden betrokken. Toch leidt het op verschillende momenten in de heffing betrekken tot een afwijkende effectieve lastendruk.

135. Zie ook OESO (2009), blz. 88.

136. Rosen en Gayer (2010), blz. 387.

137. In Nederland kan zich dit voordoen bij ab-aandelen. Uitdelingen worden gelijk belast. Dit in tegenstelling tot ingehouden winsten, die vooralsnog onbelast blijven. Hier past een nuancering in die zin dat ingehouden winsten in de kapitaalvennootschap renderen. Het rendement wordt belast tegen het gecombineerde vennootschaps- en inkomstenbelastingtarief. Het bedrag van de uitdeling wordt daarentegen in de grondslag van box 3 begrepen, mits de uitdelingen op de peildatum nog tot de belaste bezittingen in box 3 behoren.

138. Zie voor een overzicht van die literatuur Van den Dool (2009b), blz. 110-115.

139. Stiglitz (2000), blz. 595-596.

140. Hartog (1974).

Ook is van belang hoe onder een vermogenswinstbelasting wordt omgegaan met het eindigen van de belastingplicht, zoals bij overlijden en bij emigratie. Een 'echte' vervreemding is niet aan de orde. Indien in die situaties geen fictieve vervreemding wordt aangenomen, wordt de prikkel om op een reguliere wijze te vervreemden geringer. Dit geldt ook als de belastingclaim kan worden doorgeschoven naar een ander subject. Dergelijke faciliteiten versterken het lock-in effect. Dit geldt ook als bij emigratie een fictieve vervreemdingsbepaling ontbreekt en er per saldo in het nieuwe woonland minder wordt geheven.

Hetgeen onder een vermogenswinstbelasting niet onbesproken kan blijven, betreft het systeem van afschrijven. Activa kunnen door gebruik minder waard worden. Het is evenwel ondoenlijk om voor ieder afzonderlijk activum in een specifieke situatie een passend afschrijvingssysteem te bepalen. Derhalve worden afschrijvingssystemen voorgeschreven waaruit eventueel een keuze kan worden gemaakt.¹⁴¹ De wijze waarop is afgeschreven bepaalt uiteindelijk mede de hoogte van de vermogenswinst bij realisatie.

Een nadeel van een vermogenswinstbelasting voor de overheid is dat belastingplichtigen zullen trachten verliezen naar voren te halen. Er bestaat aldus een tendens om de realisatie van vermogenswinsten uit te stellen en verliezen juist naar voren te halen. Dit is een duidelijk nadeel van een vermogenswinstbelasting ten opzichte van een vermogensaanwasbelasting.

Als kritiek op een vermogenswinstbelasting geldt verder dat vermogenswinsten in één keer bij realisatie worden belast. Daar staat tegenover dat een liquiditeitsvoordeel kan worden behaald door langdurig uitstel. Het effectieve tarief daalt. In de vorige paragraaf heb ik aangegeven een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem te vinden. In mijn optiek hoeft er pas een compensatie te worden geboden voor het nadeel van het ineens bij realisatie belasten van vermogenswinsten indien de uitkomsten onder een vermogenswinstbelasting nadeliger zijn voor de belastingplichtige dan deze zouden zijn onder een vermogensaanwasbelasting. In hoofdstuk 3 worden hiertoe berekeningen gemaakt. Dit wordt gedaan voor de periode van 2002-2011.

2.4.2.4 *Inflatie*

Op grond van het H-S inkomensbegrip zou het inkomen gecorrigeerd moeten worden voor inflatie.^{142, 143} Indien geen rekening wordt gehouden met inflatie, worden nominale resultaten belast in plaats van resultaten gemeten in reële termen. Dit is zowel het geval binnen een vermogensaanwas-, als binnen een vermogenswinstbelasting. Naar mijn mening zou een inflatiecorrectie op haar

141. Zie specifiek voor Nederland paragraaf 3.2.4.2.

142. Van den Dool (2009b), blz. 102.

143. Bijkomend voordeel is nog dat door een inflatiecorrectie toe te passen het lock-in effect wordt verminderd. De vermogenswinst bij realisatie (uitgaande van inflatie) is in dat geval lager hetgeen belastingplichtigen er wellicht toe brengt eerder tot vervreemding over te gaan.

plaats zijn. Dit zou dan moeten gelden voor het gehele ondernemingsvermogen.¹⁴⁴ Toch gebeurt dit vaak niet. Hierbij spelen onder andere de hoogte van de inflatie een rol, alsmede het gewenste niveau van overheidsinkomsten en het administratieve probleem hoe de inflatiecorrectie zou moeten worden bepaald.¹⁴⁵ De Studiecommissie belastingstelsel schrijft hierover het volgende: *'Een belasting op het nominale rendement van kapitaal is deels een belasting op de inflatie. Omdat inflatiecorrectie ingewikkeld is, vormt een lager tarief compensatie voor deze belasting op schijnwinst.'*¹⁴⁶ Het gaat de probleemstelling van dit onderzoek te buiten om allerlei mogelijkheden te bespreken die inflatoire resultaten compenseren.¹⁴⁷ Dat inflatie een belangrijke rol speelt waar het betreft de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht, staat evenwel buiten kijf. Toch mag niet worden vergeten dat er ook andere krachten een rol spelen.¹⁴⁸ In de vorige paragraaf is al het lock-in effect genoemd. Belastingplichtigen hebben de gelegenheid de belastingheffing uit te stellen tot het moment van realisatie en zullen daar wellicht hun gedrag op aanpassen. In hoeverre wordt dan het nadelige effect van het belasten van inflatiewinsten gecompenseerd door het later in aanmerking mogen nemen van vermogenswinsten onder een vermogenswinstbelasting?¹⁴⁹ Cnossen¹⁵⁰ is van mening dat bij matige inflatie geen correctie hoeft te volgen omdat het nadeel van inflatie wordt gecompenseerd door het verkregen uitstel ter zake van de heffing over de vermogenswinst.

Ook speelt het tarief een belangrijke rol. Indien zoals in Nederland een progressief tarief van toepassing is op ondernemingswinsten, speelt de inflatiecomponent een nog belangrijkere rol.

2.4.3 *De fiscale behandeling van vergoedingen op vreemd en eigen vermogen*

In paragraaf 2.3.3 is geanalyseerd welke imperfecties een rol spelen op de kapitaalmarkt. Eén van deze imperfecties betrof de aftrekbaarheid van rente in de vennootschapsbelasting. De vergoeding op eigen vermogen is niet aftrekbaar. De vergoeding op vreemd vermogen is dat wel. Dit maakt financiering met vreemd vermogen aantrekkelijk. Het gedrag van belastingplichtigen wordt door deze verschillende fiscale behandeling beïnvloed, hetgeen tot een

144. Zie ook Cnossen en Bovenberg (1999). Zij zijn van mening dat in beginsel alle vermogensopbrengsten en -kosten gecorrigeerd moeten worden voor inflatie.

145. McDaniel en Surrey (1985), blz. 48.

146. Studiecommissie belastingstelsel (2010), blz. 94.

147. Zie hiervoor bijvoorbeeld Van den Dool (2009b), paragraaf 4.4.

148. Zie ook Stiglitz (2000), blz. 595.

149. Zie ook Stiglitz (2000), blz. 599-600. Hij geeft ook aan dat lagere tarieven als substituuat voor indexeren imperfect werken vooral als de inflatie laag is. Dit geldt zeker voor vermogensbestanddelen die voor een korte tijd worden aangehouden. Stiglitz is voorstander van volledige indexatie (full indexation).

150. Cnossen (1997).

marktverstoring leidt. Voor dit onderzoek is van belang of deze verstoring door een faciliteit moet worden weggenomen.

Aan de afwijkende behandeling van eigen en vreemd vermogen wordt in de literatuur veel aandacht besteed. De kredietcrisis heeft dit alleen maar versterkt. In de literatuur worden met name twee systemen geopperd om de verstoring van de financieringsbeslissing weg te nemen: een 'Comprehensive Business Income Tax' (CBIT) en een 'Allowance for Corporate Equity' (ACE).¹⁵¹ Onder een CBIT is zowel de vergoeding voor vreemd vermogen als voor eigen vermogen niet aftrekbaar. De kapitaalkosten zullen hierdoor toenemen, hetgeen een negatief effect heeft op het niveau van de investeringen. De grondslag waarover vennootschapsbelasting wordt geheven zal toenemen. De statutaire tarieven kunnen op grond hiervan worden verlaagd. Dit zal evenwel volgens De Mooij en Devereux¹⁵² niet voldoende zijn om de stijging van het effectieve marginale tarief te compenseren. Volgens de auteurs is CBIT daarom minder aantrekkelijk dan ACE.¹⁵³ Onder een ACE is ook de vergoeding voor eigen vermogen aftrekbaar van de winst. Eigen en vreemd vermogen worden neutraal behandeld. Volgens De Mooij en Devereux¹⁵⁴ zou hiervoor een fictief percentage moeten gelden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de rente die wordt vergoed op staatsobligaties. Alleen de 'economic rent' wordt onder een ACE nog belast. Een nadeel is dat de grondslag waarover vennootschapsbelasting wordt geheven kleiner wordt. Indien de opbrengst voor de schatkist gelijk moet blijven, zal het statutaire tarief moeten worden verhoogd.¹⁵⁵ Jacobs¹⁵⁶ is voorstander van een combinatie van ACE/CBIT. Dit zou moeten worden bewerkstelligd door de renteaftrek geleidelijk te beperken en geleidelijk een aftrek voor de vergoeding op eigen vermogen toe te staan.¹⁵⁷ ACE wordt in een aantal landen toegepast, waaronder België. Volgens de Mooij en Devereux¹⁵⁸ kent geen enkel land CBIT in de hiervoor genoemde vorm. Wel hebben veel landen renteaftrekbeperkingen. Volgens Buettner e.a.¹⁵⁹ kende ongeveer 60% van de Europese landen in 2005 een bepaalde vorm van thincapitalisation (voor OESO-landen was dit circa 67%). Een thincapitalisationregeling heeft als doel rente niet meer aftrekbaar te laten als de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen een bepaalde drempel overschrijdt. In Nederland gold vanaf 1 januari 2004 een dergelijke thincapregeling.¹⁶⁰ De

151. De Mooij en Devereux (2010).

152. De Mooij en Devereux (2010).

153. Zie ook CPB (2010) voor de financiële gevolgen van beide systemen.

154. De Mooij en Devereux (2010).

155. Zie voor een analyse van CBIT versus ACE ook Bovenberg en Stevens (2010).

156. Jacobs (2008), blz. 190-191.

157. De vergoeding kan bijvoorbeeld voor zowel eigen als vreemd vermogen voor de helft aftrekbaar worden gemaakt, aldus Jacobs (2010).

158. De Mooij en Devereux (2010).

159. Buettner e.a. (2008). De auteurs onderzochten de effectiviteit van thincapitalizationregels ten aanzien van financieringsbeslissingen en investeringen.

160. Art. 10d Wet Vpb 1969 (vervallen).

invoering van de thincapregeling had destijds kunnen worden aangegrepen tot het afschaffen van andere renteaftrekbeperkingen.¹⁶¹ De wetgever was het hier niet mee eens omdat elk van de bepalingen zich op een andere vorm van grondslaguitholling richt. Ze vullen elkaar aan en kunnen naast elkaar worden toegepast.¹⁶² Op 1 januari 2013 is de thincapregeling afgeschaft, omdat de regeling bij nadere beschouwing toch niet goed paste bij de andere aftrekbeperkingen. Ook raakte de regeling belastingplichtigen uit het midden- en kleinbedrijf, hetgeen niet was bedoeld.¹⁶³ Met de andere reeds bestaande renteaftrekbeperkingen werd bedoeld op art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 en art. 10a Wet Vpb 1969.¹⁶⁴ Op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb staat Nederland geen aftrek toe als de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige (deelnemerschapslening).¹⁶⁵ Deze bepaling is voor dit onderzoek niet specifiek van belang. Art. 10a Wet Vpb 1969 is dat daarentegen wel. De rente kan op grond van deze bepaling bijvoorbeeld worden beperkt bij verwerving van een belang in een lichaam indien voor de verwerving een schuld wordt aangegaan bij een verbonden lichaam. De rente wordt overigens niet in aftrek beperkt indien wordt voldaan aan één van de in het derde lid van art. 10a Wet Vpb 1969 genoemde situaties.¹⁶⁶ Mocht daaraan niet voldaan kunnen worden, dan kan de renteaftrekbeperking een bedrijfs-overdracht belemmeren.

Met ingang van 1 januari 2012 geldt verder een aftrekbeperking ter zake van rente betrekking hebbende op overnameschulden (art. 15ad Wet Vpb 1969). Zonder een dergelijke aftrekbeperking kan door het aangaan van een fiscale eenheid tussen de overnameholding en de overgenomen vennootschap worden bewerkstelligd dat op de winst van de overgenomen vennootschap de op de overname betrekking hebbende rente in mindering kan worden gebracht. In het tweede lid van art. 15ad Wet Vpb 1969 is evenwel een drempel opgenomen die ervoor zal zorgen dat MKB-ondernemingen met deze aftrekbeperking in de regel niet worden geconfronteerd. De aftrekbeperking is volgens dit lid slechts van toepassing indien het bedrag aan dergelijke renten meer bedraagt dan

161. Zie voor een onderzoek naar de Nederlandse renteaftrekbeperkingen Van Strien (2007). Van Strien kiest uiteindelijk voor een stelsel met een aftrek van primair dividend (blz. 615-617).

162. NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25, blz. 28. Zie voor een beschouwing over de rangorde tussen de renteaftrekbeperkingen Van de Streek en Strik, *Cursus Belastingrecht Vpb*, 2.2.6.C.c.

163. MvT, Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 3, blz. 14.

164. Ook art. 10b Wet Vpb 1969 kan de renteaftrek nog beperken. De bepaling ziet op renteloze en laagrentende leningen met een lange looptijd. Deze bepaling heeft geen specifieke betekenis voor dit onderzoek en wordt dan ook verder niet besproken.

165. Deze bepaling kan evenwel als overbodig worden bestempeld omdat deelnemerschapsleningen al worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen op basis van art. 8, eerste lid, Wet Vpb 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001. Een herkwalificatie geldt ook voor zogenoemde schijnleningen en bodemlozeputleningen. Zie uitgebreider Van de Streek en Strik, *Cursus Belastingrecht Vpb*, 2.2.6.C.c.

166. Eén van de tegenbewijsmogelijkheden die voor bedrijfsoverdrachten vaak zal gelden betreft die van de zakelijke overweging om een schuld aan te gaan.

€ 1.000.000. Aan deze aftrekbeperking schenk ik dan ook geen nadere aandacht. Dit geldt eveneens voor de per 1 januari 2013 ingevoerde aftrekbeperking voor deelnemingsrente. Ook hier geldt een drempel. Niet in aftrek komt het bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen (bovenmatige deelnemingsrente), voor zover het bedrag aan deelnemingsrente € 750.000 te boven gaat (art. 13l, eerste lid, Wet Vpb 1969).

Het voorgaande laat zien dat overnemers in bedrijfsopvolgingssituaties te maken kunnen krijgen met een renteaftrekbeperking. Dit kan een bedrijfsopvolging belemmeren. De verstoring factor betreft naar mijn mening het niet aftrekbaar zijn van rente terwijl de rentebate bij de ontvanger wel wordt belast. Het doel van dit onderzoek is evenwel de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te onderzoeken. Naar mijn mening moeten verstoringen door renteaftrekbeperkingen worden weggenomen door de desbetreffende wettekst aan te passen. Het is daarentegen evident dat renteaftrek beperkende maatregelen die de bedrijfsoverdracht raken, invloed kunnen hebben op het al dan niet doorgaan van een bedrijfsoverdracht.

2.4.4 *Fiscale behandeling aan- en verkoopkosten bedrijfsoverdrachten*

Bij een bedrijfsoverdracht maakt zowel de overdragende als de overnemende partij transactiekosten. Door deze transactiekosten werkt de markt niet efficiënt.¹⁶⁷ Het bestaan van deze kosten wordt als gegeven beschouwd. Voor dit onderzoek is wel relevant de vraag hoe deze kosten fiscaal behandeld worden en of dit tot een marktverstoring leidt. Indien blijkt dat sprake is van een verstoring, moet worden bepaald of deze verstoring door een faciliteit moet worden weggenomen.

Ten aanzien van de fiscale behandeling gaat het om de vraag of de kosten ten laste van de winst mogen worden gebracht. Uitgangspunt in een belasting naar het inkomen, zoals de inkomsten- en vennootschapsbelasting, moet zijn dat opbrengsten worden belast en kosten aftrekbaar zijn. In de hiernavolgende analyse wordt een onderscheid gemaakt tussen de door een Vpb-onderneming en een IB-ondernemer gemaakte kosten.

De door een Vpb-onderneming gemaakte kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van een deelneming¹⁶⁸ zijn op grond van art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969 niet aftrekbaar. De HR besliste op 24 mei 2002 (nr. 37 012, BNB 2002/262) ten aanzien van aankoopkosten dat deze aftrekbaar zijn.¹⁶⁹ De deelnemingsvrijstelling moet volgens de HR als een brutovrijstelling worden gezien. Indien de kosten zouden moeten worden geactiveerd, zou er vervolgens niet op kunnen worden afgeschreven. Dit bracht de HR ertoe te oordelen dat de

167. Zie ook Jacobs (2008), blz. 26-28.

168. Een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969. In de meeste gevallen betreft dit participaties van ten minste 5% in het nominaal gestorte kapitaal van een kapitaalvennootschap.

169. Eerdere arresten van de HR verplichtten tot activering van de aankoopkosten (zie o.a. HR 8 juli 1996, nr. 30 918, BNB 1996/367).

kosten in het jaar van aankoop ten laste van de winst kunnen worden gebracht. De wetgever heeft gezien de budgettaire consequenties¹⁷⁰ besloten de wet aan te passen, hetgeen heeft geleid tot niet-aftrekbaarheid van de kosten. De aankoopkosten mogen wel worden geactiveerd en verhogen daarmee de kostprijs van de deelneming. Dit kan worden afgeleid uit de parlementaire behandeling bij het wetsvoorstel. In de parlementaire behandeling is opgenomen dat de aankoopkosten nog tot aftrek kunnen leiden op grond van de in art. 13d Wet Vpb 1969 opgenomen liquidatieverliesregeling.¹⁷¹ Naar mijn mening is het een juiste zienswijze dat kosten ter zake van de verwerving van een deelneming moeten worden geactiveerd. Dit leidt tot een verhoging van de kostprijs van de deelneming. Bij latere vervreemding van de deelneming is het voordeel vrijgesteld. Het voordeel bestaat uit de verkoopprijs minus de kostprijs van de deelneming. De aankoopkosten komen daarmee niet in aftrek. Dat de HR daar moeite mee had, is begrijpelijk. De deelnemingsvrijstelling beoogt op grond van de ne-bis-in-idem gedachte en de verlengstukgedachte te voorkomen dat reeds bij de dochtervennootschap belaste winst nogmaals belast wordt bij de moedervennootschap. De deelnemingsvrijstelling is altijd bedoeld geweest te werken als een brutovrijstelling. Kosten ter zake van de verwerving van de deelneming zouden op basis van deze overwegingen wel in aftrek moeten kunnen worden gebracht. Deze kosten hebben immers niet eerder tot aftrek geleid. Ik ben van mening dat de niet-aftrekbaarheid van aankoopkosten verstorend werkt, omdat in een belasting naar het inkomen aftrek van deze kosten zou moeten worden toegestaan.¹⁷² Nu evenwel het doel van dit onderzoek is de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te onderzoeken, laat ik deze verstoring verder rusten. Deze verstoring behoort naar mijn mening niet te worden opgelost met een faciliteit, maar zou via een wetswijziging moeten worden weggenomen. Het voorgaande geldt ook voor de kosten gemaakt om de deelneming te vervreemden. Deze verkoopkosten zijn met ingang van 1 januari 2007 niet meer aftrekbaar. De wetgever heeft deze wetswijziging doorgevoerd om tot een grondslagverbreding te komen.¹⁷³ Ook hier is naar mijn mening sprake van een marktverstoring als gevolg van overheidshandelen.

Indien de overnemer iemand is die als natuurlijk persoon winst uit onderneming geniet, kan deze de aankoopkosten wel ten laste van de winst brengen. De overdragende partij kan eventuele verkoopkosten ten laste van de stakingswinst brengen. Van een marktverstoring is dan ook geen sprake. Dit geldt tevens indien aan- dan wel verkoopkosten worden gemaakt die aan box 2 kunnen worden toegerekend.

170. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 3, blz. 6.

171. MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 3, blz. 7.

172. Aftrek zou bijvoorbeeld kunnen worden toegestaan op het moment van vervreemding van de deelneming. Zie ook Brandsma (2004).

173. MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 30.

2.5 Overheidsingrijpen via de belastingwetgeving

In de vorige paragrafen is uiteengezet in welke gevallen de overheid reden heeft tot ingrijpen. Dit ingrijpen kan ook worden gedaan via de belastingwetgeving. Dat het belastingrecht wordt ingezet om nevendoeleinden te bereiken, wordt inmiddels wel geaccepteerd.¹⁷⁴ Dit neemt niet weg dat bij voortduring kritisch moet worden gekeken naar de inzet van belastinguitgaven. Zo moet men zich steeds weer de vraag stellen of de overheid, bijvoorbeeld bij marktfalen, wel zou moeten ingrijpen via de belastingheffing. De overheid kan immers ook op een directe manier, bijvoorbeeld via subsidies, ingrijpen.¹⁷⁵ Het is dan ook goed dat bij invoering van een belastinguitgave eerst moet worden beargumenteerd waarom niet voor ingrijpen door middel van een subsidie is gekozen.¹⁷⁶ Caminada en Ros¹⁷⁷ verwoorden het als volgt: *'Faciliteiten hebben uitsluitend bestaansrecht wanneer goede argumenten pleiten voor overheidsingrijpen en wanneer vaststaat dat een fiscale tegemoetkoming of toeslag het meest geschikte instrument is om op een effectieve en efficiënte manier te interveniëren.'*

In de fiscale wetgeving zien we het overheidsingrijpen terug via belastinguitgaven en inkomstenbeperkende maatregelen. De inkomstenbeperkende maatregelen komen later in deze paragraaf aan de orde. Onder een belastinguitgave wordt verstaan een overheidsuitgave in de vorm van een derving of uitstel van belastingontvangsten, die voortvloeit uit een voorziening in de wet voor zover die voorziening niet in overeenstemming is met de primaire heffingsstructuur van de wet.¹⁷⁸ Het is vervolgens de vraag wat onder 'primaire heffingsstructuur' moet worden verstaan. Caminada en Ros¹⁷⁹ geven aan dat de inhoud van dit begrip vooral wordt bepaald door politieke keuzes. Het is niet objectief vast te stellen wat tot deze structuur behoort. Volgens een onderzoek van de OESO¹⁸⁰ is het te verwachten dat Nederland meer belastinguitgaven kent dan zoals benoemd in de jaarlijkse miljoenennota. Dit komt omdat Nederland als benchmark de huidige primaire heffingsstructuur neemt.¹⁸¹ Voor de analyse ga ik hierna uit van een bredere benchmark. Dit doe ik om scherp te krijgen of de fiscale behandeling van bedrijfsoverdrachten aanleiding geeft tot het benoemen van meer posten als belastinguitgaven. McDaniel en Surrey¹⁸² formuleerden als

174. Zie ook Niessen (1997) en Gribnau (2012a).

175. Zie ook Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (2013) en Gribnau (2012a).

176. Zie ook MvA, Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 40.

177. Caminada en Ros (2012), blz. 158.

178. Miljoenennota 2013, paragraaf 5.1, te benaderen via www.rijksbegroting.nl/2013.

179. Caminada en Ros (2012), blz. 159.

180. OESO (2010), blz. 105 en 106.

181. Dit wordt aangeduid als een positief begrip. Het geldende fiscale inkomensbegrip vormt het uitgangspunt. Zie Goudswaard en Vording (1990).

182. McDaniel en Surrey (1985), blz. 6. Het onderzoek bestaat, naast de introductie, uit twee delen. In het eerste deel worden richtlijnen gegeven voor het belasten van de diverse inkomenscomponenten. Het tweede deel bevat voor diverse landen overzichten van belastinguitgaven. Ook Nederland is in het onderzoek opgenomen.

uitgangspunt een normatief inkomensbegrip,¹⁸³ waarbij voor verschillende inkomenscomponenten richtlijnen worden gegeven. Overigens wordt niet elke afwijking van het inkomensbegrip als belastinguitgave aangemerkt. Daar spelen ook andere factoren een rol. In een land kan bijvoorbeeld een heel ander inkomensbegrip worden gehanteerd. Afwijkingen van het normatieve inkomensbegrip hoeven dan geen belastinguitgaven te zijn. Ook eventuele beperkingen die instanties ervaren in de uitvoering, zoals in Nederland de Belastingdienst, spelen een rol. McDaniel en Surrey geven de volgende definitie van het normatieve inkomensbegrip voor ondernemingen (Vpb-ondernemingen en IB-ondernemingen): *'The base of a normative CIT (YT: Corporate Income Tax) should consist of the increase in the net worth of the corporation for the taxable period.'* McDaniel en Surrey verwijzen in dit kader naar het SHS-inkomensbegrip.^{184, 185} Dit inkomensbegrip is in paragraaf 2.4.2.2 al aan de orde geweest.¹⁸⁶ Op deze plaats wil ik aandacht besteden aan de vraag hoe in de literatuur afwijkingen van het normatieve inkomensbegrip worden geanalyseerd. De analyse wordt beperkt tot die posten die in het kader van een bedrijfsoverdracht van belang kunnen zijn. Een eerste belangrijke post betreft die van de vermogensmutaties. Dat vermogensmutaties in de ondernemingsfeer tot het inkomen behoren, staat niet ter discussie. Wel de vraag op welk moment heffing plaats moet vinden. Op grond van het SHS-inkomensbegrip behoren ook ongerealiseerde vermogenswinsten tot het inkomen (zie uitgebreider paragraaf 2.4.2.2). Toch kennen de meeste landen een vermogenswinstbelasting voor ondernemingen. Zou het niet belasten van latent aanwezige vermogensmutaties alsdan moeten worden aangemerkt als een belastinguitgave? McDaniel en Surrey¹⁸⁷ schrijven het volgende: *'This difference, of course, reflects the conservative principle of accounting to recognize losses (or expenses) at the earliest time they can be reasonably accepted, but defer recognition of income (or gain) until it is assured.'* Het niet belasten van latent aanwezige vermogensmutaties moet volgens de auteurs niet worden bestempeld als belastinguitgave. Dat is naar mijn mening een juiste conclusie.

183. Er bestaat geen eenduidige uitleg over hetgeen als uitgangspunt heeft te gelden. Ook het gebruik van een normatief inkomensbegrip staat ter discussie (zie voor een analyse OESO (2010), hoofdstuk 1). In dit onderzoek heb ik ervoor gekozen als uitgangspunt het normatieve inkomensbegrip te nemen en vervolgens te analyseren welke afwijkingen er zijn tussen dit normatieve inkomensbegrip en de Nederlandse situatie.

184. McDaniel en Surrey (1985), blz. 23. Dit doen zij bij de bespreking van de persoonlijke inkomstenbelasting. Bij het normatieve inkomensbegrip voor ondernemingen wordt evenwel opgemerkt dat beide inkomensbegrippen gelijk zijn met uitzondering van de persoonlijke bestedingen. Persoonlijke bestedingen zijn voor ondernemingen niet relevant.

185. Ook De Kam en Van Herwaarden (1989), blz. 36 kiezen voor een meer economische zienswijze waarbij het inkomen van een persoon gelijk is aan de '(...) som van zijn consumptie en de waardeverandering van zijn vermogen gedurende dat jaar'.

186. In paragraaf 2.4.2.2 werd het (H-S) inkomensbegrip gebruikt. Het SHS-inkomensbegrip betekent in essentie hetzelfde. De aanvullende 'S' is van George Schanz. Zie ook voetnoot 106.

187. McDaniel en Surrey (1985), blz. 43.

Subsidies van de overheid behoren volgens de auteurs ook tot het inkomen. Zij noemen in dit kader expliciet het verstrekken van renteloze leningen. Dit voordeel voor ondernemingen moet worden bestempeld als belastinguitgave.^{188, 189} Een andere post die in dit kader nog van belang is, betreft het al dan niet belasten van de inflatiecomponent. McDaniel en Surrey¹⁹⁰ hebben als richtlijn gegeven het buiten de belastingheffing houden van de inflatiecomponent niet als belastinguitgave te zien. Het wel belasten van de inflatiecomponent (zoals in Nederland gebeurt) moet niet worden gezien als een 'tax penalty'. Tot slot nog de doorschuiffaciliteiten zoals wij die in Nederland kennen. Het mag geen verbazing wekken dat op basis van de richtlijnen deze faciliteiten als belastinguitgaven worden gezien.¹⁹¹ Het betreft hier faciliteiten die ervoor zorgen dat de belastingclaim op in feite gerealiseerde vermogensmutaties kan worden doorgeschoven naar een ander belastingsubject.

Ten aanzien van de tarieven geldt dat elke afwijking van het normale tarief moet worden gezien als belastinguitgave.¹⁹² Hierbij kan worden gedacht aan de tot 1 januari 2001 geldende bijzondere tarieven in de inkomstenbelasting voor bedrijfsoverdrachten. Bij overlijden gold een tarief van 20% en in andere stakingsgevallen een tarief van 45%.

Hiervoor is aandacht besteed aan belastingen naar het inkomen. Dit betrof voor Nederland de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Voor dit onderzoek is ook relevant de heffing bij schenking en overlijden. Op grond van het H-S inkomensbegrip moeten schenkingen en erfenissen tot het inkomen van de verkrijger worden gerekend. Dit lijkt echter vooral theorie te zijn. Als landen al erfenissen en schenkingen in de belastingheffing betrekken, gebeurt dit via een afzonderlijke heffing.¹⁹³ Uitgaande van een afzonderlijke heffing moeten volgens McDaniel en Surrey alle overdrachten in de heffing worden betrokken. Twee personen die ieder vermogensbestanddelen overdragen met een gelijke waarde moeten voor een gelijk bedrag in de heffing worden betrokken (gelijkheid) en geen enkele overdracht moet worden bevoordeeld of benadeeld (neutraliteit).¹⁹⁴ Faciliteiten die de overgang van ondernemingsvermogen fiscaal bevoordelen, hebben derhalve te gelden als belastinguitgave.

In Nederland zijn belastinguitgaven met name onder de aandacht gebracht door een in 1999 gepubliceerd onderzoek van de rekenkamer.¹⁹⁵ In het

188. McDaniel en Surrey (1985), blz. 44-45.

189. In Nederland zijn renteloze uitstelfaciliteiten tot op heden (Miljoenennota 2013) nog niet als belastinguitgaven bestempeld. In de bijlage bij de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 22 juli 2010 (inzake evaluatie van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten) is aangegeven dat dit wel gaat gebeuren.

190. McDaniel en Surrey (1985), blz. 48-49.

191. McDaniel en Surrey (1985), blz. 41 en 344 (specifiek voor de Nederlandse situatie).

192. McDaniel en Surrey (1985), blz. 51.

193. Zie ook Van den Dool (2009b), blz. 217.

194. McDaniel en Surrey (1985), blz. 97-100.

195. Algemene Rekenkamer, Belastingen als beleidsinstrument, Kamerstukken II 1998/99, 26 452, nr. 1-2.

onderzoek werden zowel fiscale stimuleringsregelingen als fiscale ontmoedigingsregelingen betrokken. Fiscale ontmoedigingsregelingen die tot doel hebben bepaald gedrag te ontmoedigen door de kosten van activiteiten te verhogen, zijn niet van belang voor dit onderzoek. Fiscale stimuleringsmaatregelen zijn dat daarentegen wel. Dit betreffen volgens het rapport *'regelingen ter stimulering van bepaald gedrag door de kosten van bepaalde gewenste activiteiten te verlagen'*. De rekenkamer schreef dat de stimuleringsmaatregelen vooral populair waren vanwege de positieve invloed op het fiscale vestigingsklimaat en het feit dat de maatregelen kunnen meelopen in een bestaande uitvoeringsorganisatie (de Belastingdienst). De voornaamste conclusies van de rekenkamer in het rapport zijn de volgende:

- het is niet geheel duidelijk welke inhoud moet worden toegekend aan de begrippen 'fiscale stimulerings- en ontmoedigingsregelingen';
- er zijn gebreken geconstateerd in de beleidsvoorbereiding;
- de uitvoering laat te wensen over;
- het inzicht in de resultaten van de diverse stimuleringsregelingen ontbreekt veelvuldig.

In 2003¹⁹⁶ en 2008¹⁹⁷ publiceerde de rekenkamer vervolgonderzoeken. In het laatstgenoemde onderzoek wordt geconcludeerd dat de afweging van een keuze voor een belastinguitgave en de verantwoording daaromtrent nog te wensen overlaat. Dit geldt ook voor het toetsingskader voor nieuwe en herziene belastinguitgaven. Positiever was de rekenkamer over de jaarlijkse verantwoording in de miljoenennota¹⁹⁸ en het voornemen tot periodiek evalueren waarbij ook de effectiviteit (YT: in dit onderzoek als doeltreffendheid aangeduid) wordt meegenomen. In het verleden was een belangrijk bezwaar tegen belastinguitgaven dat onduidelijkheid bestond over de omvang daarvan. Dit komt omdat belastinguitgaven tot de inkomstenkant van de begroting worden gerekend. Hoewel het geen feitelijke uitgaven zijn, zijn ze wel vergelijkbaar met reguliere uitgaven. Ondanks de verantwoording in de miljoenennota blijft de discussie bestaan over de volledigheid van het overzicht. In het verleden bestond met name discussie over het antwoord op de vraag of de uitgaven gemoeid met de fiscale behandeling van pensioenen en de fiscale behandeling van de eigen woning onder de belastinguitgaven moesten worden verantwoord. Met ingang van de Miljoenennota 2009 zijn deze posten opgenomen in een ander overzicht: de inkomstenbeperkende regelingen. Dit zijn regelingen die de te betalen inkomstenbelasting beperken, maar wel aangemerkt worden als onderdeel van de primaire heffingsstructuur.¹⁹⁹ Zowel de

196. Algemene Rekenkamer, Tussen beleid en uitvoering: lessen uit recent onderzoek van de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2002/03, 28 831, nr. 1-2.

197. Algemene Rekenkamer, Belastingen als beleidsinstrument, Rapport: terugblik 2008, Kamerstukken II 2007/08, 26 452, nr. 5-6.

198. Zie voor de Miljoenennota 2013, hoofdstuk 5 (inkomstenbeperkende regelingen en belastinguitgaven), te benaderen via www.rijksbegroting.nl/2013.

199. Miljoenennota 2013, hoofdstuk 5 (inkomstenbeperkende regelingen en belastinguitgaven), te benaderen via www.rijksbegroting.nl/2013.

belastinguitgaven als de uitgaven gemoeid met inkomstenbeperkende regelingen verminderen de belastingontvangsten.²⁰⁰ Dat belastinguitgaven op de belastingontvangsten in mindering worden gebracht, heeft als nadeel ten opzichte van directe uitgaven dat de begrotingswetgever zich er niet over kan uitspreken. Tevens wordt de democratische controle beperkt.^{201, 202} De inzet van belastinguitgaven heeft verder als gevolg dat belastingplichtigen anders gaan handelen dan dat zij zonder een specifieke belastinguitgave hadden gedaan.²⁰³ Als ander nadeel wordt genoemd het feit dat het belastingvoordeel afhankelijk kan zijn van de tariefschijf waarin de belastingplichtige valt.²⁰⁴ Dit is aan de orde in box 1 in de Wet IB 2001 waar progressieve tarieven gelden. Ook is het waarschijnlijk dat belastingplichtigen met een laag inkomen een aftrekpost niet kunnen effectueren. Als andere nadelen van fiscale stimuleringsmaatregelen worden genoemd het openeindekarakter van belastinguitgaven waardoor de uitgaven moeilijk beheersbaar zijn, de toenemende complexiteit van de belastingwetgeving en de uitvoeringspraktijk, de beperkte inzichtelijkheid in de mate waarin de voorwaarden voor toekenning van de maatregelen worden nageleefd en ten slotte het cadeau-effect.²⁰⁵ Met het cadeau-effect wordt bedoeld op het feit dat ook personen of entiteiten die zonder maatregel het nagestreefde gedrag zouden hebben vertoond van de maatregel profiteren. Albrechtse²⁰⁶ schrijft dat dergelijke weglekeffecten ook het gevolg zijn van het gegeven dat strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel²⁰⁷ moet worden voorkomen. Ingeval een maatregel specifiek is gericht op een bepaalde doelgroep en dit tot uitdrukking komt in de voorwaarden waaronder de maatregel toepassing kan vinden (zoals de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven of het aantal werknemers) zou strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel aan de orde kunnen komen. Dit is dan ook de reden dat de in de Nederlandse belastingwetgeving opgenomen maatregelen niet zien op een specifieke doelgroep. In de hoofdstukken 4 en 5 worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten getoetst aan het gelijkheidsbeginsel.

200. Het budgettair belang van de inkomstenbeperkende regelingen is overigens groter dan dat van de belastinguitgaven. De inkomstenbeperkende regelingen maakten in 2011 3,74% van het bbp uit. De posten zagen alleen op de directe belastingen. Voor belastinguitgaven was dit 1,43% (hetgeen betrekking had op directe belastingen).

201. Zie ook Caminada en Ros (2012), blz. 159 en 170.

202. De Kam en Van Herwaarden (1989), blz. 36 schreven in dit kader terecht dat belastinguitgaven om die reden ook minder ter discussie zullen staan omdat het in feite onzichtbare subsidies zijn.

203. Zie ook Crawford en Freedman (2010), blz. 1077.

204. De Kam e.a. (2008), blz. 195.

205. Algemene Rekenkamer, Belastingen als beleidsinstrument, Kamerstukken II 1998/99, 26 452, nr. 1-2, blz. 5. Zie ook Gribnau (2012a).

206. Albrechtse (2005), blz. 59.

207. Belastingplichtigen kunnen zich beroepen op art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM. Zie o.a. Niessen (2010), blz. 143-145.

In 2010 heeft de rekenkamer nog een onderzoek²⁰⁸ gepubliceerd dat door de Tweede Kamer gebruikt kan worden bij de beoordeling van beleidsalternatieven die sinds september 2009 worden ontwikkeld door twintig 'heroverwegingswerkgroepen'. Eén van de voornaamste conclusies uit het rapport was dat 40% van het totaal aantal belastinguitgaven niet is geëvalueerd. In dit percentage zijn ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten begrepen. De minister van Financiën heeft dit in een brief aan de Tweede Kamer²⁰⁹ als volgt beargumenteerd: *'Om inzicht te verkrijgen in de mate van doelbereik, doeltreffendheid en doelmatigheid van de betrokken regelingen zal een onderzoek op kwantitatieve wijze moeten plaatsvinden. Voor een dergelijk onderzoek is het noodzakelijk om het gebruik, het voordeel en de kosten van de regelingen in kaart te brengen. Bij de Belastingdienst zijn gegevens over het gebruik voor de diverse te onderzoeken (deel)regelingen niet centraal beschikbaar. Het is daarom niet goed mogelijk om op objectieve wijze een evaluatie uit te voeren aan de hand van het thans beschikbare materiaal.'* Ook wordt aangevoerd dat de wetswijzigingen van 1 januari 2010 ertoe hebben bijgedragen dat een evaluatie over enkele jaren wenselijker is. Ik waag te betwijfelen of over enkele jaren een beter inzicht kan worden verkregen. Voor de toetsing in de hoofdstukken 4 en 5 is het ontbreken van een evaluatie een gemis. De toetsing aan doeltreffendheid en doelmatigheid kan dan alleen op kwalitatieve wijze plaatsvinden.

De overheid zet ook andere maatregelen in. Hierbij kan worden gedacht aan het verlaagde tarief in de vennootschapsbelasting als de winst een bedrag van € 200.000 niet overschrijdt (generieke maatregel). Met dergelijke maatregelen heeft de overheid een breder bereik dan met specifiek werkende maatregelen. Het voordeel van generiek werkende bepalingen ten opzichte van specifiek werkende maatregelen is dat strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel niet aan de orde zal zijn.²¹⁰ Nadeel van een generiek werkende bepaling is dat ingrijpen minder gericht is. Toch ben ik het in essentie eens met Langeveld²¹¹ die het volgende schrijft: *'Het nut van een belastinguitgave moet steeds worden afgewogen tegen de welvaartseffecten van alternatieve toepassingen. Verlaging van de tarieven van de loon- en inkomstenbelasting is een van die alternatieve toepassingen. Door verlaging van deze tarieven kan de wig worden verkleind.'* Ook Giele²¹² noemt als bezwaar van belastinguitgaven dat deze onnodig hoge tarieven veroorzaken. Het gaat de probleemstelling van dit onderzoek te buiten om te onderzoeken of bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (gedeeltelijk) zouden

208. Algemene Rekenkamer, inzicht in belastinguitgaven, specifieke uitkeringen en subsidies, 19 mei 2010, http://www.rekenkamer.nl/Actueel/Onderzoeksrapporten/Introducties/2010/05/Inzicht_in_belastinguitgaven_specifieke_uitkeringen_en_subsidies.

209. Brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 22 juli 2010 inzake evaluatie van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

210. Ook van eventuele staatssteun (art. 107 VwEU) zal geen sprake zijn. Overigens is dat bij specifiek werkende maatregelen ook alleen aan de orde als niet alle actieve ondernemingen van een maatregel kunnen profiteren.

211. Langeveld (1995).

212. Giele (2006), blz. 278.

moeten worden vervangen door een lager algemeen tarief. Het verlagen van het tarief in de inkomstenbelasting heeft gevolgen voor alle belastingplichtigen. Op de vraag of specifiek voor bedrijfsoverdrachten een bijzonder tarief zou moeten gelden wordt verwezen naar paragraaf 3.2.5.3.

2.6 Overheidsfalen

In de voorgaande paragrafen is onderzocht wanneer sprake is van marktfalen dan wel verstoringen door overheidshandelen. De overheid heeft dan reden tot ingrijpen. Het ingrijpen vindt ook via de belastingwetgeving plaats. Hieraan is in de vorige paragraaf aandacht besteed. De overheid moet zich evenwel afvragen, ook al is er reden tot ingrijpen, of zij het beter kan. Overheidsingrijpen kan leiden tot overheidsfalen. Dit bleek ook al in de vorige paragraaf. Stiglitz²¹³ noemt vier belangrijke redenen voor overheidsfalen bij het bereiken van haar doelen:

1. Beperkte informatie: wie hebben bijvoorbeeld faciliteiten nodig en wie niet. Misschien zijn bepaalde faciliteiten alleen nodig in een bepaalde sector (dit staat overigens los van het feit dat het creëren van faciliteiten voor een specifieke sector strijdig kan zijn met het gelijkheidsbeginsel). De vraag is of de overheid voldoende informatie heeft om te bepalen wat nodig is, hetgeen niet altijd het geval lijkt te zijn. Dit blijkt ook uit het feit dat evaluatie van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet goed mogelijk is omdat gegevens ontbreken (zie voetnoot 210).
2. Beperkte controle over de reacties uit de markt: personen of entiteiten die zonder maatregel ook het nagestreefde gedrag zouden hebben vertoond profiteren van de maatregel.²¹⁴ Ook het openeindekarakter is hier van belang. Dit is met name aan de orde bij belastinguitgaven. Voor subsidies geldt vaak nog een plafond.
3. Beperkte controle over de bureaucratie: voor dit onderzoek is relevant hoe de Belastingdienst omgaat met de uitvoering van belastingwetten. Een inspecteur van de Belastingdienst kan een wettekst anders interpreteren dan wellicht de bedoeling is van de wetgever. Dit komt ook omdat de wetgeving steeds complexer wordt. Met beleidsbesluiten tracht de staatssecretaris van Financiën de nodige duidelijkheid te verschaffen. Ook valt niet te voorkomen dat inspecteurs verschillende standpunten innemen.²¹⁵
4. Beperkingen opgelegd door politieke processen:²¹⁶ het politieke proces heeft grote invloed op het overheidsbeleid. Het meest wenselijk is dat wetgeving wordt gekenmerkt door heldere doelstellingen. De werkelijkheid blijkt vaak anders te zijn. Er moet voldoende steun worden gevonden voor een wetsvoorstel. Ook zijn parlementariërs geneigd vooral gericht te zijn op het binnenhalen van voordelen voor hun eigen achterban.²¹⁷

213. Stiglitz (2000), blz. 9-10.

214. Zie ook Crawford en Freedman (2010), blz. 1077.

215. Zie ook Gribnau (2012b), blz. 19.

216. Zie ook Niessen (2010), paragraaf 4.5 en Jacobs (2008), hoofdstuk 8.

217. Zie ook Giele (2006), blz. 278.

Daarnaast spelen belangengroepen een grote rol bij belastinguitgaven. Ze oefenen grote invloed uit.²¹⁸ Volgens Gribnau²¹⁹ worden door het toegeven aan deze lobby's fiscale privileges aan een bepaalde groep belastingplichtigen verleend. Hij noemt hierbij specifiek de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de SW 1956 (zie hoofdstuk 5). Volgens Gribnau²²⁰ is sprake van rent-seeking omdat sprake is van het verkrijgen van '*economic returns above normal market levels that are derived from favorable political treatment*'. Ook blijkt het door het optreden van lobby's van belangengroepen moeilijk te zijn faciliteiten te schrappen.²²¹

In de hoofdstukken 4 en 5 worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten getoetst aan de in paragraaf 1.4 opgenomen criteria. Eventueel overheidsfalen wordt zichtbaar gemaakt.

2.7 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is het welvaartseconomisch kader geschetst dat relevant is voor de beoordeling van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit kader wordt gebruikt om in de hoofdstukken 4 en 5 de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te toetsen en in hoofdstuk 6 voorstellen tot verbetering te doen. Aan de hand van de in hoofdstuk 1 geformuleerde deelvragen volgt nu een samenvatting en worden conclusies getrokken.

1. Wat leert de welvaartseconomie ons over overheidsingrijpen?

De welvaartseconomie legt het primaat bij de markt maar erkent dat overheidsingrijpen noodzakelijk kan zijn. Er gelden twee welvaartstheorema. Het *eerste welvaartstheorema* stelt dat Pareto-efficiënte uitkomsten worden bereikt bij perfecte concurrentie. Het is daarentegen niet zo dat een Pareto-efficiënte allocatie overeenkomt met de door de maatschappij gewenste allocatie. Volgens het *tweede welvaartstheorema* kan de overheid elke Pareto-efficiënte uitkomst bereiken door het inkomen eerst passend te herverdelen en vervolgens de markt via perfecte concurrentie haar werk te laten doen. In werkelijkheid kan niet worden voldaan aan de voorwaarden voor het *eerste* en het *tweede welvaartstheorema*. Dit vloeit voort uit marktfalen en uit het feit dat de overheid niet beschikt over de juiste informatie om perfect te verdelen. In een first-best situatie heeft de overheid de juiste informatie om het inkomen perfect te verdelen. De belastingheffing beïnvloedt het gedrag van burgers niet. Indien de overheid deze informatie niet (in voldoende mate) heeft, maakt zij gebruik van verstoringe belastingen. Van belang is welke elementen in de belastingwetgeving verstoringen veroorzaken waar het betreft bedrijfsverdrachten. De overheid zou dan haar eigen gedrag kunnen corrigeren.

218. Zie ook Donders en Gradus (2012), blz. 73-74.

219. Gribnau (2012b), blz. 19-20.

220. Gribnau (2012b), blz. 23.

221. Zie ook Alt e.a. (2010), blz. 1.205.

2. In welke situaties faalt de markt bij de overdracht van een onderneming?

Voor dit onderzoek zijn als mogelijke vormen van marktfalen relevant externe effecten en een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. De eerstgenoemde is aan de orde als een bedrijfsoverdracht *positieve effecten* genereert voor partijen die niet bij de overdracht betrokken zijn. Op basis van literatuuronderzoek trek ik de conclusie dat het bestaan van positieve externe effecten empirisch niet onderbouwd is. Veelvuldig wordt gesproken over de schade aan de economie indien een bedrijf niet wordt overgedragen. De onderbouwing is beperkt tot werkgelegenheidseffecten en dan ook nog op de korte termijn. Naar mijn mening zijn de effecten op langere termijn van meer belang. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is daar geen onderzoek naar gedaan. Dit brengt mij tot de conclusie dat overheidsinterventie bij bedrijfsoverdrachten moeilijk kan worden gelegitimeerd op basis van externe effecten. Er lijken, buiten de directbetrokkenen, geen partijen te zijn die profiteren van een bedrijfsoverdracht. De in het bedrijf besloten liggende waarde zal worden verwerkt in de prijs.

De tweede mogelijke vorm van marktfalen betreft die van een *gebrekkig werkende kapitaalmarkt*. In het kader van dit onderzoek is vooral asymmetrische informatie van belang gebleken. Asymmetrische informatie speelt een belangrijke rol als de overdrager financiering zoekt voor de verschuldigde belastingclaim of als de overnemer de koopsom dan wel de schenk- of erfbelasting wil financieren. Door asymmetrische informatie kan de vraag naar leningen groter zijn dan het aanbod van leningen. De bank kan evenwel niet bereid zijn het aanbod te verhogen, ondanks het feit dat partijen een hogere rente zouden willen betalen. Ook het te verlenen onderpand speelt een belangrijke rol. Indien geen onderpand kan worden verleend, is het zeer goed mogelijk dat geen financiering kan worden verkregen. Dit kan zich ook voordoen als men bereid is een hogere rente te betalen. Het voorgaande geldt evenzo voor de financiering van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim. Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat MKB-ondernemingen kunnen worden geconfronteerd met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Dit blijkt ook uit verschillende onderzoeken. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat overheidsingrijpen uit het oogpunt van deze kapitaalmarktimperfectie legitiem kan zijn, mits de juiste voorwaarden worden gesteld.

3. Bestaan er verstoringen als gevolg van overheidshandelen bij bedrijfsoverdrachten?

Naast marktfalen kan de overheid ook redenen hebben tot ingrijpen als sprake is van verstoringen door overheidshandelen. De overheid verstoort de economie door het gebruik van belastingen die zich conditioneren op het gedrag. In het kader van dit onderzoek is van belang welke elementen in de belastingwetgeving mogelijk verstoringen veroorzaken waar het betreft bedrijfsoverdrachten.

De eerste mogelijke vorm van verstoring betreft de wijze waarop vermogenswinsten in de ondernemings sfeer worden belast. Het H-S inkomensbegrip is vanuit een draagkrachtgedachte het meeste zuivere inkomensbegrip. Alle voordelen moeten in de heffing worden betrokken, waarbij een correctie zou

moeten volgen voor inflatie. Ook ongerealiseerde vermogensmutaties moeten worden belast. Dit gebeurt onder een vermogensaanwasbelasting. De fiscale problematiek rond de belastingheffing op het moment van overdracht zou onder een vermogensaanwasbelasting zijn opgelost. Toch wordt een vermogensaanwasbelasting veelal afgewezen op grond van liquiditeitsoverwegingen. De vermogenswinsten zijn nog niet gerealiseerd zodat de middelen ontbreken om de belasting te kunnen betalen. Hier kan tegen in worden gebracht dat het vermogensbestanddeel verkocht zou kunnen worden teneinde de vermogenswinst te realiseren. Van een liquiditeitsprobleem is overigens geen sprake als de belastingplichtige voldoende liquiditeiten heeft om de belastingschuld te voldoen of als deze in staat is de belastingschuld te belenen. In een perfect werkende kapitaalmarkt zou lenen geen probleem moeten zijn. Als de kapitaalmarkt niet perfect werkt, is het afhankelijk van de aard en de waarde van het vermogensbestanddeel of de belastingplichtige de belastingschuld kan belenen en tegen welk rentepercentage. Naast liquiditeitsproblemen kunnen ook waarderingproblemen worden onderkend. Hoe moet de vermogensaanwas worden gemeten? Onder een vermogensaanwasbelasting moet ieder jaar een waardering plaatsvinden. Ten aanzien van incurante aandelen en IB-ondernemingen betreft dit in ieder geval een verzwaring van de administratieve lastendruk. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat een vermogensaanwasbelasting voor ondernemingsactiviteiten moet worden afgewezen. Daarbij ken ik aan de waarderingproblemen het grootste gewicht toe. Het liquiditeitsargument acht ik van minder belang, maar kan bij een falende kapitaalmarkt toch niet worden genegeerd. Dit leidt mij tot de conclusie dat incurante aandelen in een kapitaalvennootschap en IB-ondernemingen onder een vermogenswinstbelasting moeten worden belast. Dit neemt niet weg dat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind. Ook zou een dergelijk systeem inflatieneutraal moeten zijn.

Onder het huidige systeem worden vermogenswinsten pas bij realisatie belast. Een keuze voor een vermogenswinstbelasting impliceert dat belastingplichtigen de mogelijkheid krijgen de belasting uit te stellen. Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt het theoretisch gewenste systeem vergeleken met het huidige systeem. Onder het huidige systeem worden vermogensmutaties immers bij realisatie in één keer belast, hetgeen tot een progressienadeel kan leiden. Daar staat tegenover dat een liquiditeitsvoordeel kan worden behaald door langdurig uitstel. Het effectieve tarief daalt. In hoofdstuk 3 wordt het huidige systeem beschreven en worden vervolgens berekeningen gemaakt hoe de belastingheffing zou zijn geweest onder een theoretisch gewenst systeem (vermogensaanwasbelasting). Deze uitkomsten worden vergeleken met de belastingheffing onder het huidige systeem. Dit wordt gedaan voor de periode van 2002-2011.

Een tweede mogelijke verstoring betreft het verschil in aftrekbaarheid van vergoedingen op vreemd en eigen vermogen. De keuze van de wetgever om vergoedingen op vreemd vermogen aftrekbaar te doen zijn en vergoedingen op eigen vermogen niet, leidt tot verstoringen. Naar mijn mening is evenwel ook sprake van een marktverstoring als rente in bepaalde situaties toch niet

afrekbaar is en de rentebate wel wordt belast. Dit kan zich ook voordoen als bedrijven worden overgedragen en moeten worden gefinancierd. Mijn conclusie is evenwel dat de verstoring moet worden weggenomen door aanpassing van de desbetreffende wettelijke bepalingen. Faciliteiten zijn hiervoor niet het geëigende instrument.

De laatste door mij onderzochte verstoring betreft de niet aftrekbaarheid van aan- en verkoopkosten bij respectievelijk de verkrijging en vervreemding van een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb 1969. Uitgangspunt in een belasting naar het inkomen, zoals de inkomsten- en vennootschapsbelasting, moet zijn dat opbrengsten worden belast en kosten aftrekbaar zijn. Toch luidt ook hier de conclusie dat de verstoring via een wetswijziging zou moeten worden weggenomen.

4. Welke overwegingen spelen een rol als de overheid besluit tot ingrijpen via de belastingwetgeving?

In dit onderzoek gaat het om overheidsingrijpen via de belastingheffing. Het inzetten van het belastingrecht om nevendoeleinden te bereiken, wordt inmiddels wel geaccepteerd. Dit neemt niet weg dat bij voortdurende kritisch moet worden gekeken naar de inzet van belastinguitgaven. Alternatieve aanwendingen van overheidsgeld moeten worden overwogen. Ook moet men zich steeds weer de vraag stellen of de overheid wel zou moeten ingrijpen via de belastingheffing. De overheid kan immers ook op een directe manier, bijvoorbeeld via subsidies, ingrijpen. Ook moeten de voor- en nadelen van belastinguitgaven tegenover elkaar worden afgewogen. Het grote voordeel van belastinguitgaven ten opzichte van directe uitgaven is dat ze kunnen meelopen in een bestaande uitvoeringsorganisatie. Er zijn echter ook nadelen verbonden aan het gebruik van belastinguitgaven. Een belangrijk nadeel is het feit dat het belastingrecht complexer wordt door het gebruik van belastinguitgaven. Ook moet de overheid rekening houden met het spanningsveld tussen efficiëntie en rechtvaardigheid. Het gebruik van belastinguitgaven impliceert dat een groep belastingplichtigen bevoordeeld wordt ten opzichte van een andere groep. Dit kan efficiënt zijn, maar is een dergelijke bevoordeling nog wel te billijken vanuit rechtvaardigheidsoogpunt? In de hoofdstukken 4 en 5 volgt een toetsing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

5. Wat wordt onder overheidsfalen verstaan?

Bij marktfalen kan overheidsingrijpen legitiem zijn. Dit is ook zo als sprake is van verstoringen als gevolg van overheidshandelen. Het is echter de vraag of de overheid het beter kan. Zo heeft de overheid beperkte informatie, beperkte controle over de reacties uit de markt, beperkte controle over de bureaucratie en worden beperkingen opgelegd door politieke processen. Dit moet in overweging worden genomen als de overheid bedrijfsopvolgingsfaciliteiten implementeert.

HOOFDSTUK 3

De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is aandacht besteed aan de vraag of de overheid zou moeten ingrijpen bij bedrijfsoverdrachten. Dit is op grond van de welvaarts-economie gelegitimeerd als sprake is van marktfalen. De mogelijke vormen van marktfalen zijn daartoe geanalyseerd. Overheidsingrijpen kan ook nodig zijn als elementen in de belastingwetgeving verstoringen veroorzaken waar het betreft de belastingheffing rond bedrijfsoverdrachten. Een eerste aanzet qua verstoringen is hiertoe in het vorige hoofdstuk gedaan alwaar het fiscaal-economisch kader is geschetst. Door in het onderhavige hoofdstuk de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht te analyseren, kunnen mogelijke tekortkomingen worden bepaald. Ook wil ik alvorens de door de overheid gecreëerde regelingen ter zake van bedrijfsoverdrachten worden getoetst, inzicht verkrijgen in de belastingclaim waarmee een natuurlijk persoon wordt geconfronteerd als die zijn IB-onderneming (paragraaf 3.2) of zijn ab in een in een kapitaalvennootschap gedreven onderneming (paragraaf 3.3) overdraagt (zesde en zevende deelvraag). In paragraaf 3.2 worden voor de situatie van de IB-onderneming tevens berekeningen gemaakt hoe de belastingheffing over vermogenswinsten onder het huidige regime (vermogenswinstbelasting) verloopt ten opzichte van de belastingheffing onder een theoretisch gewenst systeem¹ (vermogenaanwasbelasting); zie over deze systemen paragraaf 2.4. Dit wordt gedaan voor de periode van 2002-2011. In paragraaf 2.4 is als mijn belangrijkste kritiekpunt op een vermogenswinstbelasting naar voren gekomen dat de vermogensmutaties ineens bij realisatie tegen een progressief tarief worden belast. Indien de uitkomsten onder een vermogenswinstbelasting evenwel voor een belastingplichtige voordeliger zijn dan onder een vermogenaanwasbelasting, vormt het belasten van vermogenswinsten bij realisatie geen reden om daarvoor een faciliteit te bieden (zie paragraaf 2.4.2.1). Deze analyse behoeft voor ab-houders niet te worden gemaakt. Vervreemdingsvoordelen worden bij ab-houders belast tegen een proportioneel tarief (zie uitgebreider paragraaf 3.3.3).² Zij worden bij realisatie niet ineens belast tegen een hoger progressief tarief. Voor ab-houders geldt dat een vermogenswinstbelasting

1. Zie paragraaf 2.4.2.2.

2. De Wet Vpb 1969 kent wel een lichte progressie, maar die is marginaal (art. 22 Wet Vpb 1969).

voordeliger is dan een vermogensaanwasbelasting. De belastingheffing over (ongerealiseerde) vermogensmutaties, dit betreft zowel de ab-claim als de Vpb-claim, kan immers gedurende een lange periode worden uitgesteld, hetgeen een rentevoordeel oplevert zonder dat dit dus tot een hogere belastingdruk leidt. Onder een vermogensaanwasbelasting wordt de vermogensaanwas ieder jaar in de heffing betrokken, hetgeen ten opzichte van een vermogenswinstbelasting leidt tot een rentenadeel. De afgelopen periode is bovendien het Vpb-tarief ook alleen maar gedaald, hetgeen een vermogensaanwasbelasting nog nadeliger maakte dan een vermogenswinstbelasting. Compensatie voor het feit dat onder een vermogenswinstbelasting vermogensmutaties bij realisatie worden belast, hoeft dus voor ab-houders niet te worden geboden.

In paragraaf 3.4 wordt geanalyseerd hoe ondernemingsvermogen wordt belast dat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen (achtste deelvraag).

In dit hoofdstuk versta ik onder de belastingclaim de verschuldigde belasting op het moment van overdracht vóór toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Bij de analyse van de belastingclaim beperk ik me tot de belastingen die naar draagkracht worden geheven (zie voor de afbakening van het onderzoeksobject paragraaf 1.5).

Dit hoofdstuk wordt ten slotte in paragraaf 3.5 afgesloten met een samenvatting en conclusie.

3.2 De belastingclaim bij overdracht van een IB-onderneming

3.2.1 Inleiding

Een ondernemer moet uiteindelijk worden belast voor de winst uit onderneming die gedurende de gehele looptijd wordt behaald (totaalwinst). In art. 3.2 Wet IB 2001 is bepaald dat belastbare winst uit onderneming het gezamenlijke bedrag is van de winst die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. De onderneming wordt de objectieve onderneming genoemd. Het is fiscaalrechtelijk niet de objectieve onderneming die wordt belast, maar degene voor wiens rekening de objectieve onderneming wordt gedreven (subjectieve ondernemer). De analyse van de begrippen 'objectieve onderneming' en 'subjectieve ondernemer' komt aan de orde in paragraaf 3.2.2. Deze analyse is van belang omdat deze begrippen ook worden gebruikt in de in dit onderzoek aan de orde zijnde bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De omvang van de uiteindelijk te belasten totaalwinst wordt bepaald op basis van art. 3.8 Wet IB 2001. In paragraaf 3.2.3 ga ik in op deze totaalwinstbepaling. Dit is van belang omdat bij staking uiteindelijk de totaalwinst in de heffing moet zijn betrokken. Voor de jaarlijkse belastingheffing moet de winst in jaarmoten worden verdeeld (reguliere jaarwinst³). Hieraan is paragraaf 3.2.4 gewijd. Het bepalen van de reguliere jaarwinst gebeurt op basis van goed koopmansgebruik (art. 3.25

3. Omdat de stakingswinst ook jaarwinst is, duid ik de jaarlijkse winst aan als reguliere jaarwinst.

Wet IB 2001). Dit komt aan de orde in paragraaf 3.2.4.2. Op basis van deze analyse moet worden nagegaan welke invloed een met goed koopmansgebruik overeenstemmend stelsel van winstberekening kan hebben op de ontwikkeling van stille reserves in activa en passiva. Deze wijze van winstberekening is uiteindelijk (mede) van invloed op de winst die bij de bedrijfsoverdracht nog in de heffing moet worden betrokken (stakingswinst). Deze stakingswinst ontstaat ook omdat de waardering van vermogensbestanddelen in de regel plaatsvindt tegen kostprijs terwijl bij staking waardering moet plaatsvinden tegen de waarde in het economische verkeer. Een analyse van de stakingswinst volgt in paragraaf 3.2.4.3. In paragraaf 3.2.5 volgt de analyse van de belastingclaim zoals beschreven in paragraaf 3.1.

3.2.2 Ondernemer

3.2.2.1 Inleiding

Fiscaalrechtelijk is het onderscheid tussen de objectieve onderneming en de persoon die de onderneming drijft (de subjectieve ondernemer) zeer relevant. Waar in de bedrijfseconomie alleen de objectieve onderneming van belang is, sluit de belastingheffing aan bij de persoon die achter de onderneming zit. Dit komt tot uiting bij overdracht van de onderneming. De overdracht leidt tot heffing bij de subjectieve ondernemer, ondanks het feit dat de objectieve onderneming blijft bestaan. Het is allereerst van belang te bepalen of fiscaalrechtelijk sprake is van een onderneming (paragraaf 3.2.2.2). Deze analyse is van belang omdat het begrip 'onderneming' een sleutelrol vervult in zowel de doorschuiffaciliteiten als de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting. Vervolgens moet worden nagegaan voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven (paragraaf 3.2.2.3). Het is deze persoon die uiteindelijk in de heffing moet worden betrokken bij overdracht van een IB-onderneming. Bij een eenmanszaak zal dit één persoon zijn, terwijl een onderneming gedreven in de vorm van een personenvennootschap voor rekening van meer personen wordt gedreven. Hier is ook de hoedanigheid van de winstgenieter van belang. Zo is in de Wet IB 2001 een onderscheid gemaakt tussen ondernemers (art. 3.4 Wet IB 2001) en medegerechtigden tot het vermogen van een onderneming (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). Voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting is dit onderscheid ook van belang. Het verschil tussen een ondernemer en een medegerechtigde is dat een ondernemer ook rechtstreeks moet worden verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming (art. 3.4 Wet IB 2001). Deze problematiek komt bijvoorbeeld naar voren indien als tussenfase naar de uiteindelijke bedrijfsoverdracht een CV wordt aangegaan. De commanditaire vennoot in een CV voldoet normaliter niet aan de verbondenheidseis. De problematiek inzake het verbondenheidsvereiste komt aan de orde in paragraaf 3.2.2.4.

3.2.2.2 *Objectieve onderneming*

Onder het begrip 'onderneming' wordt verstaan: een duurzame organisatie die erop is gericht met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk om winst te behalen (zie o.a. HR 7 oktober 1981, nr. 20 722, BNB 1981/299). De wil van de ondernemer is voor de vaststelling of sprake is van een onderneming niet relevant. Het gaat uitsluitend om de wijze van exploitatie (HR 21 mei 1958, nr. 13 574, BNB 1958/212). Het begrip 'onderneming' speelt een belangrijke rol in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Toegang tot de faciliteiten, zo zal blijken in de hoofdstukken 4 en 5, is beperkt tot situaties waarbij sprake is van een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001.

Het kan zijn dat een ondernemer meer objectieve ondernemingen drijft. Dit blijkt uit artikel 3.2 Wet IB 2001. De ondernemer wordt dan per afzonderlijke onderneming belast. Deze keuze van de wetgever leidt er onder andere toe dat het overbrengen van activa van de ene naar de andere onderneming belastingheffing over de stille reserves met zich brengt. Ook het staken van de ene onderneming gevolgd door het opstarten van een andere onderneming, leidt tot realisatie van de reserves. Met ingang van 1 januari 2008 kunnen stille reserves op bedrijfsmiddelen en herinvesteringsreserves overigens gemakkelijker worden doorgeschoven naar een andere onderneming (art. 3.64 Wet IB 2001). Tot genoemde datum gold dit alleen bij overheidsingrijpen.

3.2.2.3 *Voor wiens rekening*

Uitgaande van de objectieve onderneming moet voor de toepassing van de persoonsgerichte belastingheffing vervolgens worden 'gezocht' naar de persoon voor wiens rekening de objectieve onderneming wordt gedreven (de subjectieve ondernemer). Deze subjectieve ondernemer wordt belast voor de winst uit die onderneming, mits hij ook wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming (zie voor het verbondenheidscriterium de volgende paragraaf). Voor de eenmansondernemer staat vast dat hij de onderneming voor zijn rekening drijft. Voor de echtgenoot waarmee de ondernemer in gemeenschap van goederen is gehuwd, geldt dit niet. Dan moet de onderneming tevens voor rekening van die echtgenoot worden gedreven (zie o.a. HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9).

Er kunnen meer rechthebbenden zijn ten aanzien van één objectieve onderneming. Dit doet zich voor bij een personenvennootschap, zoals een VOF, een CV en een maatschap. In de personenvennootschap wordt de objectieve onderneming gedreven. Voor iedere participant geldt dat het aandeel in de objectieve onderneming wordt aangeduid als subjectieve onderneming. Elke participant wordt belast voor zijn eigen subjectieve onderneming. Ook hier geldt dat als een participant zijn aandeel overdraagt, hij af moet rekenen over de gerealiseerde reserves in zijn subjectieve onderneming. Ten aanzien van de

objectieve onderneming treedt geen wijziging op, maar het overdragen van een aandeel daarin leidt wel tot belastingheffing.

Bij firma's en maatschappen tussen partners ontstaat regelmatig discussie over het antwoord op de vraag of de onderneming wel voor rekening van ieder der vennoten wordt gedreven. De HR heeft dienaangaande ten aanzien van bijvoorbeeld echtgenoten geoordeeld dat beiden in een personenvennootschap een onderneming kunnen drijven (HR 12 februari 1997, nr. 30 752, BNB 1997/173).⁴ Een participant hoeft niet gerechtigd te zijn tot eventuele stille reserves om voor zijn rekening een onderneming te drijven (HR 16 december 1998, nr. 34 172, BNB 1999/147 en HR 16 december 1998, nr. 34 174, BNB 1999/148). Ook zonder die gerechtigdheid kan ondernemersrisico worden gelopen.

3.2.2.4 *Rechtstreeks verbonden voor verbintenissen*

Vanaf 1 januari 2001 kwalificeert iemand op grond van art. 3.4 Wet IB 2001 pas als ondernemer als hij tevens rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende een onderneming. Verbondenheid moet worden beoordeeld naar de regels van het burgerlijke recht (HR 14 juli 2006, nr. 42 125, BNB 2006/321). Uit de parlementaire behandeling blijkt dat daarmee in zijn algemeenheid wordt bedoeld dat de belastingplichtige tegenover zakelijke crediteuren aansprakelijk is voor de schulden van de onderneming.⁵

In het kader van dit onderzoek speelt de verbondenheidseis vooral een rol als een CV wordt gebruikt om een bedrijfsopvolging tot stand te brengen. Het is de vraag of het aangaan van een CV voor de toekomstige overdrager, waarbij de oorspronkelijke ondernemer commanditair vennoot wordt en de beoogde opvolger behorend vennoot, leidt tot afrekening over eventuele stille reserves, fiscale reserves of goodwill. De toekomstige overdrager werd als ondernemer op basis van art. 3.2 Wet IB 2001 in de heffing betrokken. Als commanditair vennoot kwalificeert hij echter niet meer als ondernemer, omdat hij niet voldoet aan de verbondenheidseis; hij is normaliter slechts aansprakelijk tot het bedrag van zijn inbreng. Om te voorkomen dat de commanditair vennoot in box 3 zou worden belast, is in de Wet IB 2001 art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 opgenomen. Degene die anders dan als ondernemer of aandeelhouder als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming is gerechtigd, geniet toch winst uit onderneming.⁶

Ik ben van mening dat de enkele overgang van ondernemer naar commanditair vennoot niet tot afrekening over de stille en fiscale reserves leidt. In art. 3.3 Wet IB 2001 staat in de aanhef: 'Belastbare winst uit onderneming is mede (...)'. Dit artikel geeft derhalve een uitbreiding aan art. 3.2 Wet IB 2001

4. Zie verder ook de arresten van dezelfde datum, gepubliceerd in BNB 1997/174-176.

5. NV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 126.

6. De medegerechtigdheid hoeft zich op grond van het tweede lid van art. 3.3 Wet IB 2001 niet uit te strekken tot een eventueel liquidatiesaldo. Dit laatste is in de wet opgenomen om te voorkomen dat het niet gerechtigd zijn tot het liquidatiesaldo leidt tot het aanmerking nemen van de commanditaire deelname in box 3.

waarin is bepaald wat belastbare winst uit onderneming is. Daarnaast ben ik deze mening toegedaan omdat de subjectieve onderneming van de belastingplichtige in stand blijft.⁷ Ook uit de parlementaire behandeling blijkt deze bedoeling: '(...) Voorts betreft het degene die in het kader van erfopvolging of huwelijksontbinding medegerechtigd wordt tot een onderneming. Met deze opzet wordt bereikt dat in situaties van overgang van actief ondernemerschap naar medegerechtigdheid tot dezelfde onderneming, eindafrekening kan worden voorkomen. Doordat deze medegerechtigden worden belast in box 1 vindt belastingheffing plaats naar het feitelijke inkomen in plaats van naar het forfaitaire rendement.'⁸ Deze passage is geschreven in de tijd dat de wetgever de bedoeling had de commanditair vennoot in box 3 te belasten, maar waarbij hij de mogelijkheid had om te opteren voor de kwalificatie van medegerechtigde. Ook de omgekeerde situatie – de commanditair vennoot wordt ondernemer – heeft naar mijn mening op basis van dezelfde overwegingen geen gevolgen ten aanzien van het realiseren van reserves. Uiteraard is de hiervoor genoemde passage uit de parlementaire behandeling op deze situatie niet van toepassing. Bij het voorgaande past wel de kanttekening dat een wijziging in de gerechtigdheid tot stille reserves en/of goodwill tot belastingheffing leidt. Zie hiertoe uitgebreider paragraaf 3.2.4.3.

De zelfstandig beroepsbeoefenaar hoeft niet rechtstreeks te worden verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. In art. 3.5, tweede lid, Wet IB 2001 is bepaald dat onder ondernemer mede wordt verstaan de beoefenaar van een zelfstandig beroep. Er worden verder geen eisen gesteld. Op grond van de letterlijke tekst geldt het verbondenheidscriterium aldus niet voor een zelfstandig beroepsbeoefenaar (zie ook Hof Arnhem 22 september 2009, nr. 08/00158, NTFR 2009/2260).⁹ Naar mijn mening zou echter geen verschil in criteria en fiscale behandeling moeten bestaan tussen een ondernemer en de beoefenaar van een zelfstandig beroep.¹⁰

3.2.3 Totaalwinst

In dit onderzoek wordt de wenselijkheid en optimale vormgeving van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten onderzocht. De noodzaak voor bedrijfsopvolgingsfaciliteiten vloeit voort uit de belastingclaim die ontstaat als een ondernemer zijn onderneming staakt. Uiteindelijk moet de ondernemer op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 worden belast voor het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, zijn verkregen uit een onderneming (totaalwinst). In deze paragraaf wordt geanalyseerd hoe de totaalwinst moet worden bepaald en welk gedeelte van de totaalwinst op het moment van

7. Zie ook A.J.A. Stevens (2002), blz. 60 en Van Kempen (2003).

8. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 92-93.

9. Deze zaak is door de HR afgedaan onder art. 81 RO (HR 8 juli 2011, nr. 09/04401, V-N 2011/62.12).

10. Zie ook Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.3.A.d4.

(gedeeltelijke) staking nog tot de winst moet worden gerekend. Dit bepaalt, mede met het tarief, de uiteindelijke belastingclaim.

In de Wet op de bedrijfsbelasting¹¹ werd het winstbegrip geïntroduceerd. Als winst werd beschouwd 'de som van al hetgeen in geld of geldswaarde wordt genoten uit bedrijf, beroep, onderneming (...)'. Er werd geen toelichting gegeven op genoemde bepaling. Dit gold eveneens voor de Wet op de Inkomstenbelasting 1914¹² die de Wet op de bedrijfsbelasting verving. In art. 7 werd bepaald dat 'de opbrengst van bedrijf en arbeid omvat (...) voordeelen, die als winst, honorarium, (...) of onder welken naam en in welken vorm ook, verkregen worden uit bedrijf of beroep (...) en uit handelingen, werkzaamheden en diensten van elken aard. (...)'. Ook hier geldt dat de bepaling niet is toegelicht. De uitleg werd overgelaten aan de rechtspraak. Allereerst was de vraag aan de orde of bepaalde voordelen worden verkregen uit bedrijf of beroep. De HR heeft geoordeeld dat de verkoop van andere vermogensbestanddelen dan die welke 'bestemd zijn in het bedrijf te worden verkocht' geen bedrijfshandelingen zijn, zodat het daarmee verkregen voordeel een niet als winst aan te merken vermeerdering van vermogen vormt (HR 10 maart 1920, B 2443, HR 17 maart 1920, B 2444 en HR 19 mei 1920, B 2464). In latere arresten maakt de HR een ommezwaai. In onder andere HR 16 april 1930, B 4726 is beslist dat 'al ligt het verwerven van deze voordelen niet binnen het eigenlijke doel van het bedrijf, toch heeft de bedrijfsuitoefening in staat gesteld tot het verwerven van die voordelen'. Ook nu nog heeft deze jurisprudentie haar gelding behouden. Bij de parlementaire behandeling van de Wet IB 1964 werd dienaangaande het volgende opgemerkt: '(...) In deze gedachtengang, welke met de geldende commerciële opvattingen overeenkomt, behoren zowel de voordelen uit speculatieve transacties, die de continuïteit van de onderneming niet regardereren, alsook de voordelen bij liquidatie van voorraden en langdurige produktiemiddelen, die voor de instandhouding van de onderneming noodzakelijk waren, eveneens fiscaal tot het inkomen van de bedrijfs-huishouding.'¹³ Het voorgaande is ook nu nog van belang.

Uit het bovenstaande blijkt dat de voordelen moeten worden verkregen uit een onderneming. Ten aanzien van vermogensbestanddelen is het van belang te onderkennen of deze tot het ondernemingsvermogen behoren. De voor- en nadelen uit deze vermogensbestanddelen behoren tot de winst uit de onderneming. In dit onderzoek zijn alleen vermogensbestanddelen relevant die tot het ondernemingsvermogen behoren. In dit vermogen kan op het moment van staking een belastingclaim zijn begrepen. Er wordt een indeling in drie categorieën gemaakt:

- vermogensbestanddelen die tot het verplichte ondernemingsvermogen behoren;
- vermogensbestanddelen die tot het verplichte privévermogen behoren; en

11. Wet op de bedrijfsbelasting 2 oktober 1893, S. no. 149.

12. Wet van 19 december 1914, S. no. 563.

13. Mvt, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 3, blz. 20.

- vermogensbestanddelen waarbij de belastingplichtige een keuze heeft tussen ondernemingsvermogen dan wel privévermogen (keuzevermogen).

Tot welke categorie een vermogensbestanddeel behoort is van belang voor dit onderzoek. In hoofdstuk 4 en 5 zal blijken dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen kunnen worden toegepast voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.

De vermogensetiketteringsproblematiek geldt ook bij personenvennootschappen. Hierna wordt alleen aandacht besteed aan vermogensbestanddelen die, al dan niet verplicht, tot het ondernemingsvermogen worden gerekend.¹⁴ Vennoten kunnen ervoor kiezen de tot het ondernemingsvermogen behorende vermogensbestanddelen al dan niet in te brengen in een personenvennootschap. Als de vermogensbestanddelen niet worden ingebracht in de personenvennootschap, is sprake van buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen. De vermogensbestanddelen worden dan door de vennoot in genot ingebracht of verhuurd. De vergoeding die de vennoot hiervoor ontvangt, wordt bij de winst uit zijn subjectieve onderneming gevoegd.

Bij schulden verloopt de vermogensetikettering soortgelijk. Ook voor schulden moet worden vastgesteld tot welk vermogen ze behoren. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen schulden die naar hun aard en schulden die door hun functie tot het ondernemingsvermogen behoren. Bij schulden die naar hun aard tot het ondernemingsvermogen behoren is sprake van een relatie met de bedrijfsuitoefening, zoals een omzetbelastingsschuld. Schulden die naar hun functie tot het ondernemingsvermogen behoren, betreffen met name schulden die dienen om activa te financieren. Voor keuzevermogen is minder ruimte omdat de schulden doorgaans de voor de activa gemaakte keuze volgen.¹⁵

De totaalwinst is het bedrag, in euro's gerekend, dat meer wordt onttrokken dan (oorspronkelijk) aan kapitaal is ingebracht. Dit is ongeacht de waardeverandering die de munteenheid kan hebben ondergaan. Er wordt in dit nominalistische winstbegrip geen rekening gehouden met inflatie. In het verleden zijn diverse voorstellen gedaan om inflatiewinsten geheel of gedeeltelijk buiten de heffing te laten, doch de voorstellen zijn nooit in wetgeving omgezet. Het belangrijkste voorstel betreft het voorstel van de commissie-Hofstra.¹⁶ Aan dit voorstel is evenwel geen uitvoering gegeven. Wel is in het verleden een tweetal maatregelen ingezet om de effecten van inflatie tegen te gaan, namelijk de voorraadaftrek en de vermogensaftrek. Deze aftrekken zijn ingevoerd met ingang van 1981 en vervolgens respectievelijk op 1 oktober 1986 en 1 januari

14. Als vermogensbestanddelen tot het privévermogen worden gerekend, kan zowel heffing in box 1 op grond van art. 3.91 Wet IB 2001 (resultaat uit overige werkzaamheden) als heffing in box 3 (inkomen uit sparen en beleggen) aan de orde zijn. Dit valt buiten het bestek van dit onderzoek.

15. Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.7.C.a.

16. Het rapport 'Inflatieneutrale belastingheffing' is uitgebracht aan het Ministerie van Financiën, Staatsuitgeverij 1978.

1998 weer ingetrokken. Dat geen rekening wordt gehouden met inflatie kan aanzienlijke gevolgen hebben voor de stakingswinst. In deze stakingswinst is immers ook een bedrag begrepen dat is veroorzaakt door inflatie over de hele periode van ondernemerschap. Hiermee zou bij realisatie op enigerlei wijze rekening moeten worden gehouden. Het CPB¹⁷ pleit voor een lager tarief omdat inflatiecorrectie ingewikkeld is.¹⁸ Het nadeel van inflatie wordt overigens wel gecompenseerd door het voordeel van uitstel van betaling dat wordt genoten bij toepassing van een systeem van vermogenswinstbelasting (zie ook paragraaf 2.4.2.3).¹⁹ De keuze voor een nominalistisch winstbegrip is een keuze geweest van de wetgever die de primaire heffingsstructuur raakt. De primaire heffingsstructuur beschouw ik voor dit onderzoek als gegeven. Dit neemt niet weg dat bij de toetsing in hoofdstuk 4 van de faciliteiten en het doen van aanbevelingen waar het betreft faciliteiten (hoofdstuk 6) tekortkomingen in de primaire heffingsstructuur in de overwegingen worden meegenomen.

Een consequentie van het nominalistische winstbegrip is dat bij vervreemding van activa als winst wordt beschouwd de waarde in het economische verkeer minus de boekwaarde.²⁰ Deze keuze heeft tot gevolg dat zich met name in de activa stille reserves ontwikkelen. De stille reserves die, gedurende de tijd dat de onderneming voor rekening van de ondernemer wordt gedreven, nog niet zijn belast, worden bij staking als stakingswinst in de heffing betrokken. Dit geldt ook voor eventuele goodwill. De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht kan hierdoor aanzienlijk zijn. Kern van het onderhavige onderzoek vormt de vraag of de overheid faciliteiten moet bieden om de belastingclaim te matigen en zo ja, op welke wijze. Naast de stille reserves moeten ook de fiscale reserves in de stakingswinst worden opgenomen. Een uitgebreidere behandeling van de stakingswinst komt aan de orde in paragraaf 3.2.4.3.

In de jaarwinstberekening zijn wel substantialistische elementen te onderkennen. Hierbij kan worden gedacht aan het waarderen van de voorraad op basis van het ijzerenvoorraadstelsel of het waarderen via de lifo-methode (zie paragraaf 3.2.4.2).

Doorschuiffaciliteiten maken een inbreuk op het principe dat uiteindelijk de totaalwinst bij de belastingplichtige moet worden belast. De belastingclaim wordt doorgeschoven naar een andere belastingplichtige. Doorschuiffaciliteiten komen als bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.2.

17. CPB (2010), blz. 284.

18. Cavalcanti, Ricardo de O. en Andrés Erosa (2007) komen overigens op basis van een model tot de conclusie dat het indexeren van aftrekposten voor inflatie leidt tot het toenemen van gerealiseerde vermogenswinsten zodanig dat de belastingopbrengsten voldoende worden verhoogd. Het onderzoek is gedaan voor niet-geïncorporeerde ondernemingen.

19. Cnossen (1997).

20. Zie voor een overzicht van substantialistische winstberekenningsstelsels L.G.M. Stevens (2001), blz. 188-192.

Verder is in de Wet IB 2001 een aantal ficties opgenomen om uiteindelijk de totaalwinst bij de belastingplichtige te kunnen belasten. Zo wordt de onderneming geacht te zijn overgedragen in geval van overlijden en in geval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap.²¹ In deze situaties kan volgens de wetgever een heffingslek ontstaan. Aan deze materie wordt aandacht besteed in paragraaf 3.2.4.3.

3.2.4 *Jaarwinst*

3.2.4.1 *Inleiding*

Bij een bedrijfsoverdracht moet de ondernemer uiteindelijk worden belast voor de winst die hij gedurende de gehele bestaansduur van zijn onderneming heeft genoten (totaalwinst). Deze in de vorige paragraaf besproken totaalwinst wordt, om tot een jaarlijkse heffing te komen, in jaarmoten gehakt. De wijze van berekening van de reguliere jaarwinst bepaalt uiteindelijk mede de hoogte van de stakingswinst en daarmee de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht. Dit komt omdat de jaarwinstberekening is gebaseerd op goed koopmansgebruik hetgeen de mogelijkheden biedt kosten naar voren te halen en/of opbrengsten juist uit te stellen.²² Overigens zijn inmiddels in de wet steeds meer inbreuken op goed koopmansgebruik opgenomen. Deze wettelijke bepalingen hebben ook invloed op de hoogte van de reguliere jaarwinst. In deze paragraaf wordt de jaarwinstberekening geanalyseerd in zoverre dat nodig is om de invloed van deze wijze van berekenen op de stakingswinst te kunnen vaststellen.

3.2.4.2 *De reguliere jaarwinst*

De jaarwinst moet worden berekend op basis van goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt (art. 3.25 Wet IB 2001). Deze bepaling is, in iets andere bewoordingen, voor het eerst in art. 7 Besluit IB 1941 opgenomen en heeft nadien dezelfde strekking behouden. Het subjectieve inzicht van de ondernemer staat voorop, maar wordt begrensd door een objectieve maatstaf: goed koopmansgebruik.²³ Hetgeen onder goed koopmansgebruik moet worden verstaan, blijkt niet uit de wettekst. Dit wordt aan de jurisprudentie overgelaten om zodoende aansluiting te kunnen blijven

21. In art. 3.60 Wet IB 2001 (vermogensbestanddelen worden overgebracht naar het buitenland) en art. 3.61 Wet IB 2001 (eindafrekeningsbepaling) zijn fictiebepalingen opgenomen indien een belastingplichtige ophoudt binnenlands belastingplichtig te zijn dan wel ophoudt in Nederland winst uit onderneming te genieten.

22. Het kan ook zijn dat een belastingplichtige juist eerder winst wil nemen als bijvoorbeeld verliezen dreigen te verdampen. Ook dan bepaalt goed koopmansgebruik of dit al dan niet mogelijk is.

23. Cornelisse (2012), blz. 3.

zoeken bij veranderende maatschappelijke ontwikkelingen.²⁴ In 1957 heeft de HR zich uitgelaten over de vraag wat onder goed koopmansgebruik moet worden verstaan (HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208). De HR oordeelde dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening in overeenstemming is met goed koopmansgebruik indien dat stelsel is gegrond op hetgeen de bedrijfseconomie omtrent de juiste wijze van belastingheffing leert. Deze regel moet echter uitzondering lijden indien het volgen van het bedrijfseconomische inzicht in strijd is met enig voorschrift van de belastingwetgeving alsmede indien de algemene opzet of een beginsel van de belastingwet tekort zouden worden gedaan. De invloed van de bedrijfseconomische inzichten wordt echter regelmatig ter discussie gesteld. Zo is Stevens van mening dat de fiscale jaarwinst moet worden bepaald door doel en strekking van de inkomstenbelasting.²⁵ Dat het begrip 'goed koopmansgebruik' een eigen inhoud kent, blijkt onder andere ook uit een arrest waarin de HR oordeelde dat een waardering van een deelneming op nettovermogenswaarde in casu niet mogelijk was (HR 23 september 1992, nr. 28 155, BNB 1993/60). De wettelijke voorschriften voor de waardering van een deelneming in een vennootschappelijke jaarrekening dienen onder meer ter verwezenlijking van de zogenoemde vermogensbescherming en geven met betrekking tot deelnemingen voorschriften die voor de heffing van vennootschapsbelasting niet van belang zijn.²⁶

Regelmatig speelt de discussie in welke richting goed koopmansgebruik zich zou moeten ontwikkelen. De vraag is of de fiscale winstbepaling meer moet aansluiten bij de commerciële winstbepaling.²⁷ Overigens is bij kleine rechtspersonen een omgekeerde tendens waar te nemen. Kleine rechtspersonen mogen de vennootschappelijke jaarrekening vanaf het boekjaar 2007 opstellen op basis van fiscale grondslagen (art. 2:396, zesde lid, BW).

De wijze waarop goed koopmansgebruik zich in de toekomst gaat ontwikkelen is zeker van belang bij een beoordeling van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De jaarwinstberekening heeft immers gevolgen voor de zich bij de bedrijfs-overdracht manifesterende belastingclaim. Voor dit onderzoek baseer ik me evenwel uitsluitend op de huidige fiscale jaarwinstberekening. Er zijn geen concrete aanwijzingen dat binnen afzienbare tijd wijzigingen plaatsvinden in de waarderingsregels inzake goed koopmansgebruik. In de huidige wetgeving is overigens een aantal wettelijke waarderingsregels opgenomen die de toekomstige claim verlagen. Deze komen hierna specifiek aan de orde.

24. Zie voor een beschouwing over goed koopmansgebruik als open norm Doornebal (2008b).

25. L.G.M. Stevens (2001), blz. 259.

26. Het belang van belanghebbende was erin gelegen een aftrekbaar verlies op de deelneming te claimen omdat de deelnemingsvrijstelling in casu niet van toepassing was. Waardering op intrinsieke waarde werd overigens wel mogelijk geacht in HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181.

27. Zie voor deze materie uitgebreid Smeets (2010).

Aan goed koopmansgebruik ligt een aantal beginselen ten grondslag. Deze beginselen worden in de rechtspraak niet altijd als zodanig benoemd.²⁸ In zijn conclusie bij HR 15 april 2005, nr. 39 905, BNB 2005/250 geeft AG Overgaauw het volgende overzicht:²⁹

- *Realiteitsbeginsel* (algemeen): de belastingplichtige dient zich te baseren op de feitelijke situatie. De baten en lasten moeten in overeenstemming met de werkelijkheid aan de juiste jaren worden toegerekend.
- *Realisatiebeginsel* (baten): winst die in een bepaald jaar is gerealiseerd, dient in dat jaar in het resultaat te worden opgenomen.
- *Matchingbeginsel* (lasten): uitgaven moeten zo veel mogelijk ten laste worden gebracht van de periode waarin de opbrengsten worden verantwoord met het oog waarop de uitgaven zijn gedaan.
- *Veroorzakingsbeginsel* (lasten): de uitgaven moeten worden toegerekend aan het jaar waarin die uitgaven door de bedrijfsuitoefening zijn opgeroepen.
- *Voorzichtigheidsbeginsel* (algemeen): met alle werkelijke onzekerheden mag rekening worden gehouden. Winsten behoeven pas te worden verantwoord, als het behalen ervan met redelijke zekerheid vaststaat. Niet-gerealiseerde, maar wel aantoonbare verliezen mogen daarentegen worden genomen.
- *Eenvoudbeginsel* (algemeen): het winstbepalingssysteem moet praktisch hanteerbaar zijn. De aan het systeem te stellen eisen worden afgestemd op de omvang van de onderneming.

Cornelisse noemt in navolging van Van Poppel drie kenmerken van goed koopmansgebruik: realiteitszin, voorzichtigheid en eenvoud. Het veroorzakingsbeginsel en het matchingbeginsel schaaft hij onder het realiteitsbeginsel.³⁰ Naar mijn mening is tussen de verschillende beginselen geen vaste rangorde aan te geven.³¹ Brüll schreef al in 1964 dat '(...) eenvoud, voorzichtigheid en realiteitszin grenzen aan elkaar stellen, dat zij geen van drieën absolute geldigheid bezitten, doch eerder krachten voorstellen, waarvan het evenwicht hét kenmerk van goed koopmansgebruik is'.³² Iedere casus staat op zichzelf. Afhankelijk van het geschil moet worden nagegaan welk beginsel bij kan

28. In HR 16 november 2007, nr. 42 970, BNB 2008/26, r.o. 4.3 komen wel expliciet beginselen aan de orde. De HR sluit zich in dit arrest aan bij het oordeel van het Hof dat optieverplichtingen en aandelen op grond van het realiteitsbeginsel van het fiscale goede koopmansgebruik in samenhang moeten worden gewaardeerd. Vervolgens overweegt de HR dat het voorzichtigheidsbeginsel niet met vrucht kan worden ingeroepen om de onverbreekelijke samenhang tussen de waardebewegingen van de optieverplichting en van de aandelen te verbreken.

29. Lubbers (2012) kiest een andere invalshoek voor de analyse van jurisprudentie. Hij rangschikt deze rondom de in een jaar in aanmerking te nemen baten en lasten (zie voor het raamwerk paragraaf 1.2 van genoemd boek).

30. Cornelisse (2012), blz. 22 en 57. Uit de beschouwing van genoemde schrijver meen ik te mogen afleiden dat hij ook het realisatiebeginsel onder het realiteitsbeginsel schaaft.

31. Zie voor auteurs die dit wel trachten: Doornebal (2003) en Berkhout en Van der Heijden (2003). Ook Meussen (2003) is geen voorstander van het aanbrengen van een bepaalde rangorde op basis van jurisprudentie van de HR. De HR is er om geschillen te beslechten.

32. Brüll (1964), blz. 142-143.

dragen aan de oplossing van het geschil. Als het gaat om de opbrengsten moet op basis van het realisatiebeginsel worden bepaald in welk jaar de bate moet worden verantwoord. Dit geldt ook voor vooruitontvangen bedragen en voor ontvangen bedragen waarvan de prestatie nog niet (geheel) is afgerond. Volgens de HR moet de opbrengst worden verantwoord uiterlijk op het moment waarop de levering of de dienst ten uitvoer is gebracht (HR 18 december 1991, nr. 26 674, BNB 1992/181). Vervolgens moeten de uitgaven op basis van het matchingbeginsel aan de opbrengsten worden toegerekend. Wanneer dit niet mogelijk is, moeten de uitgaven op grond van het veroorzakingsbeginsel aan het juiste jaar worden toegerekend. Dit geldt evenzo voor uitgaven die vooraf dan wel achteraf worden betaald. Te allen tijde geldt dat een belastingplichtige de realiteit niet uit het oog mag verliezen (realiteitsbeginsel). Het voorzichtigheidsbeginsel zorgt ervoor dat een belastingplichtige rekening mag houden met alle werkelijke onzekerheden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het waarden op lagere bedrijfswaarde. Ook de mogelijkheid tot het toepassen van de ruilarresten is gebaseerd op het voorzichtigheidsbeginsel vanuit de gedachte dat de continuïteit van de onderneming moet worden gewaarborgd (zie bijvoorbeeld HR 14 maart 1990, nr. 26 043, BNB 1990/127). Wel is in de jurisprudentie een verschuiving waar te nemen waar het betreft het voorzichtigheidsbeginsel.³³ Zo heeft de wetgever een aantal inbreuken op goed koopmansgebruik in de wet opgenomen. De meest recente ingrepen betreffen art. 3.29b Wet IB 2001 (waardering onderhanden werk) en art. 3.30a Wet IB 2001 (beperking afschrijving gebouwen).³⁴ Deze inbreuken kunnen vooral worden verklaard door de omstandigheid dat de wetgever zich niet wilde verenigen met bepaalde rechterlijke beslissingen. Ook speelden voor de overheid budgettaire overwegingen een rol. Tot slot kan nog worden genoemd het eenvoudbeginsel. Volgens Cornelisse³⁵ uit het eenvoudbeginsel zich in een wijze van winstbepaling die hanteerbaar moet zijn. De aan de wijze van winstbepaling te stellen eisen moeten aan de omvang van de onderneming worden aangepast. Gezien de vooruitgang die is geboekt op het gebied van administratieve gegevensverwerking kan worden geconcludeerd dat dit beginsel aan relevantie verliest. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de collectieve waardering van debiteuren aan het einde van het boekjaar (HR 11 december 1957, nr. 13 381, BNB 1958/22) en de mogelijkheid tot het toepassen van het kasstelsel als de aard en omvang van het bedrijf dat toelaten (HR 24 februari 1960, nr. 14 197, BNB 1960/84).

Het is de vraag welke invloed bovenstaande beginselen uitoefenen op de hoogte van de reguliere jaarwinst en daarmee op de stakingswinst en dus op de uiteindelijke belastingclaim bij overdracht van de onderneming. Een met goed koopmansgebruik overeenstemmend stelsel van winstberekening kan tot

33. Zie ook Cornelisse (2012), blz. 40.

34. Zie voor een goed overzicht omtrent inperkingen op goed koopmansgebruik Doornebal (2008a).

35. Cornelisse (2012), blz. 22.

gevolg hebben dat zich in de activa en passiva stille reserves ontwikkelen.³⁶ Indien deze stille reserves tijdens de levensduur van de subjectieve onderneming niet in de reguliere jaarwinst tot uitdrukking komen, worden deze uiteindelijk in de stakingswinst opgenomen. Hierna wordt van de meest voorkomende activa en passiva uiteengezet welke invloed goed koopmansgebruik heeft op de vorming van de stille reserves. In deze analyse worden ook de wettelijke bepalingen meegenomen die een inbreuk maken op goed koopmansgebruik.

Bedrijfsmiddelen

Volgens art. 3.30 Wet IB 2001 zijn bedrijfsmiddelen goederen die voor het drijven van een onderneming worden gebruikt. Bedrijfsmiddelen kunnen worden onderscheiden in lichamelijke en onlichamelijke goederen. Uitgangspunt is waardering op historische kostprijs dan wel lagere bedrijfswaarde. De HR verwoordde dit als volgt: *'als regel geldt, dat het met goed koopmansgebruik in overeenstemming is activa te waarderen op hun werkelijke aanschaffings- of voortbrengingskosten of op hun aantoonbaar lagere bedrijfswaarde, zonder bij die waardering rekening te houden met waardevermindering, waardoor voorkomt, dat voordelen tot uiting komen, welke niet zijn gerealiseerd.'* (HR 17 februari 1954, nr. 11 620, BNB 1955/138).

Juist het waarderen op basis van historische kostprijs leidt ertoe dat zich op het stakingsmoment in bedrijfsmiddelen grote stille reserves kunnen bevinden. Deze stille reserves worden in één keer belast. Deze stille reserves herbergen ook inflatiewinsten, omdat de totaalwinst nominalistisch wordt bepaald.

De HR definieert de bedrijfswaarde als volgt: *'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.'* (HR 11 december 1985, nr. 23 159, BNB 1987/187). Deze waardevermindering moet wel duurzaam zijn. De mogelijkheid om te waarderen op basis van de lagere bedrijfswaarde kan worden verklaard op basis van het voorzichtigheidsbeginsel. Indien een bedrijfsmiddel blijvend minder waard is, moet afwaardering mogelijk zijn. In dergelijke bedrijfsmiddelen zullen dan op het stakingsmoment geen stille reserves schuilen. Dit komt ook omdat bij een latere stijging van de bedrijfswaarde een opwaardering moet plaatsvinden tot de boekwaarde volgens de eerder gekozen afschrijvingsmethode is bereikt (HR 18 maart 1992, nr. 27 918, BNB 1992/186). Met ingang van 1 januari 2008 geldt art. 3.29c Wet IB 2001 dat beoogt waardering op lagere bedrijfswaarde tegen te gaan voor alle bedrijfsmiddelen met een onrendabele top. Dit doet zich voor als reeds ten tijde van de aanschaf bekend is dat de huuropbrengsten relatief laag zijn in verhouding tot de gedane investeringen.³⁷ Dit wetsartikel heeft een algemene

36. In paragraaf 3.2.3 kwam het systeem van nominalistische winstberekening al aan de orde. Ook door de toepassing van dit systeem ontstaan stille reserves.

37. MvT, Kamerstukken II 2007/08, 31 205, nr. 3, blz. 38.

werking, maar is met name ingevoerd voor woningcorporaties die ten gevolge van een wetswijziging op die datum belastingplichtig werden.³⁸

Afschrijvingen zijn op grond van het eerste lid van art. 3.30 Wet IB 2001 gebonden aan de historische kostprijs. Op bedrijfsmiddelen kan worden afgeschreven als de waarde van de bedrijfsmiddelen afneemt ten gevolge van het gebruik van de bedrijfsmiddelen in de onderneming. De afschrijving beoogt het geleden verlies goed te maken (HR 3 oktober 1928, B 4374). De afschrijving wordt op basis van het eerste lid van art. 3.30 Wet IB 2001 jaarlijks gesteld op het gedeelte van de nog niet afgeschreven aanschaffings- of voortbrengingskosten dat aan het kalenderjaar kan worden toegerekend. Afschrijving is niet meer mogelijk als de restwaarde is bereikt. De restwaarde moet schattenderwijs worden bepaald op de waarde die het bedrijfsmiddel bij de beëindiging van het gebruik door de belastingplichtige in elk geval waard zal zijn (HR 10 augustus 2007, nr. 41 283, BNB 2007/302). Goed koopmansgebruik eist niet dat de afschrijving aan de verandering van de restwaarde wordt aangepast. Aanpassing is echter wel vereist bij een aanmerkelijke verandering van die waarde, welke redelijkerwijs als blijvend kan worden beschouwd (HR 2 januari 1958, nr.13 379, BNB 1958/56. Zie ook o.a. HR 10 augustus 2007, nr. 41 283, BNB 2007/302).

De toerekening aan de jaren is afhankelijk van de afschrijvingsmethode. Deze afschrijvingsmethode moet in overeenstemming zijn met goed koopmansgebruik. Aangezien afgeschreven wordt om de waardedaling door het gebruik tot uitdrukking te brengen, moet worden gekozen voor een afschrijvingsmethode die de waardedaling op een juiste manier representeert. Als meest voorkomende afschrijvingsmethoden kunnen worden genoemd afschrijving naar een vast percentage van de historische kostprijs minus restwaarde, afschrijving naar een vast percentage van de boekwaarde, afschrijving naar een afnemend percentage en afschrijving naar intensiteit van het gebruik.³⁹

Met ingang van 1 januari 2007 vindt ten aanzien van de afschrijving een afzonderlijke toets plaats. Voor gebouwen geldt op grond van art. 3.30a, eerste lid, Wet IB 2001 dat de afschrijving, zoals berekend op basis van goed koopmansgebruik, wordt beperkt als de boekwaarde daardoor daalt onder de bodemwaarde. Voor gebouwen in eigen gebruik wordt de bodemwaarde gesteld op 50% van de WOZ-waarde en voor gebouwen die ter belegging worden aangehouden op 100% van de WOZ-waarde.⁴⁰ Volgens de wetgever is in de praktijk een discrepantie ontstaan tussen de fiscale afschrijving en de werkelijke waardevermindering. Bij verkoop ontstaan hoge boekwinsten die dan ook nog eens in een herinvesteringsreserve kunnen worden opgenomen. Dit leidt bij gebouwen vaak tot een zeer langdurig uitstel van belastingheffing.⁴¹ Deze afschrijvingsbeperking

38. NV, Kamerstukken II 2007/08, 31 205, nr. 9, blz. 61.

39. Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.22.A.e1.

40. Afwaardering tot lagere bedrijfswaarde blijft overigens gewoon mogelijk. De bewijslast ter zake ligt evenwel bij de belastingplichtige.

41. MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 24.

is een belangrijke inbreuk op goed koopmansgebruik. Het is nog maar de vraag of de in de wet opgenomen bodemwaarde tot een juiste waarde op balansdatum leidt. Indien de afschrijving wordt beperkt door de bodemwaarde leidt dit wel tot lagere stille reserves op het stakingsmoment.

Voor andere bedrijfsmiddelen (behoudens goodwill) geldt dat jaarlijks maximaal 20% van de aanschaffings- of voortbrengingskosten kan worden afgeschreven. Ook hier geldt weer dat de afschrijving eerst moet worden berekend op basis van goed koopmansgebruik. Dat de afschrijving vervolgens beperkt kan worden, heeft naar mijn mening niets meer met goed koopmansgebruik te maken. Indien een bedrijfsmiddel op basis van goed koopmansgebruik in drie jaren zou moeten worden afgeschreven, valt er weinig voor te zeggen dat deze afschrijving wordt beperkt door een vaste regel. Ook hier geldt weer dat de afschrijvingsbeperking kan leiden tot lagere stille reserves op het stakingsmoment.

Niet onvermeld mogen blijven de mogelijkheden tot willekeurige afschrijving.⁴² Voor specifiek aangewezen bedrijfsmiddelen geldt dat de belastingplichtige naar willekeur mag afschrijven. De willekeurige afschrijving kan worden verklaard uit de instrumentele functie van de belastingheffing en heeft niets van doen met goed koopmansgebruik: de overheid probeert investeringen te stimuleren door belastingplichtigen de mogelijkheid te geven willekeurig af te schrijven. Willekeurig afschrijven kan tot grote stille reserves op het stakingsmoment leiden. Bij gebouwen wordt dit beperkt omdat willekeurige afschrijving op gebouwen alleen mogelijk is tot de bodemwaarde.^{43, 44} De willekeurige afschrijving op andere bedrijfsmiddelen wordt niet beperkt door artikel 3.30, tweede lid, Wet IB 2001.^{45, 46}

Als onlichamelijke bedrijfsmiddelen kunnen onder andere worden genoemd goodwill, vergunningen, en gebruiksrechten. Bij de overdracht van een onderneming speelt met name goodwill een belangrijke rol. Volgens HR 20 mei 1953, nr. 11 301, BNB 1953/190 brengt de goodwill tot uitdrukking de winstcapaciteit van een bedrijf boven een normaal rendement van het daarin belegde vermogen en boven een normale beloning van de arbeid van de ondernemer. Deze goodwill vertegenwoordigt aldus in het algemeen de meerwaarde, welke boven dat vermogen aan het bedrijf kan worden toegekend. Veelal worden vuistregels gehanteerd, waarbij op grond van vooronderstellingen omtrent onder meer de toekomstige winstverwachtingen de waarde wordt bepaald. Activering is overigens alleen mogelijk als het overgenomen goodwill betreft. Het activeren van zelf gekweekte goodwill zou in strijd zijn met het voorzichtigheidsbeginsel.⁴⁷

42. Art. 3.31-3.39 Wet IB 2001.

43. NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 76.

44. Op milieubedrijfsmiddelen is art. 3.30a, eerste lid, Wet IB 2001 niet van toepassing (art. 3.31, eerste lid, Wet IB 2001).

45. NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 63.

46. Alleen voor zeeschepen geldt een beperking (art. 11 Uitv.reg. willekeurige afschrijving 2001).

47. Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.18.F.b1.

Overgenomen goodwill werd meestal in vijf jaren afgeschreven. Met ingang van 1 januari 2007 geldt voor goodwill dat jaarlijks maximaal 10% van de aanschaffings- of voortbrengingskosten kan worden afgeschreven (art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001). Naar mijn mening zou de regel moeten zijn dat de afschrijving wordt gebaseerd op de werkelijk van toepassing zijnde gebruiksduur. Volgens de wetgever wordt in de praktijk vaak gemakshalve voor een periode van vijf jaar gekozen ook indien de goodwill vennootschappelijk over een langere periode wordt afgeschreven. Omdat de meeste andere EU-lidstaten voor goodwill langere afschrijvingstermijnen kennen en sommige lidstaten zelfs helemaal geen afschrijving toestaan, is de afschrijvingsduur op tien jaren bepaald.⁴⁸

Bij staking zal de overnemer alleen voor de zakelijke goodwill willen betalen. Deze in de onderneming aanwezige goodwill kon op grond van het realisatiebeginsel niet eerder tot de reguliere jaarwinst worden gerekend. De goodwill wordt dan ook belast als stakingswinst.

Vorraden

Vorraden kunnen als volgt worden gewaardeerd:

- op kostprijs⁴⁹ (nominalistisch);
- op kostprijs of lagere marktwaarde (minimumwaarderingsregel) (nominalistisch);
- volgens het lifo-stelsel (substantialistisch): dit stelsel veronderstelt dat het laatst binnengekomen product als eerste wordt verkocht. Bij oplopend prijspeil betekent dit dat zich in de voorraad een stille reserve gaat ontwikkelen;
- volgens het fifo-stelsel: dit stelsel veronderstelt dat het eerst binnengekomen product het eerste wordt verkocht. Bij dalend prijspeil betekent dit dat zich in de voorraad een stille reserve gaat ontwikkelen;
- volgens het ijzerenvoorraadstelsel (substantialistisch): het ijzerenvoorraadstelsel gaat uit van een (normale) ijzeren voorraad die wordt gewaardeerd tegen een vaste prijs. Een surplus aan voorraad kan worden gewaardeerd tegen kostprijs of lagere marktwaarde, dan wel volgens de lifo-methode. Een manco wordt tegen marktprijs opgenomen.⁵⁰

De waardering op kostprijs of lagere marktwaarde (minimumwaarderingsregel) wordt door Cornelisse het klassieke voorbeeld van voorzichtigheid genoemd.^{51, 52} Of deze waardering op het stakingsmoment tot een stille reserve leidt, is moeilijk te zeggen. Het is onder andere afhankelijk van de

48. NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 75.

49. Op grond van HR 30 mei 1956, nr. 12 639, BNB 1956/222 behoort bij zelf vervaardigde voorraad het constante deel van de algemene kosten niet tot de kostprijs.

50. Zie hiervoor Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.18.C.g.

51. Cornelisse (2012), blz. 41.

52. Bij waardering op lagere marktwaarde moet evenwel weer een opwaardering plaatsvinden als de waarde van het activum na afwaardering weer toeneemt (zie o.a. HR 18 maart 1992, nr. 27 918, BNB 1992/186 ten aanzien van opwaardering na eerdere afwaardering naar lagere bedrijfswaarde).

vraag of een onderneming haar producten steeds vernieuwt. Een stille reserve op de voorraden is dan minder waarschijnlijk.

De substantialistische waarderingsstelsels zijn gebaseerd op het denken in goederen. Deze waarderingsstelsels stammen uit de bedrijfseconomie en zijn gebaseerd op een continuïteitsgedachte. De bedrijfseconomie houdt zich niet bezig met de subjectieve onderneming en hoe moet worden omgegaan met het feit dat de subjectieve onderneming eindigt. Het gaat in de bedrijfseconomie om de objectieve onderneming. De HR heeft het substantialistische denken ten aanzien van voorraden voor de jaarwinstberekening onder voorwaarden geaccepteerd en baseert het toelaten van dergelijke systemen op de volgende grond: '(...) een stelsel, waarbij de voorraden niet naar de kostprijs (of lagere marktwaarde) maar naar een vaste basisprijs (of lagere marktwaarde) worden gewaardeerd, vindt zijn doel en rechtvaardiging in de wens om bij oplopend prijspeil de bij de verkoop van de voorraad verkregen opbrengst, voor zover deze moet worden besteed om de voorraad aan te vullen en aldus de onderneming op het bestaande peil te kunnen handhaven, voor de winstberekening buiten aanmerking te doen blijven.' (HR 19 januari 1955, nr. 12 017, BNB 1955/67). Op het moment van staking wordt het substantialistische denken losgelaten. De voorraad moet dan worden gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer.

Het ijzerenvoorraadstelsel vereist overigens wel dat de ijzeren voorraad betrekking heeft op soortgelijke, althans soortverwante goederen (HR 7 maart 1956, nr. 12 623, BNB 1956/121). Volgens Cornelisse wordt door deze eis bewerkstelligd dat bedrijven van tijd tot tijd worden gedwongen af te rekenen.⁵³ Het voordeel valt dan in de reguliere jaarwinst. De stakingswinst zal te zijner tijd lager uitvallen.

Onderhanden werk

Onderhanden werk onderscheidt zich van voorraad door het produceren in opdracht van de afnemer. Tot 1 januari 2007 werd de waardering van onderhanden werk bepaald door goed koopmansgebruik. Onderhanden werk moest worden gewaardeerd naar historische kostprijs waarbij het redelijk is om, vanuit de gedachte van voorzichtig beleid, daartoe niet te rekenen het constante deel van de algemene kosten omdat deze met de winstopslag pas bij volledige afwerking en levering zullen worden gerealiseerd (HR 21 juni 1961, nr. 14 459, BNB 1961/272). Het moment van winstneming was afhankelijk van het type onderhanden werk. Er werd onderscheid gemaakt tussen aanneming van werk en dienstverlening.

Bij aanneming van werk gold dat winst mocht worden genomen als het gehele werk werd opgeleverd en een opeisbare vordering ontstond. Het voorzichtigheidsbeginsel nam hier een belangrijke plaats in. Ten aanzien van termijndeclaraties is beslist dat deze niet het karakter hebben van zelfstandige vorderingen die als verdiend kunnen worden beschouwd, waardoor deze niet kwalificeren als oplevering van gehele werken of op zichzelf staande delen van

53. Cornelisse (2012), blz. 49.

werken (HR 26 februari 1997, nr. 31 928, BNB 1997/145). Dat bij op zichzelf staande delen winst moest worden genomen bij oplevering van elk deelproject, is reeds beslist door de HR in zijn arrest van 9 april 1975, nr. 17 413, BNB 1975/157. Dit laatste geldt overigens nu nog steeds.

Ten aanzien van dienstverlening gold het declarabelevorderingsstelsel. Een declarabele vordering leidde, zoals bij de aanneming van werk, tot het nemen van winst (HR 6 maart 1968, nr. 15 824, BNB 1968/103). Bij dienstverlening tegen een overeengekomen vaste prijs betekende dit dat winst moest worden genomen als de opdracht was voltooid en dus declarabel werd. Als sprake was van zelfstandige delen, moest winst worden genomen bij voltooiing van de afzonderlijke delen (HR 7 mei 1969, nr. 16 075, BNB 1970/58). Als de diensten bestonden uit het leveren van uren, was het niet relevant of de werkzaamheden afgerond waren. Goed koopmansgebruik gebod dan winst te nemen (HR 19 december 2003, nr. 38 279, BNB 2004/141).

Vanaf 1 januari 2007 wordt de waardering van onderhanden werk niet meer bepaald door goed koopmansgebruik, maar is in art. 3.29b Wet IB 2001 een specifieke bepaling opgenomen. De waardering van het onderhanden werk wordt gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk, dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. Dit geldt eveneens voor onderhanden opdrachten. Er moet aldus voortschrijdend winst worden genomen. Volgens de wetgever wijkt de fiscale waardering vaak af van de waardering op basis van het jaarrekeningenrecht. Er wordt fiscaal te voorzichtig gewaardeerd door pas winst te nemen bij oplevering en het constante deel van de algemene kosten direct ten laste van het resultaat te brengen. Bij langdurige projecten kan de winst echter in het algemeen met redelijke mate van zekerheid worden vastgesteld en wordt de winst feitelijk doorlopend gerealiseerd.⁵⁴ Door de invoering van art. 3.29b Wet IB 2001 wordt het verschil tussen de fiscale waardering en de waardering op basis van het jaarrekeningenrecht verkleind. Dit laat onverlet dat op basis van het jaarrekeningenrecht en de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving niet altijd voortschrijdend winst hoeft te worden genomen. Ook geldt het jaarrekeningenrecht van Boek 2, Titel 9 BW niet voor eenmanszaken. Dit kan tot gevolg hebben dat juist verschillen tussen de waardering op de fiscale balans en de waardering volgens de vennootschappelijke jaarrekening ontstaan. Dit geldt overigens niet in de situatie dat kleine rechtspersonen bij het opmaken van de vennootschappelijke jaarrekening gebruikmaken van de mogelijkheid om de jaarrekening op te stellen volgens fiscale grondslagen (art. 2:396, zesde lid, BW). Dan zijn er geen verschillen. Feit is wel dat door invoering van art. 3.29b Wet IB 2001 de stille reserves op het stakingsmoment lager zullen uitvallen.

Schulden

Op grond van goed koopmansgebruik moet in het algemeen bij het bepalen van de jaarlijkse winst rekening worden gehouden met verplichtingen (HR

54. MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 28.

1 december 1954, nr. 11 998, BNB 1955/16). Het betreft verplichtingen die juridisch afdwingbaar zijn. Schulden worden gewaardeerd op de nominale waarde, tenzij sprake is van langlopende renteloze of laagrentende leningen. Alsdan vindt de waardering bij een aanmerkelijk waardeverschil plaats op basis van de contante waarde (HR 29 oktober 1958, nr. 13 649, BNB 1958/342). De waardering vindt plaats tegen de geldende marktrente ten tijde van het aangaan van de verplichtingen (HR 13 maart 1974, nr. 17 256, BNB 1974/158). Deze jurisprudentie is door de HR in 2000 doorgetrokken naar pensioen- en lijfrenteverplichtingen (HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275. Zie evenzo voor de passivering van ruilverkavelingsrente HR 25 juli 2000, nr. 34 742, BNB 2001/2). In r.o. 3.6 bij BNB 2000/275 formuleert de HR het als volgt: *'Pensioen- en lijfrenteverplichtingen – zowel ingegane als niet ingegane – dienen, evenals andere langlopende verplichtingen, op de winstbepalende balans te worden gewaardeerd tegen de geldende marktrente voor langlopende leningen ten tijde van het aangaan van de verplichtingen, met dien verstande dat bij een daling van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig hoger mogen worden gewaardeerd en bij een nadien optredende stijging van de rentestand de verplichtingen dienovereenkomstig lager moeten worden gewaardeerd doch niet lager dan zij oorspronkelijk zijn gewaardeerd'*. (HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275). Goed koopmansgebruik staat in het geval van rentedragende schulden – bij een voorgenomen voortzetting van de schuld – evenwel niet toe rekening te houden met een daling van de marktrente door de op toekomstige jaren betrekking hebbende rentelast door een verhoging van de waardering van de schuld in een eerder jaar in aanmerking te nemen (HR 23 januari 2004, nr. 38 029, BNB 2004/163).⁵⁵

Ook schulden moeten voorzichtig worden gewaardeerd; normaliter blijven zij derhalve gewaardeerd op nominale waarde. Pas als zo goed als zeker is dat de schuld nimmer zal worden voldaan, leidt dit tot winst (HR 27 november 1996, nr. 31 642, BNB 1997/78). In het eerste Fokker-arrest besliste de HR als volgt: *'(...) verplicht goed koopmansgebruik pas tot het nemen van winst ter zake van de omstandigheid dat vaststaat of zo goed als zeker is dat bepaalde schulden niet of niet volledig zullen worden voldaan, als de omvang van het ter zake daarvan verkregen voordeel vaststaat. In het onderhavige geval, waarin de failliete boedel op de balansdatum (31 december 1998) behalve schulden aanzienlijke baten omvatte waarvan (...) de omvang onzeker was, stond op de balansdatum de omvang van het evenbedoelde voordeel nog niet vast. (...).'* (HR 14 juni 2000, nr. 35 494, BNB 2000/269). Het tweede Fokker-arrest ging over de jaren 1999 en 2000 waarin de HR zich aansloot bij het oordeel van het Hof dat indien een ondernemer bepaalde ondernemingsschulden niet of niet volledig hoeft te voldoen er voor die ondernemer een vermogensvermeerdering optreedt die als winst moet worden beschouwd (HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44). Volgens de HR hoeft van een vermogensvermeerdering echter geen sprake te zijn als een ondernemer in staat van faillissement is verklaard. Een debiteur wordt immers niet reeds door zijn faillissement bevrijd van zijn schulden, ook

55. Zie voor een kritische kanttekening bij dit arrest de noot van Essers bij BNB 2004/163.

niet na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. In het geval van een staking oordeelde de HR dat indien een ondernemingsschuld bij de staking van de onderneming van de schuldenaar (nog) niet kan worden voldaan, deze schuld niet naar het privévermogen van de schuldenaar kan worden overgebracht (HR 17 januari 2003, nr. 36 510, BNB 2003/139). Het voor de totaalwinst waarderen op de waarde in het economische verkeer was derhalve nog niet aan de orde. De HR herhaalde vervolgens dat voor de waardering van een schuld als uitgangspunt heeft te gelden dat slechts zodra vaststaat of zo goed als zeker is dat de schuldenaar de schuld niet of niet volledig hoeft te voldoen, aanleiding bestaat die schuld op een lager bedrag te waarderen dan de nominale waarde ervan. Uit het bovenstaande blijkt dat op het stakingsmoment niet zomaar sprake is van een vermogensvermeerdering die tot de stakingswinst kan worden gerekend. Bij een bedrijfsoverdracht zal de overnemer bij de waardebepaling ook geneigd zijn de schuld mee te nemen tegen nominale waarde als dit het bedrag is dat hij verschuldigd wordt.

De door vrijval ontstane winst kan op grond van art. 3.13 Wet IB 2001 worden vrijgesteld als sprake is van het prijsgeven van niet voor verwezenlijk vatbare rechten. Hiervan is geen sprake als een faillissement heeft geleid tot ontbinding van de BV en tot de vereffening van haar vermogen door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst (HR 14 oktober 1992, nr. 28 064, BNB 1992/392). Uit het bovenstaande blijkt dat in schulden stille reserves begrepen kunnen zijn, maar dat het van de situatie afhankelijk is of en zo ja wanneer de stille reserves tot de winst moeten worden gerekend.

Voorzieningen

Voorzieningen worden gevormd op basis van goed koopmansgebruik. Hieraan liggen het veroorzakingsbeginsel en matchingbeginsel ten grondslag. Het gaat om toekomstige uitgaven die hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en overigens ook aan die periode kunnen worden toegerekend, en ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen. De eis dat sprake moet zijn van een reeds bestaande rechtsverhouding is door het zogenoemde baksteenarrest vervallen (HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409). Een voorziening zal alleen dan vrijvallen als aan bovenstaande voorwaarden niet meer wordt voldaan. Als de voorziening bij het bepalen van de jaarwinst steeds juist is gewaardeerd, zal een bedrijfsoverdracht geen reden geven tot een andere waardering op het stakingsmoment.

Concluderend kan worden gesteld dat goed koopmansgebruik de ruimte biedt om winstneming uit te stellen, dan wel op een vroeger moment verlies te nemen. Dit kan ertoe leiden dat een economisch voordeel op grond van goed koopmansgebruik niet tot de reguliere jaarwinst hoeft te worden gerekend. Als het voordeel wordt gerealiseerd kan de winst niet langer worden uitgesteld. Nog niet eerder gerealiseerde stakingswinst zal uiterlijk bij staking van de onderneming in de heffing worden betrokken. Dan moeten alle activa en passiva immers worden verantwoord tegen de waarde in het economische

verkeer. Hierbij past wel de opmerking dat het realisatiebeginsel dominant is geworden ten opzichte van het voorzichtigheidsbeginsel waardoor uitstel van winstneming steeds moeilijker wordt. Ook de wettelijke inbreuken op goed koopmansgebruik, zoals de afschrijvingsbeperking voor gebouwen en de verplichting om onderhanden werk voortschrijdend te waarderen, leiden tot lagere stille reserves op het stakingsmoment dan in het verleden het geval was. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de stakingswinst.

3.2.4.3 De stakingswinst

3.2.4.3.a Het begrip 'staken'

Op grond van de totaalwinstgedachte moet de ondernemer worden belast voor de totaalwinst die hij uit zijn onderneming heeft genoten. Bij staking moet de ondernemer worden belast voor de winst die nog niet eerder in de heffing betrokken is. Deze winst wordt aangeduid als stakingswinst. In het jaar van staken zal evenwel ook nog sprake zijn van reguliere jaarwinst. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de reguliere jaarwinst en de stakingswinst. Een voordeel dat op grond van de jaarwinstregels nog kan worden belast als reguliere jaarwinst kan niet tot de stakingswinst behoren. Het belang van het kwalificeren als stakingswinst is dat de heffing hierover kan worden uitgesteld als gevolg van de toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De aanvaardbaarheid van deze faciliteiten staat in dit onderzoek centraal.

In de Wet IB 2001 is, net als onder de Wet IB 1964, geen omschrijving van het begrip 'staken' gegeven. In de toelichting van de staatssecretaris van Financiën bij de toenmalige stamrechtvrijstelling is gesteld dat de Wet IB 1964 onder staken van een onderneming verstond: de volledige beëindiging van de bedrijfsuitoefening door overdracht of liquidatie, dan wel doordat de ondernemer overlijdt.⁵⁶ De HR heeft de begrippen liquidatie en overdracht als volgt omschreven: '(...) dat een bedrijf wordt geliquideerd, ingeval de ondernemer, de bedrijfsuitoefening stakende, den band, welke de tot het bedrijfsvermogen behorende zaken door haar gemeenschappelijke bestemming tezamen hield, verbreekt door deze zaken stuksgewijze te vervreemden, of, voorzover niet vervreemd, over te brengen in zijn privevermogen, terwijl de overdracht van een bedrijf plaats vindt, ingeval de ondernemer bij de staking van de bedrijfsuitoefening het bedrijf met de daarbij behorende bedrijfsmiddelen en goodwill als zodanig in stand houdt en aan een ander in eigendom overdraagt.' (HR 26 januari 1955, nr. 12 088, BNB 1955/216). Bij overdracht is derhalve ook sprake van staking ondanks het feit dat de objectieve onderneming blijft bestaan.

Er kan ook sprake zijn van het *staken van een gedeelte* van de onderneming. Dit moet worden onderscheiden van de overdracht van afzonderlijke activa en passiva. Het belang van het aanmerken als gedeeltelijke staking is gelegen in de toepassing van faciliteiten. Hierbij kan worden gedacht aan de stakingslijfrentepremieaftrek van art. 3.129 Wet IB 2001 en de doorschuiffaciliteit van

56. Korte Toelichting Wet IB 1964, paragraaf 18, derde lid.

art. 3.63 Wet IB 2001. De HR geeft de volgende omschrijving: *'Van een gedeeltelijk staken van een onderneming en van liquidatie van een gedeelte van een onderneming kan worden gesproken indien een gedeelte, dat in de onderneming een zekere zelfstandigheid heeft, en tevens indien een gedeelte van een onderneming, dat naar zijn aard een zelfstandige onderneming kan vormen, wordt gestaakt, ook indien de onderneming als geheel gezien niet wordt ingekrompen. Wel is vereist dat niet in onmiddellijke samenhang met die staking zodanig gelijksoortige activiteiten zijn geëntameerd dat de onderneming, economisch gezien, dezelfde is gebleven.'* (HR 16 oktober 1985, nr. 23 025, BNB 1985/320). Een duurzame belangrijke inkrimping van een onderneming binnen een kort tijdsverloop kwalificeert, aldus hetzelfde arrest, eveneens als gedeeltelijke staking. Ook de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap kwalificeert als gedeeltelijke staking. Er is dan sprake van een staking van een evenredig gedeelte.⁵⁷

Bij *overlijden* wordt een fictieve staking aangenomen. In art. 3.58, eerste lid, Wet IB 2001 is bepaald dat het vermogen van de onderneming wordt geacht op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het overlijden te zijn overgedragen aan degene aan wie het krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt en wel tegen de waarde in het economische verkeer. Deze bepaling vloeit voort uit HR 2 april 1947, B 8335. In dit arrest is beslist dat geen enkel wettelijk voorschrift ertoe dwingt de beginbalans van de voortzetter te doen aansluiten bij de slotbalans van de overleden eigenaar, waardoor een lek ontstond. Op de beginbalans moesten, volgens de HR, de activa worden gewaardeerd op het bedrag dat door de nieuwe eigenaar of de nieuwe eigenaren opgeofferd had moeten worden voor de verkrijging daarvan krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde langs zuiver zakelijke weg was bepaald. Een fictieve overdracht op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 doet zich ook voor als een vennoot uit een personenvennootschap komt te overlijden (zie hierna uitgebreider als de uittreding uit een personenvennootschap wordt besproken). Ook als iemand winst geniet op grond van art. 3.3 Wet IB 2001 leidt diens overlijden tot het van toepassing worden van art. 3.58 Wet IB 2001. Overigens ben ik van mening dat art. 3.58 Wet IB 2001 deels een overbodige bepaling is. Met ingang van 1 januari 1992 is voor een boedelscheiding immers levering nodig door de erfgenamen. De levering zorgt er dan voor dat van realisatie sprake is. Ook wordt de subjectieve onderneming gestaakt, zodat afrekening is geboden op grond van de totaalwinstbepaling.⁵⁸ Indien evenwel art. 3.59 Wet IB 2001 in de analyse wordt betrokken, zouden belastingplichtigen zich op het standpunt kunnen stellen dat over de helft van het ondernemingsvermogen, hetgeen aan de niet-ondernemende echtgenoot toebehoort, bij het overlijden van de ondernemer niet hoeft te worden afgerekend.⁵⁹

57. Zie ook Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.28.B.c.

58. Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.31, B.b.

Het voordeel van het opnemen van art. 3.58 in de Wet IB 2001 is overigens nog wel dat in art. 3.62 Wet IB 2001 (doorschuiving bij staking door overlijden) op eenvoudige wijze kan worden verwezen naar art. 3.58 Wet IB 2001. Het is in ieder geval duidelijk dat overlijden leidt tot staking in fiscale zin. In art. 25, zeventiende lid, IW 1990 is een invorderingsfaciliteit opgenomen voor de verschuldigde inkomstenbelasting bij overlijden. Deze invorderingsfaciliteit komt aan de orde in paragraaf 4.3.2. De hiervoor genoemde doorschuiffaciliteit bij overlijden (art. 3.62 Wet IB 2001) wordt geanalyseerd in paragraaf 4.2.3.3. Voor het overlijden van een tot een personenvennootschap behorende vennoot wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4.3.e.

Ook bij *ontbinding van een huwelijksgemeenschap* waartoe het vermogen van een onderneming behoort, wordt in de wet een fictieve overdracht aangenomen (art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001). Aanleiding hiertoe was het arrest van de HR van 18 juni 1952, B 9238. In dit arrest is bepaald dat het de kinderen vrijstond hun aandeel in de activa in de openingsbalans te waarderen op de waarde in het economische verkeer. Op grond van genoemd artikel wordt nu *'behoudens voor de toepassing van de desinvesteringsbijtelling, bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap waartoe het vermogen van een onderneming behoort, anders dan door het overlijden van de belastingplichtige, het aandeel in het vermogen⁶⁰ dat op het onmiddellijk daaraan voorafgaande tijdstip krachtens huwelijksvermogensrecht toekomt aan de echtgenoot van de belastingplichtige, geacht op dat tijdstip aan hem aan wie het krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt, te zijn overgedragen tegen de waarde die daaraan in het economische verkeer kan worden toegekend'*.⁶¹ Over deze bepaling is veel te zeggen. De tekst suggereert dat bij overlijden van de echtgenoot van de ondernemer deze echtgenoot het tot de huwelijksgemeenschap behorende aandeel in het vermogen van een onderneming overdraagt aan degene aan wie het krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt. De HR besliste evenwel anders. De ondernemer draagt over aan de rechtverkrijgenden van zijn echtgenoot. Dit kan ook aan zichzelf zijn (HR 21 februari 1973, nr. 17 023,

59. Zie ook Remie (1986). Anders MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 37 r.k. De wetgever geeft in dit Kamerstuk uitdrukkelijk aan dat de in gemeenschap van goederen gehuwde ondernemer in fiscale zin de onderneming uitsluitend voor zijn rekening drijft.
60. Er bestaat discussie over de vraag of art. 3.59 Wet IB 2001 ook ziet op in de onderneming gevormde fiscale reserves. Uit het Verslag van het mondeling overleg tevens eindverslag, Kamerstukken II 1963/64, 5380, nr. 33, blz. 5 blijkt dat dit de bedoeling is. Indien het doel van de bepaling is een afrekening aan te nemen voor het deel dat civielrechtelijk toebehoort aan de niet-ondernemende echtgenoot, behoort dit naar mijn mening ook te gelden voor de fiscale reserves. Alzo ook Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.31.C.b1. Anders Remie (1986). Overigens is het belang niet zo groot, omdat op grond van art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 een verplichte doorschuiving volgt. Dit is alleen anders als de rechtverkrijgenden niet voortzetten. Naar mijn mening is afrekening over de fiscale reserves over het overgegangene deel dan ook geboden.
61. Dit geldt niet voor vermogensbestanddelen die tot het privévermogen van de ondernemer behoren. Art. 3.59 Wet IB 2001 geldt alleen voor vermogensbestanddelen die tot de huwelijksgemeenschap behoren. Zie ook Remie (1986).

BNB 1973/108). Naar mijn mening is dit een juiste uitleg. De echtgenoot drijft immers geen onderneming. Ik ben evenwel van mening dat art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 een overbodige bepaling is. Indien een onderneming tot de huwelijksgemeenschap behoort, drijft de ondernemer de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening (zie o.a. HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9). De waardeveranderingen tot het moment van overlijden van de echtgenoot behoren dan ook bij de ondernemer zelf te worden belast (HR 5 maart 1958, nr. 13 427, BNB 1958/148).⁶² De ontbinding van de huwelijksgemeenschap heeft naar mijn mening dan ook geen fiscaalrechtelijke gevolgen, maar louter civielrechtelijke.⁶³ De echtgenoot van de ondernemer heeft 'slechts' recht op de helft van de *waarde* van de onderneming. Mocht het zo zijn dat, in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap, het volledige ondernemingsvermogen wordt toegedeeld aan de nalatenschap van de echtgenoot van de ondernemer en de kinderen zetten voort, dan leidt dit naar mijn mening in beginsel tot volledige afrekening op grond van de totaalwinstbepaling.⁶⁴ Op basis van de wet wordt het aandeel van de overleden echtgenoot echter overgedragen op grond van art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001, als gevolg waarvan de doorschuiffaciliteit wordt toegepast.

Art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 is ook overbodig bij een andere vorm van ontbinding van een huwelijk, bijvoorbeeld bij echtscheiding. Ook dan komt aan de echtgenoot/niet-ondernemer slechts de helft van de *waarde* van de onderneming toe. De ondernemer drijft de onderneming voor diens risico. De echtscheiding zou fiscaalrechtelijk geen gevolgen moeten hebben.⁶⁵

Indien daarentegen art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 moet worden toegepast, kan volgens de wetgever een doorschuifbepaling niet ontbreken.⁶⁶ In paragraaf 4.2.3.2 komt dit nader aan de orde.

62. Genoemd arrest wordt ook aangehaald in MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 37 r.k. maar ter plekke wordt opgemerkt dat dan nog niet duidelijk is op welke wijze en wanneer de belastingheffing dienaangaande zou moeten plaatsvinden. De fictieve afrekening moet deze onzekerheid opheffen.

63. Zie o.a. ook Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.31.C.

64. Indien de onderneming in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap bijvoorbeeld bij helfte wordt verdeeld tussen de ondernemende echtgenoot en de erfgenamen ontstaat een soortgelijke situatie. Ook dan zou de ondernemer op grond van de totaalwinstbepaling moeten afrekenen over het gedeelte dat overgaat naar anderen. Op dit gedeelte van de stakingswinst is evenwel ook de in art. 3.59 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit van toepassing.

65. De analyse verloopt hetzelfde als man en vrouw in firmaverband een onderneming drijven. Ieders aandeel in de onderneming wordt als een afzonderlijke onderneming beschouwd. Bij overlijden van een van de echtgenoten is, bij gelijke winstaandelen, art. 3.58, eerste lid, Wet IB 2001 voor diens aandeel toepasselijk. Op de helft van het aandeel van de nog levende echtgenoot is artikel 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 van toepassing. Bij echtscheiding geldt dat ten aanzien van de helft van ieders aandeel art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 van toepassing is.

66. MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3, blz. 45-46.

3.2.4.3.b *Stakingswinst bij overdracht van een eenmanszaak (leven en overlijden)*

De stakingswinst wordt wel onderscheiden in winst behaald *met* de staking en winst behaald *bij* de staking. De uit de stakingswinst voortvloeiende belastingclaim is de reden dat in de Nederlandse belastingwetten bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn opgenomen. Winst behaald *bij* de staking betreft enerzijds de vrijval van de in art. 3.53 Wet IB 2001 opgenomen fiscale reserves en anderzijds de op grond van art. 3.47 Wet IB 2001 verschuldigde desinvesteringsbijtelling. Deze vorm van winst komt hierna aan de orde. Eerst wordt ingegaan op de winst behaald *met* de staking.

Winst behaald *met* de staking betreft de winst die ontstaat door overdracht of liquidatie van de onderneming. Het overlijden van de ondernemer leidt tot een fictieve staking op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 (zie hiervoor). De gevolgen voor de belastingheffing zijn hetzelfde als die bij overdracht, tenzij hierna anders wordt vermeld. Als een ondernemer zijn onderneming staakt, moet de slotbalans worden opgemaakt. Bij een overdracht bestaat de winst behaald met de staking uit de prijs die de overnemer betaalt minus de boekwaarde van de activa en passiva. De prijs is de resultante van het waarderingsproces.⁶⁷ In dit proces worden alle activa en passiva gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer. Dit betekent dat het subjectieve element in de winstberekening wordt losgelaten. De ruimte die goed koopmansgebruik bood om winsten uit te stellen, wordt teruggenomen. Ook openbaren zich op het stakingsmoment de stille reserves die zijn ontstaan door het nominalistische systeem van winstberekening dat immers is gebaseerd op historische kostprijzen, waarbij geen rekening wordt gehouden met inflatie.

Bij overlijden komt geen prijs tot stand. Als de onderneming evenwel kort na het overlijden door de erfgenamen wordt verkocht, kan de prijs bij verkoop als de waarde in het economische verkeer voor art. 3.58 Wet IB 2001 gelden. Ten aanzien van de geldswaarde, wat nu de waarde in het economische verkeer wordt genoemd, besliste de HR dat ook gelet moet worden op later bekend geworden omstandigheden (HR 28 december 1955, nr. 12 568, BNB 1956/56). Dit betekent dat als een onderneming na overlijden wordt geliquideerd, de onderneming op overlijdensdatum niet meer 'going concern' hoeft te worden gewaardeerd. Bij overlijden geldt nog wel een speciale waarderingsfaciliteit voor de tot het ondernemingsvermogen behorende woning (art. 3.58, tweede lid, Wet IB 2001). De waarde in het economische verkeer van de woning mag op grond van genoemde bepaling, onder voorwaarden, worden gesteld op 60%. Deze laatste faciliteit zie ik in dit onderzoek niet als bedrijfsopvolgingsfaciliteit (zie paragraaf 1.3).

Als de onderneming wordt overgedragen, is in de winst behaald met staken ook de goodwill begrepen. Deze goodwill bestaat uit niet-geactiveerde zelf gekweekte goodwill en eventuele nog niet (geheel) afgeschreven overgenomen goodwill. De HR definieert goodwill als volgt: '(...) dat de goodwill tot uitdruk-

67. In dit onderzoek worden prijs en waarde als gegeven beschouwd. Er wordt verder geen aandacht besteed aan het waarderingsproces. Zie hiervoor o.a. Vis (2010) en Groeneveld (2006).

king brengt de winstcapaciteit van een bedrijf boven een normaal rendement van het daarin belegde vermogen en boven een normale beloning van den arbeid van den ondernemer en dat deze aldus in het algemeen vertegenwoordigt de meerwaarde, welke boven dat vermogen aan het bedrijf kan worden toegekend.' (HR 20 mei 1953, nr. 11 301, BNB 1953/190). Hier wordt alleen zakelijke goodwill onder verstaan. Dat wil zeggen goodwill die onafhankelijk is van de persoonlijke eigenschappen of bevoegdheden van de persoon, die het bedrijf uitoefent of de praktijk bezit (HR 7 oktober 1953, nr. 11 412, BNB 1953/277).

In het voorgaande werd verondersteld dat sprake was van een zakelijke prijs. Met name binnen familieverhoudingen kan het voorkomen dat de overeengekomen prijs niet zakelijk is of dat de onderneming in haar geheel wordt geschonken. Er volgt dan een correctie naar een zakelijke prijs. De HR besliste al in 1947: '(...) wanneer bij een scheiding en deling de waarde van de toegescheiden activa uit andere dan zakelijke beweegredenen lager is gesteld dan overeenkomt met het bedrag dat daarvoor bij een overdracht op zuiver zakelijke gronden zou kunnen worden bedongen, moet voor de winstberekening laatstbedoeld bedrag als waarde in aanmerking worden genomen' (HR 30 april 1947, B. 8396). De bewijslast dat de overeengekomen prijs geen 'zakelijke' prijs is, rust op de inspecteur. Binnen de agrarische sector speelt deze problematiek geregeld. Inmiddels is voor het schenkingsrecht bepaald dat als binnen maatschapsverband de zogenoemde voortzettingswaarde wordt gehanteerd er geen sprake is van een schenking op grond van art. 1 SW 1956. Een waardering op een lagere dan de economische waarde om voortgezette bedrijfsuitoefening te verzekeren, vloeit volgens de HR voort uit de nakoming van een verplichting en heeft niet de bedoeling tot bevoordeling. Aan het waarderingsvoorschrift van art. 21 SW 1956 wordt dan niet toegekomen (HR 20 maart 2009, nr. 43 393 en 43 394, BNB 2009/179 en BNB 2009/180). Naar mijn mening vormt dit laatste de verklaring voor het feit dat voor de inkomstenbelasting wel wordt aangesloten bij de waarde in het economische verkeer (zie ook HR 23 augustus 1989, nr. 25 252, BNB 1989/276).

Activa en passiva die niet mee worden overgedragen, worden geacht te zijn onttrokken tegen de waarde in het economische verkeer. Een pand mag alleen dan tegen de waarde in verhuurde staat naar privé worden overgebracht als voorafgaande aan het stakingsmoment reeds van verhuur sprake is (HR 7 april 1993, nr. 28 978, BNB 1993/174). In het Besluit van 31 augustus 2009 (nr. CPP2009/1092M) is aangegeven met welke waardedrukkende factor rekening mag worden in de situatie dat een ondernemer zijn tot het ondernemingsvermogen behorende duurzaam zelf bewoonde woning met ondergrond naar het privévermogen overbrengt. De hoogte van de waardedrukkende factor is afhankelijk van de leeftijd van belanghebbende en zijn eventuele partner.

Een pand dat na staking wordt verhuurd aan de koper mag niet meer tot het ondernemingsvermogen worden gerekend. Over de stakingswinst moet worden afgerekend. Activa kunnen alleen dan tot het ondernemingsvermogen blijven behoren als wordt gewacht tot er een geschikt moment komt om de activa te verkopen (HR 25 oktober 1978, nr. 18 747, BNB 1979/56).

Winst behaald bij de staking betreft enerzijds de vrijval van de in art. 3.53 Wet IB 2001 opgenomen fiscale reserves en anderzijds de op grond van art. 3.47 Wet IB 2001 verschuldigde desinvesteringsbijtelling.

Als eerste fiscale reserve is in art. 3.53, onderdeel a, Wet IB 2001 opgenomen de egaliseringsreserve. Deze reserve heeft als doel te komen tot een gelijkmatige verdeling van kosten en lasten. Met uitgaven die in de toekomst worden gedaan, mag al eerder rekening worden gehouden. Het betreft kosten die in een eerder jaar thuishoren dan het jaar waarin de uitgaven worden gedaan. Voor het vormen van een fiscale reserve geldt een aantal in de jurisprudentie geformuleerde voorwaarden.⁶⁸ Nu de voorwaarden voor het vormen van een voorziening door het baksteenarrest zijn versoepeld, heeft de egaliseringsreserve aan belang ingeboet. De egaliseringsreserve kan worden doorgeschoven naar een opvolger. Zie ook hierna waar de herinvesteringsreserve aan de orde komt.

De tweede in art. 3.53 Wet IB 2001 opgenomen fiscale reserve betreft de herinvesteringsreserve. Ook deze reserve wordt bij staking in de stakingswinst opgenomen. Het is mogelijk een herinvesteringsreserve door te schuiven naar de opvolger, mits de opvolger ook een herinvesteringsvoornemen heeft (Rechtbank Breda 10 oktober 2008, nr. AWB 06/5924, V-N 2009/14.23).⁶⁹ Het doel van de herinvesteringsreserve is om in het belang van de continuïteit van de onderneming belastingheffing bij vervreemding te voorkomen zodat het aan belasting bespaarde bedrag kan worden gebruikt om te investeren in een nieuw bedrijfsmiddel. Deze gedachte zien we ook terugkomen bij de mogelijkheid om op basis van de ruilarresten de boekwinst te reserveren. Een herinvesteringsreserve kan worden gevormd als bij vervreemding van een bedrijfsmiddel de opbrengst de boekwaarde overtreft, mits het voornemen tot herinvestering van de opbrengst bestaat. De herinvesteringsreserve wordt uiteindelijk afgeboekt op de aanschaffings- of voortbrengingskosten van het bedrijfsmiddel waarin wordt geherinvesteerd. Met ingang van 1 januari 2001 zijn de toepassingsmogelijkheden om een herinvesteringsreserve te benutten verder uitgebreid. Indien een belastingplichtige een herinvesteringsreserve wil afboeken op een bedrijfsmiddel waarop niet wordt afgeschreven dan wel waarop in meer dan tien jaren wordt afgeschreven geldt nog wel dat de herinvesteringsreserve moet zijn gevormd in verband met de vervreemding van een bedrijfsmiddel met eenzelfde economische functie. Buiten deze situatie geldt de eis van een eenzelfde economische functie niet meer. Deze versoepeling geeft de herinvesteringsreserve een ruimer toepassingsbereik dan de op goed koopmansgebruik gebaseerde ruilarresten waar de eis van eenzelfde economische functie nog steeds geldt.

De laatstgenoemde fiscale reserve betreft de oudedagsreserve. De ondernemer die aan het uren criterium voldoet en bij aanvang van het kalenderjaar

68. Voor de voorwaarden en een uitwerking hiervan wordt verwezen naar L.G.M. Stevens (2001), blz. 343-346.

69. In de MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 38 werd in het kader van de toenmalige doorschuiffaciliteit bij overlijden al aangegeven dat de op grond van art. 13 en 14 Wet IB 1964 gevormde egaliseringsreserve cq. vervangingsreserve (nu herinvesteringsreserve) over konden gaan op de voortzetters.

de pensioengerechtigde leeftijd (zie art. 7a, eerste lid, AOW) nog niet heeft bereikt, mag ieder boekjaar doteren aan de oudedagsreserve. Aan de reserve mag worden gedoteerd 12% van de winst tot een maximum van € 9.542 (art. 3.68, eerste lid, Wet IB 2001). Als de onderneming wordt gestaakt, wordt de vrijval van de oudedagsreserve in de stakingswinst opgenomen.⁷⁰ Het aanmerken als stakingswinst is van belang, omdat op grond van art. 3.129 Wet IB 2001 een stakingslijfrente kan worden bedongen. In het jaar van staking mag op grond van het Besluit van 28 december 2004⁷¹ evenwel ook gebruik worden gemaakt van art. 3.128 Wet IB 2001.⁷² Als voorwaarde is gesteld dat een belastingplichtige zich niet op het standpunt stelt dat de afnemings van de oudedagsreserve tevens onderdeel uitmaakt van de stakingswinst als bedoeld in art. 3.129 Wet IB 2001.

Tot de winst bij staking wordt ook de op grond van art. 3.47 Wet IB 2001 verschuldigde desinvesteringbijtelling gerekend. Indien binnen een periode van vijf jaar na het jaar van investeren een goed wordt vervreemd waarvoor investeringsaftrek is genoten, wordt de desinvesteringbijtelling berekend door de overdrachtsprijs te vermenigvuldigen met het percentage dat destijds van toepassing was bij het claimen van de investeringsaftrek. De desinvesteringbijtelling is nooit hoger dan destijds aan investeringsaftrek is genoten. Er is geen desinvesteringbijtelling verschuldigd bij overlijden. In zowel art. 3.58 Wet IB 2001 als art. 3.59 Wet IB 2001 is bepaald dat voor de toepassing van de desinvesteringbijtelling het vermogen geacht wordt niet te zijn overgedragen.

De stakende ondernemer mag bij staking nog de stakingsaftrek toepassen (art. 3.79 Wet IB 2001). Verder kan belastingheffing over de stakingswinst nog (gedeeltelijk) worden uitgesteld door deze om te zetten in een lijfrente (art. 3.129 Wet IB 2001).⁷³

Tot slot wil ik hier nog een aantal bijzondere vormen van overdracht bespreken. Deze vormen van overdracht zijn voor dit onderzoek relevant omdat voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting moet worden vastgesteld of de overdrager na de overdracht nog over ondernemingsvermogen in de zin van genoemde faciliteiten beschikt.

De onderneming kan allereerst worden overgedragen tegen een vordering. De uitwerking is niet anders als bij een gewone verkoop van de onderneming. Het is constante jurisprudentie van de HR dat goed koopmansgebruik uitstel van winstneming niet toestaat (zie o.a. HR 14 juli 2000, nr. 35 646, BNB 2000/

70. Dit geldt ook als de onderneming op grond van een doorschuifbepaling (art. 3.59, 3.60 en 3.62 Wet IB 2001) wordt doorgeschoven, behoudens als de oudedagsreserve overgaat op de partner van de ondernemer. De andere fiscale reserves kunnen wel worden doorgeschoven naar de overnemer.

71. Besluit van 28 december 2004, nr. CPP2004/633M, onderdeel 5.1.11.

72. Dit kan wenselijk zijn indien het bedrag van de stakingswinst (inclusief de vrijval van de oudedagsreserve) de maxima in art. 3.129, vierde lid, Wet IB 2001 overschrijdt, terwijl dit zonder de vrijval van de oudedagsreserve niet (of niet geheel) aan de orde is.

73. Aan deze faciliteiten wordt in dit onderzoek verder geen aandacht besteed. Ik zie deze faciliteiten niet als bedrijfsopvolgingsfaciliteit (zie paragraaf 1.3).

321). Dit is alleen anders als er een gerede kans aanwezig is dat de exploitatie van de onderneming weer voor rekening van de overdrager zal komen. De vordering kwalificeert na overdracht niet als ondernemingsvermogen en gaat tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren.⁷⁴ Naar mijn mening is hier wel iets tegen in te brengen. De vordering vloeit voort uit een ondernemershandeling, namelijk de verkoop van de onderneming. Het risico dat daarna op de vordering wordt gelopen hangt daarmee onlosmakelijk samen. Het tot box 3 rekenen van de vordering heeft tot gevolg dat een eventuele afwaardering niet meer plaats kan vinden in box 1.⁷⁵ Voor de overdrager kan dit een overweging zijn om de onderneming niet tegen schuldigerkenning te verkopen. Als de potentiële overnemer elders geen financiering kan krijgen, is het mogelijk dat de bedrijfsoverdracht niet doorgaat. Voor de wetgever zou dit een overweging kunnen zijn toe te staan dat de vordering tot het ondernemingsvermogen blijft behoren. Vooral nog lijkt deze daartoe nog niet bereid te zijn.⁷⁶

Bij huurverkoop van een onderneming heeft de HR onder de Wet IB 1964 beslist dat uitstel van winstneming niet is toegestaan, tenzij er een gerede kans is dat de onderneming weer voor rekening van de huurverkoper wordt gedreven (HR 11 maart 1981, nr. 20 196, BNB 1981/143). Naar mijn mening behoudt deze jurisprudentie haar gelding onder de Wet IB 2001. De huurverkoper kan naar mijn mening niet worden aangemerkt als medegerechtigde tot het ondernemingsvermogen (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001).⁷⁷ Bij huurverkoop van een onderneming wordt de economische eigendom van de onderneming overgedragen. Van het medegerechtigd zijn tot het vermogen van de onderneming is dan geen sprake meer.

Ook bij overdracht van een onderneming tegen een lijfrente is winstuitstel niet toegestaan. De contante waarde van de periodieke uitkeringen moet tot de stakingswinst worden gerekend, tenzij er een gerede kans is dat ten gevolge van bijzondere bij de verkoop gemaakte en met de betaling van de termijnen verband houdende bedingen de exploitatie in de toekomst weer voor rekening van de overdrager zal plaatsvinden (HR 1 juli 1981, nr. 20 529, BNB 1981/245). Anders behoort het lijfrenterecht tot de rendementsgrondslag van box 3. Als wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 3.126 en 3.129 Wet IB 2001 kan tegenover (een gedeelte van) de stakingswinst een bedrag in aftrek worden gebracht als uitgave voor een inkomensvoorziening. De lijfrente-uitkeringen worden dan op grond van art. 3.100, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 progressief belast in box 1.

Bij de overdracht van een onderneming tegen een winstrecht biedt goed koopmansgebruik de mogelijkheid de winst pas tot uitdrukking te laten komen naarmate de uitkeringen de boekwaarde van hetgeen wordt overgedragen overtreffen (HR 10 april 1957, nr. 13 104, BNB 1957/266).⁷⁸ De winstrechtgenieter

74. Dit is alleen anders als de vordering onder de in art. 3.91 Wet IB 2001 opgenomen terbeschikkingstellingsregeling valt.

75. Keerzijde is dat de rente niet in box 1 wordt belast.

76. NV, Kamerstukken II 2008/09, 31 704, nr. 8, blz. 82-83.

77. Anders Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.C.

78. Onlangs nog bevestigd in HR 15 oktober 2010, nr. 09/00435, BNB 2011/34 (jaar 2000).

was onder de Wet IB 1964 geen ondernemer indien hij niet gerechtigd was tot de stille reserves van de onderneming (HR 18 april 1990, nr. 26 016, BNB 1990/236). De winst moest daarom worden belast als nagekomen bedrijfsbate en was dus geen stakingswinst maar reguliere jaarwinst.⁷⁹ Het is de vraag hoe tegen deze jurisprudentie moet worden aangekeken onder de Wet IB 2001. In het inmiddels ingetrokken⁸⁰ Besluit van 13 februari 2001⁸¹ valt het volgende te lezen: *'Een belastingplichtige is medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming ingeval hij deel uitmaakt van een samenwerkingsverband en hij bij beëindiging daarvan aanspraak heeft op teruggave van vermogensbestanddelen die destijds zijn ingebracht, of op vermogensbestanddelen die daarvoor in de plaats zijn gekomen dan wel op een vermogenswaarde die daar geheel of gedeeltelijk mee overeenkomt. Een belastingplichtige die deel uitmaakt van een samenwerkingsverband is tevens medegerechtigd tot het vermogen van een onderneming ingeval hij een aanspraak heeft op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van het samenwerkingsverband of op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst.'* Het besluit is ingetrokken omdat het vooral een voorlichtend karakter had. Het is daarmee onduidelijk of de staatssecretaris dit standpunt nog steeds inneemt. Naar mijn mening is het geen juist standpunt dat een belastingplichtige deel moet uitmaken van een samenwerkingsverband. Dan zou bijvoorbeeld de verhuurder van een onderneming (zie hierna) ook niet belast kunnen worden op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Dat sprake zou moeten zijn van een samenwerkingsverband is ook in het geheel niet af te leiden uit de wettekst van genoemd artikellid. Ten aanzien van het liquidatiesaldo kan worden opgemerkt dat deze eis niet geldt voor een medegerechtigdheid (art. 3.3, tweede lid, Wet IB 2001). Mijn conclusie is dan ook dat de winstrechtgenieter moet worden belast op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001.⁸² Op grond van HR 10 april 1957, nr. 13 104, BNB 1957/266 biedt goed koopmansgebruik dan de mogelijkheid de winst pas tot uitdrukking te laten komen naarmate de uitkeringen de boekwaarde van hetgeen wordt overgedragen overtreffen. Omdat de winstrechtgenieter na de overdracht medegerechtigde op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 wordt, is het naar mijn mening niet meer mogelijk af te rekenen over de contante waarde van het winstrecht.⁸³

De verhuur van een onderneming leidt niet tot overdracht of liquidatie (HR 26 januari 1955, nr. 12 088, BNB 1955/216). De verhuurder kwalificeerde op

79. Op grond van HR 12 oktober 2012, nr. 11/03804, BNB 2012/315 kan nog wel de MKB-winstvrijstelling worden toegepast.

80. Zie het Besluit van 11 november 2011, nr. BLKB2011/2179M.

81. Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP 2000/3210M, onderdeel B.3.2.h.

82. Zie ook L.G.M. Stevens e.a. (2006), blz. 162. Anders Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.D.b en 3.2.4.A.b. De auteurs zijn van mening dat de winstrechtgenieter alleen als medegerechtigde kan worden aangemerkt als hij in het ongebruikelijke geval *'meedeelt in stille reserves via de jaarwinst en/of bij overdracht of liquidatie in de situatie waarin hij een rechtstreekse aanspraak zou hebben op een gedeelte van het ondernemingsvermogen ingeval de ondernemingsactiviteiten worden beëindigd'*. Zij verwijzen hiervoor naar het ingetrokken Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP 2000/3210M, onderdeel B.3.2.h. Het lijkt er dan op dat de auteurs art. 3.3, tweede lid, Wet IB 2001 niet van belang achten.

83. Anders Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.D.a.

grond van deze jurisprudentie als ondernemer. Onder de Wet IB 2001 ligt dit niet zonder meer voor de hand. Op grond van art. 3.4 Wet IB 2001 moet de verhuurder rechtstreeks worden verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming.⁸⁴ Indien daarvan geen sprake is, zal een verhuurder van een onderneming kwalificeren als medegerechtigde tot een onderneming (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001).⁸⁵

3.2.4.3.c *Stakingswinst bij inbreng van de onderneming in een personenvennootschap*⁸⁶

Een bedrijfsoverdracht kan ook tot stand worden gebracht met gebruikmaking van een personenvennootschap. In het kader van de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap is het van belang te analyseren wat de gevolgen zijn van de inbreng voor de heffing van inkomstenbelasting. Dit is nodig om in een later stadium de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te kunnen beoordelen.

Als personenvennootschappen kunnen worden onderscheiden de maatschap, de CV en de VOF. In de definitie van een VOF komen de andere samenwerkingsvormen terug: *'De VOF is de maatschap tot de uitoefening van een bedrijf, onder een gemeenschappelijke naam ("firma") aangegaan, voor zover zij geen commanditaire vennootschap is.'*⁸⁷ In het BW is de maatschap als volgt gedefinieerd: *'Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.'* (art. 7a:1655 BW). Het verschil tussen beide vormen betreft aldus de component *'uitoefening van een bedrijf'*. Slagter⁸⁸ geeft de volgende definitie van de CV: *'(...) een cv is een overeenkomst, gericht op de doorgaans duurzame samenwerking tussen twee of meer personen tot uitoefening van een bedrijf voor gezamenlijke rekening, onder een gemeenschappelijke naam aangegaan, waarbij een deel (één of meer) der vennoten persoonlijk respectievelijk hoofdelijk voor de zaaksschulden van de cv aansprakelijk is, en waarvan tenminste één hunner beheersbevoegdheid bezit, en waarbij een ander deel (één of meer) der vennoten extern geen beheersdaden mag verrichten en tegenover de cv (als gekwalificeerde maatschap) niet verder aansprakelijk is dan tot het bedrag van hun inbreng (commanditair kapitaal), ter bereiking van welk doel de partijen zich jegens elkaar verbinden om geld, goederen, immateriële rechten en andere rechten en/of – behalve voor zover het de commanditaire vennoten betreft – arbeid in gemeenschap, al dan niet leidende tot een gebonden medeëigendom en, leidende tot een vermogen, afgescheiden van het privévermogen der 'beherende' vennoten – te brengen.'*

Eerst komt de inbreng van een onderneming in een VOF aan de orde. Aangezien hetzelfde heeft te gelden voor de inbreng in een maatschap, geldt

84. De wetgever gaat hier wel gemakkelijk van uit (NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 127).

85. Zie ook Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.B.a.

86. Zie voor een bijdrage waarin ook de overdrachtsbelastingaspecten bij inbreng, toetreding en uittreding van vennoten aan de orde komen Doornebal (2002).

87. Groene Serie Personenassociaties, deel 2, hoofdstuk 1, paragraaf 7.

88. Groene Serie Personenassociaties, deel 3, hoofdstuk 1, paragraaf 6.

hetgeen hierna is uiteengezet ook voor de inbreng in een maatschap. De inbreng in een CV komt daarna afzonderlijk aan de orde.

Voor de heffing van inkomstenbelasting wordt de inbreng van een onderneming in een VOF als gedeeltelijke staking gekwalificeerd omdat een evenredig gedeelte van de subjectieve onderneming wordt vervreemd.⁸⁹ Zo leidt de inbreng tot het in aanmerking nemen van stakingswinst (ook wel overdrachtswinst genoemd). Bij inbreng van de onderneming moet worden vastgesteld welk gedeelte wordt overgedragen. Volgens de HR gaat het om het (economische) belang bij de goederen, hetgeen wordt afgeleid uit de winstverdeling. De zakenrechtelijke positie is hierbij niet van belang (HR 26 juni 1957, nr. 13 189, BNB 1957/267). Terecht vraagt Wisselink zich in zijn noot bij BNB 1957/267 af hoe om te gaan met de situatie waarbij vennoten op een andere wijze in de winsten zouden zijn gerechtigd dan in de verliezen. Hij stelt voor om daarmee praktisch om te gaan en aan partijen over te laten te bepalen welk deel van het bedrijf is overgedragen, mits de oplossing als redelijk kan worden aanvaard. Het aansluiten bij het economische belang leidt er ook toe dat elke wijziging in de winstverdeling waarbij de gerechtigdheid tot de stille reserves en/of goodwill wijzigt, leidt tot het in aanmerking nemen van overdrachtswinst (hier kom ik in deze paragraaf nog uitgebreid op terug). Ondanks de problemen die worden opgeroepen door aan te sluiten bij het economisch belang, ben ik van mening dat dit wel de juiste benadering is.

Bij de inbreng van een onderneming in een VOF kan naast overdrachtswinst ook herwaarderingswinst aan de orde zijn. Dit doet zich voor als in de vennootschappelijke balans van de personenvennootschap de activa en passiva worden opgenomen tegen de werkelijke waarde. De inbrengende vennoot wordt dan geacht tot herwaardering te zijn overgegaan (HR 16 december 1959, nr. 14 092, BNB 1960/34).⁹⁰ De herwaarderingswinst wordt niet aangemerkt als stakingswinst maar als reguliere jaarwinst (zie o.a. HR 9 maart 1955, nr. 12 178, BNB 1955/160), zodat op deze winst de stakingsfaciliteiten niet van toepassing zijn.⁹¹ Op het arrest BNB 1960/34 is vanwege het in aanmerking moeten nemen van herwaarderingswinst veel kritiek geuit.⁹² Stevens⁹³ laat zijn bezwaar zien aan de hand van het voorbeeld waarbij de ene vennoot zijn onderneming inbrengt tegen creditering van de werkelijke waarde op de commerciële firmabalans terwijl de andere vennoot uitsluitend arbeid en vlijt inbrengt. Fiscaal wordt verdergegaan met boekwaarden. Stevens stelt daarbij

89. Uit het Besluit van 31 augustus 2001, nr. CPP2001/2374M, onderdeel 8 blijkt dat, onder voorwaarden, bij toetreding een terugwerkende kracht van negen maanden mag worden gehanteerd. Bij uittreden wordt overigens geen terugwerkende kracht toegestaan.
90. Uit HR 20 januari 1954, nr. 11 577, BNB 1955/154 bleek al dat het de belastingplichtige bij inbreng in een personenvennootschap vrijstaat tot herwaardering over te gaan, maar daartoe geenszins verplicht is.
91. Onder het Besluit IB 1941 werd de herwaarderingswinst nog wel als overdrachtswinst aangemerkt. Dit valt te verklaren uit het feit dat de vennootschap toen als eenheid werd gezien. Zie Wisselink (1994), blz. 186.
92. Zie o.a. Giele en Vermeend (1993), blz. 103-109, Wisselink (1994), blz. 189, L.G.M. Stevens (2001), blz. 475-477 en Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.35.C.b2.
93. L.G.M. Stevens (2001), blz. 476-477.

terecht dat de vennoot die de onderneming heeft ingebracht niets heeft overgedragen: *'Hij heeft slechts de volle waarde voor zich zelf voorbehouden, en de andere vennoot heeft uitsluitend belang bij de latere winsten, resp. bij latere waardeveranderingen van de ingebrachte activa.'* Dit lijkt op de hierna nog te behandelen methode waarbij stille reserves worden voorbehouden. Creditering naar werkelijke waarde op de commerciële firmabalans zou daarentegen de voorkeur hebben. De gerechtigdheid van de firmanten tot het kapitaal zou uit de commerciële firmabalans moeten blijken. Nu worden partijen in feite gedwongen de commerciële firmabalans tegen boekwaarden op te stellen. Naar mijn mening zou het niet zo moeten zijn dat de commerciële firmabalans bepalend is voor de belastingheffing. Voor de bepaling van de fiscale winst zou alleen de fiscale persoonlijke balans van belang moeten zijn. De heffing van inkomstenbelasting sluit immers aan bij de subjectieve onderneming van de belastingplichtige. Nu worden belastingplichtigen gedwongen zich te laten crediteren tegen boekwaarde om herwaarderings- en/of overdrachtswinst te voorkomen. Dat dit niet wenselijk is, uit zich bijvoorbeeld bij de renteberekening over het kapitaal. Het kapitaal moet extracomptabel worden bepaald. De staatssecretaris heeft in een besluit aangegeven dat een dergelijke wijze van renteberekening geen reden is om herwaardering aan te nemen.⁹⁴ Uit het besluit blijkt dat de staatssecretaris van mening is dat het arrest BNB 1960/34 nog steeds gelding heeft. Stevens spreekt overigens over de situatie dat één vennoot slechts arbeid en vlijt inbrengt. Naar mijn mening is dit niet anders als deze vennoot een kapitaalstorting in geld zou doen gelijk aan de waarde van de onderneming.

In BNB 1960/34 heeft de HR een methode gegeven om herwaarderingswinst te voorkomen, zijnde 'het betalen buiten de boeken om'. De inbrenger wordt tegen boekwaarde gecrediteerd in de boeken van de personenvennootschap. De andere partij betaalt aan de inbrenger voor zijn verkregen aandeel in de verschoven stille reserves, goodwill en fiscale reserves buiten de vennootschap om. Het buiten de personenvennootschap om betaalde bedrag wordt belast als overdrachtswinst. Het nadeel van deze methode is dat het niet meer mogelijk is uit de balans van de personenvennootschap het fiscale vermogen van de achterliggende vennoten af te leiden. De vennoot die de onderneming inbrengt gaat immers verder met boekwaarden terwijl de andere vennoot de vermogensbestanddelen opneemt tegen de waarde in het economische verkeer. Ik sluit me aan bij Giele en Vermeend⁹⁵ die na het behandelen van enkele voorbeelden stellen dat *'(...) fiscaal gesproken de leer van de Hoge Raad de inbreng in de VOF nodeloos fiscaliseert en reeds daarom onjuist is'*. De door de HR gegeven oplossing om herwaarderingswinst te voorkomen, is naar mijn mening voor de praktijk dan ook geen oplossing.

Een andere methode om op het moment van inbreng belastingheffing te voorkomen is dat de inbrenger van de onderneming tijdelijk een hoger winstaandeel bedingt. De inbrenger wordt gecrediteerd tegen de boekwaarde. Belastingheffing over het overgedragen aandeel in de stille reserves en/of

94. Besluit van 31 augustus 2001, nr. CPP2001/2374M, vraag 1.

95. Giele en Vermeend (1993), blz. 117-121.

goodwill vindt plaats als de winst wordt genoten. De HR besliste in 23 februari 1955, nr. 12 168, BNB 1955/130 dat als de inbrenger voor zijn aandeel in de goodwill tijdelijk een hoger winstaandeel krijgt, deze winst niet kwalificeert als overdrachtswinst. De nieuwe vennoot verricht geen betaling voor zijn aandeel in de goodwill, maar verricht arbeid. De winst wordt daarom in haar geheel aangemerkt als reguliere jaarwinst. Dit betekent dat de stakingsfaciliteiten niet kunnen worden benut. Voor de toetredende vennoot heeft dit tot gevolg dat hij geen goodwill mag activeren. De inbreng tegen een tijdelijk hoger winstaandeel lijkt sterk op de situatie dat bij het aangaan van een personenvennootschap een aandeel in de onderneming wordt overgedragen tegen een winstrecht. In die situatie is activering van goodwill en passivering van de winstrechtverplichting wel mogelijk. Van Kempen⁹⁶ verklaart dit verschil op grond van het feit dat de winstrechtverplichting een civielrechtelijke last vormt.

Het is ook mogelijk om zowel overdrachts- als herwaarderingswinst te voorkomen. De inbrenger kan ervoor kiezen om de stille reserves en goodwill bij inbreng voor te behouden. Deze methode is nader geregeld in de Resolutie van 31 mei 1955, nr. 2, V-N 1955, blz. 376/377. Het voorbehoud van stille reserves en goodwill kan worden beperkt tot de stille reserves die op het moment van inbreng aanwezig zijn, maar kan ook worden uitgebreid met toekomstige stille reserves en goodwill. Het voorbehouden van stille reserves is voor de inbrengende partij een onzekere zaak, omdat zij in het ongewisse is welk bedrag zij uiteindelijk voor haar stille reserves en/of goodwill zal ontvangen. Het bedrag aan voorbehouden stille reserves en/of goodwill mag bij inbreng niet worden gefixeerd. In punt 4 van genoemde resolutie wordt nog een nadeel genoemd van het werken met een voorbehoud. De toetredende vennoot profiteert van het gebruik van de bedrijfsmiddelen. Dit profijt wordt bepaald door de werkelijke waarde en niet door de boekwaarde. Dit manifesteert zich ook bij de afschrijvingen. Er wordt immers over de fiscale boekwaarde afgeschreven, waardoor de toetredende een hogere winst realiseert dan wanneer was afgeschreven over de werkelijke waarde. Uit praktische overwegingen mag op grond van dezelfde resolutie dan gewerkt worden met een regeling waarbij het voorbehoud wordt verwerkt door aan de inbrengende partij gedurende een bepaalde periode een extra winstaandeel toe te kennen. Dit extra winstaandeel kwalificeert niet als overdrachtswinst.

Een andere methode om overdrachts- en herwaarderingswinst te voorkomen is het vermogensbestanddeel niet in de VOF in te brengen, maar het daaraan te verhuren of het genot in te brengen. Het vermogensbestanddeel behoort dan tot het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen van de inbrenger, mits het vermogensbestanddeel niet alleen een privébelang dient (HR 29 juni 1955, nr. 12 416, BNB 1955/310). De vergoeding behoort voor de vennoot tot zijn fiscale winst.⁹⁷

96. Van Kempen (2003).

97. Voor andere specifieke mogelijkheden om overdrachtswinst bij inbreng te voorkomen wordt verwezen naar Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.35.C.g.

Hiervoor werd uitgegaan van de situatie dat één vennoot zijn onderneming en arbeid inbrengt in een personenvennootschap en de andere vennoot alleen arbeid. Het kan ook zijn dat beide vennoten een onderneming inbrengen. Bij beiden zal dit leiden tot een gedeeltelijke staking. Op deze situatie ga ik niet in omdat de gevolgen niet anders zijn als in de situatie dat slechts één vennoot een onderneming inbrengt.

In bedrijfsopvolgingsituaties kan ook gebruik worden gemaakt van een CV.⁹⁸ De keuze voor een CV wordt in bedrijfsopvolgingsituaties met name gemaakt vanuit liquiditeitsoogpunt. Het vermogen van de commanditair vennoot blijft ter beschikking staan van de vennootschap. De enkele omzetting van een VOF in een CV leidt niet tot belastingheffing. Degene die commanditair vennoot wordt, gaat zijn winst genieten in de hoedanigheid van medegerechtigde (zie voor een beschouwing paragraaf 3.2.2.4). Alleen als de gerechtigdheid tot de stille reserves en/of goodwill wijzigt, leidt dit tot een gedeeltelijke staking.

De inbreng van een als eenmanszaak gedreven onderneming in een CV leidt er in de meeste situaties toe dat de inbrenger als commanditair vennoot gaat fungeren en de toetreders als beherend vennoot. De enkele overgang van ondernemer naar medegerechtigde leidt niet tot afrekening. Ook hier ligt het voor de hand dat de inbreng in de CV wordt gecombineerd met een wijziging van de winstverdeling. Als daarbij de gerechtigdheid tot de stille reserves en/of goodwill wijzigt, leidt dat tot een gedeeltelijke staking. In dit geval kan eveneens gebruik worden gemaakt van de hiervoor aan de orde geweest zijnde methoden om de belastingheffing over herwaarderings- en/of overdrachts-winst bij inbreng te voorkomen.

Eerder zagen we dat de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap wordt gezien als gedeeltelijke staking. De hiervoor beschreven methoden kunnen worden toegepast om belastingheffing te voorkomen. In art. 3.63 Wet IB 2001 is een doorschuifmogelijkheid opgenomen die evenwel niet kan worden toegepast als op dat moment pas een samenwerkingsverband wordt aangegaan. Er mag alleen geruisloos worden doorgeschoven naar een persoon die reeds 36 maanden als ondernemer deel heeft uitgemaakt van het samenwerkingsverband. Bij de omzetting van een VOF in een CV is het zeer goed mogelijk dat aan deze 36-maandseis wordt voldaan. Bij de inbreng van een eenmanszaak in een personenvennootschap zal daarvan geen sprake zijn. Er kan wel gebruik worden gemaakt van de doorschuifmogelijkheid als de toetreders gedurende 36 maanden als werknemer in de onderneming werkzaam is geweest. Het opmerkelijke is aldus dat aan een geruisloze doorschuiving vaak een met inkomstenbelasting belaste inbreng voorafgaat. Deze belastingheffing kan alleen worden voorkomen door toepassing van bewerkelijke methoden. Op deze problematiek wordt nader ingaan bij de bespreking van art. 3.63 Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.3.4).

98. Zie ook Tigelaar-Klootwijk (2013).

3.2.4.3.d Stakingswinst bij wijziging van de winstverdeling

De bedrijfsopvolging kan verder gestalte krijgen door een zodanige wijziging van de winstverdeling dat de gerechtigdheid tot de stille reserves en/of goodwill wijzigt. Een dergelijke wijziging heeft tot gevolg dat de overdragende vennoten een evenredig deel van hun onderneming staken. Zij moeten dan ook overdrachtswinst in aanmerking nemen. Dit is het gevolg van HR 26 juni 1957, nr. 13 189, BNB 1957/267 waar de HR oordeelde dat het economische belang bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van overdracht. Belastingheffing kan worden voorkomen door de tot uiting komende stille reserves en/of goodwill voor te behouden. Belastingheffing kan worden uitgesteld door te werken met een tijdelijk hoger winstaandeel voor de overdragende partij. Overdrachtswinst is wel aan de orde als de verrekening van de overgedragen stille reserves via de kapitaalrekeningen plaatsvindt. Betaling buiten de boeken om is niet nodig, omdat bij een wijziging van de winstverdeling herwaardering niet aan de orde is.

*3.2.4.3.e Stakingswinst bij uittreden van een vennoot uit een
personenvennootschap*

Het uittreden van een vennoot uit een personenvennootschap leidt tot algehele staking van diens subjectieve onderneming. Derhalve is de problematiek zoals behandeld in paragraaf 3.2.4.3.b ook hier relevant. Het uittreden van een vennoot uit een personenvennootschap kent evenwel nog specifieke aandachtspunten, waarop hierna wordt ingegaan. Het uittreden van een vennoot als gevolg van opzegging, dan wel overlijden, leidt op grond van art. 7A:1683 BW tot ontbinding van de vennootschap. Om de continuïteit van de onderneming niet in gevaar te brengen, worden in de regel voortzettingen- en vermogensbedingen in de vennootschapsovereenkomst opgenomen. Voortzettingenbedingen zijn bedingen op grond waarvan het recht bestaat en ook wel de verplichting om de vennootschap voort te zetten. De gevolgen hiervan zijn voor de belastingheffing niet van belang. Met een vermogensbeding kan worden geregeld wat er moet gebeuren met de aanspraken van de uittredende vennoot op vermogen dat wordt gebruikt door de vennootschap.⁹⁹ Vermogensbedingen kunnen worden onderscheiden in verblijvensbedingen, toedelingenbedingen en overnemingsbedingen.¹⁰⁰ Deze bedingen zijn voor de belastingheffing wel van belang. Indien op grond van een dergelijk beding de onderneming overgaat op een ander heeft dit voor de uittredende vennoot tot gevolg dat hij zijn subjectieve onderneming staakt. Hij zal moeten afrekenen over de winst behaald met en bij staken (zie paragraaf 3.2.4.3.b). Specifieke punten zijn hier nog het afrekenen over de stille reserves in eventueel buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen en de uitwerking van een eventueel voorbehoud van stille reserves dat destijds bij toetreding is overeengekomen. De uittredende vennoot kan een beroep doen op de stakingsaftrek (art. 3.79 Wet IB

99. Groene Serie Personenassociaties, deel 2, hoofdstuk 4, paragraaf 1.

100. Zie uitgebreider Groene Serie Personenassociaties, deel 2, hoofdstuk 4, paragraaf 1 en Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.35.A.

2001) en de stakingslijfrentepremieaftrek (art. 3.129 Wet IB 2001). Belastingheffing is niet aan de orde als wordt gekozen voor doorschuiving op grond van art. 3.63 Wet IB 2001. Dit is in ieder geval mogelijk aan overblijvende vennoten waarmee de uittreedende vennoot gedurende 36 maanden voorafgaand aan het tijdstip van overdracht een samenwerkingsverband vormde. Indien niet alle vennoten aan deze eis voldoen, kan een gedeelte van de onderneming worden doorgeschoven (art. 3.63, derde lid, Wet IB 2001). Voor een verdere uitwerking van de doorschuiffaciliteit wordt verwezen naar paragraaf 4.2.3.4. Voor de overblijvende vennoten is belastingheffing niet aan de orde. Tot herwaardering zijn zij geenszins verplicht. Na de overdracht wordt de gerechtigdheid van ieder van de overblijvende vennoten bepaald aan de hand van de nieuwe winstverdeling (HR 26 juni 1957, nr. 13 189, BNB 1957/267).

Het overlijden van één van de vennoten heeft tot gevolg dat de erfgenamen het aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap moeten leveren aan de overblijvende vennoten. De belastingheffing sluit aan bij het moment onmiddellijk voorafgaand aan het overlijden. Dan wordt het vermogen van de onderneming geacht te zijn overgedragen aan degene aan wie het krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomt (art. 3.58, eerste lid, Wet IB 2001).¹⁰¹ Indien de onderneming krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht wordt voortgezet, kan een beroep worden gedaan op de in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid (zie hiervoor paragraaf 4.2.3.3).

3.2.4.3.f *Tijdstip realisatie stakingswinst*

De stakingswinst wordt aangemerkt als jaarwinst. Dit betekent dat de regels van goed koopmansgebruik van toepassing zijn (zie o.a. HR 11 maart 1981, nr. 20 196, BNB 1981/143). De stakingswinst mag op grond van goed koopmansgebruik worden verantwoord in het jaar van het sluiten van de overeenkomst dan wel in het jaar van feitelijke overdracht (HR 18 juni 1952, B 9242). Dit lijdt uitzondering als de onderneming feitelijk op 1 januari wordt overgedragen (HR 18 juni 1952, B 9242). Er wordt dan geacht geen nieuw boekjaar te zijn aangevangen.

3.2.4.3.g *Tarief*

Hiervoor is aandacht besteed aan de grondslag waarover bij het drijven van een IB-onderneming belasting wordt geheven. Bij een toetsing van huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en een voorstel tot aanpassing kan evenwel het tarief niet buiten beschouwing blijven. Een verlaging van het tarief, hetgeen als generieke maatregel kan worden gezien, doet de noodzaak voor bedrijfsopvolgingsfaciliteiten immers afnemen.¹⁰² Winst uit onderneming wordt belast tegen een progressief tarief (art. 2.10 Wet IB 2001). Dit geldt zowel voor de

101. Bij een verblijvingsbeding met een levering bij voorbaat hoeven de erfgenamen geen leveringshandelingen meer te verrichten (NR, Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 5, blz. 7). In die situatie is art. 3.58 Wet IB niet van toepassing, hetgeen naar mijn mening betekent dat de uitstel van betalingsfaciliteit van art. 25, zeventiende lid, IW 1990 niet kan worden benut.

102. Zie ook paragraaf 2.5.

reguliere jaarwinst als voor de stakingswinst. Dit tarief wordt effectief verlaagd door de MKB-winstvrijstelling (art. 3.79a Wet IB 2001). Deze vrijstelling kan ook op de stakingswinst worden toegepast, waardoor de belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht wordt verminderd. De werking van de MKB-winstvrijstelling is met ingang van 1 januari 2010 uitgebreid. Voor de faciliteit hoeft niet meer te worden voldaan aan het urencriterium.

Tot 1 januari 2001 golden nog bijzondere tarieven voor bedrijfsoverdrachten. Bij overlijden gold een tarief van 20% en in andere stakingsgevallen een tarief van 45%.¹⁰³ De bijzondere tarieven zijn afgeschaft omdat de behoefte daaraan zou zijn afgenomen aangezien de reguliere tarieven met ingang van 1 januari 2001 over de hele linie werden verlaagd.¹⁰⁴ Daarnaast heeft de ondernemer meer ondernemersfaciliteiten gekregen bij de invoering van de Wet ondernemerspakket 2001.¹⁰⁵ Ook heeft de staatssecretaris van Financiën nog verwezen naar de stakingslijfrentefaciliteit en de uitgebreide middelingsregeling.¹⁰⁶ Dit neemt niet weg dat het onredelijk lijkt de, als gevolg van het nominalistische systeem van winstberekening, over meer jaren aangegroeide stakingswinst in één keer te belasten tegen een progressief tarief. Hier staat tegenover dat de belastingplichtige onder een vermogenswinstbelasting gedurende een langere periode uitstel van heffing heeft gekregen, hetgeen een liquiditeitsvoordeel oplevert. Als vervanging van het bijzonder tarief bij overlijden wordt ook nog genoemd de invorderingsfaciliteit bij overlijden (art. 25, zeventiende lid, IW 1990).¹⁰⁷ Deze invorderingsfaciliteit komt aan de orde in paragraaf 4.3.2. Uit het voorgaande blijkt dat een beoordeling van het tarief niet op zichzelf kan staan.

3.2.5 *Belastingclaim onder een vermogenswinst- versus een vermogensaanwasbelasting*

3.2.5.1 *Inleiding*

In paragraaf 2.4 is geanalyseerd welke elementen in de belastingwetgeving verstoringen veroorzaken waar het betreft de belastingheffing rond bedrijfsoverdrachten. Daar kwam het versturende karakter van een vermogenswinstbelasting aan de orde. Het H-S inkomensbegrip is vanuit een draagkrachtgedachte het meeste zuivere inkomensbegrip. Alle voordelen, inclusief ongerealiseerde

103. Ook de stakingswinstvrijstelling is met ingang van 1 januari 2001 afgeschaft. De huidige stakingsaftrek (art. 3.79 Wet IB 2001) kan toch moeilijk als vervanging worden gezien. De huidige stakingsaftrek is vormgegeven als life-timevrijstelling en bedraagt nu € 3.630. De stakingswinstvrijstelling bedroeg destijds *f* 20.000 of *f* 45.000 per onderneming.

104. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 23.

105. Wet van 14 december 2000 tot wijziging van enkele belastingwetten c.a. in verband met de tweede tranche van het ondernemerspakket 2001 (Wet ondernemerspakket 2001), Stb. 2000, 567.

106. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 maart 2002 naar aanleiding van de motie-Rensema c.s., 27 466, nr. 287a, blz. 6-7.

107. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 maart 2002 naar aanleiding van de motie-Rensema c.s., 27 466, nr. 287a, blz. 8.

vermogenswinsten, moeten in de heffing worden betrokken. Dit gebeurt ook onder een vermogensaanwasbelasting. De fiscale problematiek rond de belastingheffing op het moment van overdracht zou onder een vermogensaanwasbelasting zijn opgelost. Toch wordt een vermogensaanwasbelasting veelal afgewezen op grond van liquiditeitsoverwegingen. Naast liquiditeitsproblemen kunnen ook waarderingsproblemen worden onderkend (zie uitgebreider paragraaf 2.4.2.2). Onder een vermogensaanwasbelasting moet ieder jaar een waardering plaatsvinden. Ten aanzien van incurante aandelen en IB-ondernemingen betreft dit in ieder geval een verzwarende van de administratieve lastendruk. Het voorgaande heeft voor mij tot de conclusie geleid dat incurante aandelen in een kapitaalvennootschap en IB-ondernemingen onder een vermogenswinstbelasting moeten worden belast. Dit neemt niet weg dat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind.

Als kritiekpunt van een vermogenswinstbelasting wordt wel genoemd dat vermogensmutaties bij realisatie in één keer tegen een progressief tarief worden belast, hetgeen tot een progressienadeel kan leiden. Daar staat tegenover dat een liquiditeits- en rentevoordeel kan worden behaald door langdurig uitstel van heffing. Het effectieve tarief daalt. Om te beoordelen of voor het progressienadeel onder een vermogenswinstbelasting een faciliteit zou moeten worden geboden, is in bijlage 1a berekend hoe de belastingheffing, rekening houdend met de rentecomponent, onder zowel een vermogenswinstbelasting als een vermogensaanwasbelasting verloopt.¹⁰⁸ Er is alleen dan reden een faciliteit te verlenen indien een vermogenswinstbelasting voor de belastingplichtige nadeliger uitwerkt dan een vermogensaanwasbelasting (theoretisch gewenst model), zie paragraaf 2.4.2.3. Dit is gedaan voor de periode van 2002-2011. In paragraaf 3.2.5.2 worden de opbouw van het model en de veronderstellingen uitgeschreven. De uitkomsten en conclusie volgen in paragraaf 3.2.5.3.

3.2.5.2 Opbouw van het model

In het model wordt uitgegaan van een fictieve onderneming. De volgende veronderstellingen zijn gemaakt:

- De ondernemer start met zijn onderneming in 2002. Met willekeurige afschrijving wordt geen rekening gehouden. In 2011 wordt de onderneming gestaakt. Er moet dan worden afgerekend over de stille reserves en goodwill, zonder rekening te houden met faciliteiten. Er is in het model wel rekening gehouden met de MKB-winstvrijstelling, omdat deze meer als tariefmaatregel wordt gezien (zie ook HR 12 oktober 2012, nr. 11/03804, BNB 2012/315).
- Bij de start van de onderneming is een bedrijfspand aangeschaft. In bijlage 4 is aangegeven hoe met de waardeontwikkeling van het pand rekening is gehouden. Hierbij is zo veel mogelijk gebruikgemaakt van cijfers van de

108. Met dank aan E.J. Nijenstein en M.C.W. Mampaeij die in het kader van hun bachelorscriptie voorbereidend onderzoek hebben gedaan.

Waarderingskamer voor niet-woningen.¹⁰⁹ Bij de afschrijving onder een vermogenswinstbelasting is gerekend met een restwaarde (30% van de aanschafwaarde). Het pand wordt in dertig jaar afgeschreven. Er is rekening gehouden met de afschrijvingsbeperking uit art. 3.30a Wet IB 2001.

- Bij de start van de onderneming is inventaris aangeschaft. De inventaris wordt in vijf jaar afgeschreven. Voor de vermogensaanwasbelasting wordt verondersteld dat de waarde in het economische verkeer van de inventaris in vijf jaar lineair afneemt tot nihil.
- Verder wordt rekening gehouden met zelf gekweekte goodwill. Er is verondersteld dat de goodwill gedurende de bestaansduur van de onderneming lineair wordt opgebouwd.
- In het model zijn verder geen stille reserves of fiscale reserves verwerkt.
- In het model is gevarieerd met de waarde van activa om de effecten daarvan te zien op de uitkomsten:
 - in bijlage 1a is gerekend met een aanschafwaarde van het pand van € 400.000, inventaris van € 50.000 en goodwill ultimo 2011 van € 80.000.
 - in bijlage 1b is gerekend met een aanschafwaarde van het pand van € 500.000, inventaris van € 50.000 en goodwill ultimo 2011 van € 80.000.
 - in bijlage 1c is gerekend met een aanschafwaarde van het pand van € 200.000, inventaris van € 10.000 en goodwill ultimo 2011 van € 20.000.

In het model worden drie scenario's onderscheiden:

1. Fictief tarief¹¹⁰ en fictieve schijven 2002-2011/geen rente¹¹¹ (in de vierde schijf geen verschil tussen een vermogenswinstbelasting en vermogensaanwasbelasting).
2. Feitelijke tarieven en schijven 2002-2011/rekening houdend met de rentecomponent, waarbij deze rentecomponent vervolgens wordt belast in box 1.
3. Feitelijke tarieven en schijven 2002-2011/rekening houdend met de rentecomponent, waarbij deze rentecomponent vervolgens in aanmerking wordt genomen in box 3.

109. De Waarderingskamer stelt de overzichten op aan de hand van door de gemeenten gedane opgaven. De overzichten zijn niet openbaar gemaakt, maar kunnen wel worden opgevraagd bij de Waarderingskamer.

110. In het tarief zijn zowel het tarief voor de inkomstenbelasting als het tarief voor de premies volksverzekeringen meegenomen.

111. Hiermee wordt bedoeld dat de rentecomponent in dit scenario is uitgeschakeld. Het al dan niet verschuldigd zijn van rente heeft grote invloed op het uiteindelijke voor- of nadeel dat belastingplichtigen hebben onder een vermogensaanwasbelasting of een vermogenswinstbelasting. Zo zal het eerder belasten van vermogenswinsten onder een vermogensaanwasbelasting voor de belastingplichtige leiden tot een rentenadeel ten opzichte van een vermogenswinstbelasting.

Ten aanzien van het model zijn de volgende veronderstellingen gemaakt:

- In scenario 1 is voor alle jaren gerekend met gelijke tarieven en gelijke schijven (zie bijlage 2). Dit is gedaan om te zien wat de verschillen zijn tussen een vermogenswinstbelasting en een vermogensaanwasbelasting zonder dat de uitkomsten worden vertroebeld door wijzigingen in de tarieven en schijven. Ook is de rentecomponent uitgeschakeld.
- Voor scenario 2 en 3 is gebruikgemaakt van de feitelijke tarieven en schijven (zie bijlage 2). Dit zijn de tarieven en schijven zoals vastgesteld door de overheid.
- In het model is rekening gehouden met 'overige winst'. Deze 'overige winst' betreft de jaarwinst exclusief vermogensmutaties en is het uitgangspunt voor de vergelijkingen op basis van het model. Voor iedere schijf is een 'overige winst' gekozen, waarbij deze winst voor de eerste tot en met derde schijf is vastgesteld op het midden van de schijf.¹¹² Voor de vierde schijf is gerekend met een 'overige winst' van € 100.000. Door vermogensmutaties kan een ondernemer vervolgens in een lagere (door afschrijvingen onder een vermogenswinstbelasting) dan wel een hogere schijf (vermogensaanwas onder een vermogensaanwasbelasting) vallen. Overigens kan door de afschrijvingen onder een vermogenswinstbelasting een verlies ontstaan. In het model is rekening gehouden met de mogelijkheid tot een voorwaartse verliesverrekening van negen jaren.
- In het model is geen rekening gehouden met andere inkomensbestanddelen uit box 1.
- De rentecomponent is voor het gehele model gebaseerd op dezelfde cijfers van DNB.¹¹³ Ik heb gekozen voor de percentages behorende bij 'deposito's met opzegtermijn uitstaande bedragen; opzegtermijn minder dan drie maanden' voor niet-financiële instellingen (zie bijlage 3). De keuze voor een dergelijk percentage is altijd arbitrair. Voor ieder bedrijf zal het geldende rentepercentage variëren. Ook zal de keuze voor een spaarvorm verschillen. In ieder geval zal gelden dat een hoger rentepercentage een vermogenswinstbelasting voordeliger maakt, omdat de belasting later mag worden betaald. Het rentevoordeel wordt groter. Het tegenovergestelde geldt voor een vermogensaanwasbelasting. Dan moet de belasting eerder worden betaald, hetgeen tot een rentenadeel leidt.

112. Er is gekozen voor het midden van de schijf, zodat zowel de vermogensmutaties onder een vermogenswinstbelasting als onder een vermogensaanwasbelasting in eerste instantie in de desbetreffende schijf vallen. Als voor het maximum van de schijf zou worden gekozen, worden de afschrijvingen binnen een vermogenswinstbelasting geëffectueerd tegen het tarief van de desbetreffende schijf, maar wordt de vermogensaanwas binnen de vermogensaanwasbelasting direct in de volgende schijf belast.

113. <http://www.statistics.dnb.nl/financiele-markten/rentes/index.jsp>. De rentepercentages zijn vanaf 2003 beschikbaar. Voor het jaar 2002 heb ik een percentage herleid. Dit heb ik gedaan door het gemiddelde verschil te berekenen tussen de 12-maands Euribor en de cijfers van DNB over de periode van 2003 tot en met 2005. Het in het model gebruikte rentepercentage over 2002 is vervolgens de 12-maands Euribor over 2002 gecorrigeerd met het berekende verschil.

3.2.5.3 Uitkomsten en conclusie

Beoordeling belastingheffing onder een vermogenswinstbelasting

Uit bijlage 1a tot en met 1c blijkt dat ondernemers waarbij de overige winst in de vierde schijf valt onder een vermogenswinstbelasting in totaliteit minder belasting betalen dan ondernemers waarbij de overige winst in de andere schijven valt (in alle scenario's). Dit komt omdat deze groep kan afschrijven tegen het tarief waartegen ook de stakingswinst in 2011 wordt belast (hoogste tarief). De verschillen worden groter naarmate de stille reserves op het stakingsmoment hoger zijn. Moet de conclusie dan zijn dat de huidige progressieve tariefstructuur voor vermogenswinsten in haar totaliteit degressief is? Dit blijkt niet zonder meer op te gaan waar het betreft de andere schijven. Dit wordt allereerst veroorzaakt door de lengte van de schijven. De tweede schijf is in de onderzoeksperiode korter dan de andere schijven. Ook indien de afschrijvingen groter zijn dan de overige winst, zoals in bijlage 1a en 1b aan de orde is, ontstaat een jaarlijks verlies. Indien deze verliezen pas in 2011 kunnen worden verrekend, worden deze (gedeeltelijk) in de hoogste schijf verrekend. Hierbij past uiteraard de kanttekening dat het de vraag is of een onderneming die ieder jaar verliezen maakt kan overleven. In bijlage 1c is als uitgangspunt genomen dat de afschrijvingen niet hoger zijn dan de jaarlijkse winst. In scenario 1 (gelijke tarieven en gelijke schijven) werkt de tariefstructuur dan inderdaad degressief uit. Voor de andere scenario's gaat dit niet zonder meer op.

De tariefstructuur werkt overigens wel progressief uit als een onderneming uitsluitend over niet-afschrijfbaar activa beschikt of over activa waarop bijna niet wordt afgeschreven en daarnaast op het stakingsmoment goodwill aanwezig is.

Vergelijking vermogenswinstbelasting versus vermogensaanwasbelasting bijlage 1a

Verder is, zoals aangegeven in de inleiding van deze paragraaf, een vergelijking gemaakt tussen de uitkomsten onder een vermogenswinstbelasting ten opzichte van een vermogensaanwasbelasting. Indien geen rekening wordt gehouden met de rentecomponent (zie scenario 1) is in de situatie dat de overige winst in de eerste drie schijven valt een vermogensaanwasbelasting voor de belastingplichtige voordeliger dan een vermogenswinstbelasting.¹¹⁴ De vermogensaanwas wordt jaarlijks in de heffing betrokken, waarmee heffing ineens op het stakingsmoment tegen het progressieve tarief niet meer aan de orde is. Voor de vierde schijf geldt dat de uitkomst onder een vermogensaanwasbelasting gelijk is aan die onder een vermogenswinstbelasting. Dit komt omdat de heffing onder zowel een vermogensaanwasbelasting als onder een vermogenswinstbelasting (afschrijving en heffing over stakingswinst) plaatsvindt tegen hetzelfde tarief. Het is evenwel niet reëel om geen rekening te houden met de rentecomponent. Juist onder een vermogenswinstbelasting geldt dat langdurig uitstel van heffing wordt verkregen, hetgeen leidt tot een rentevoordeel. Ook

114. Deze conclusie geldt ook voor bijlage 1b en 1c.

moet onder een vermogensaanwasbelasting de belasting eerder worden betaald, hetgeen tot een rentenadeel leidt.

Voor scenario 2 en 3 blijkt dat een vermogensaanwasbelasting voor de situatie waarbij de overige winst in de eerste, tweede schijf en derde schijf valt gunstiger is dan een vermogenswinstbelasting. Dit komt omdat onder een vermogensaanwasbelasting de vermogensaanwas ieder jaar tegen een lager tarief wordt belast dan zou gebeuren onder een vermogenswinstbelasting. Onder een vermogenswinstbelasting vindt immers in 2011 heffing plaats tegen het hoge progressieve tarief. Het rentenadeel van het eerder moeten betalen van belasting is onder een vermogensaanwasbelasting kleiner dan het belastingvoordeel als gevolg van het belasten tegen een lager tarief. Voor de vierde schijf geldt dat een vermogenswinstbelasting voordeliger is. Dit komt vooral door het rentevoordeel. De belasting hoeft immers pas later te worden betaald. Het belasten van de stille reserves in 2011 is minder belastend, omdat de afschrijvingen ook tegen een hoger tarief hebben plaatsgevonden. Voor bijlage 1b blijkt dat in de situatie waarin de 'overige winst' in de derde schijf valt een vermogenswinstbelasting voordeliger te zijn dan een vermogensaanwasbelasting.

In scenario 2 is verondersteld dat de rentecomponent binnen de onderneming is gehouden waarbij dit voordeel weer belast is in box 1. In scenario 3 is verondersteld dat het rentevoordeel naar privé is gehaald en aldaar is belast in box 3. Bij vergelijking van scenario 2 met scenario 3 wordt de vermogensaanwasbelasting in de box 3-situatie gunstiger, dan wel een vermogenswinstbelasting nadeliger. Dit wordt veroorzaakt door het in box 3 in aanmerking te nemen fictief rendement van 4%, terwijl in het model is gerekend met lagere rentetarieven (zie bijlage 3).

Vergelijking uitkomsten bijlage 1a, bijlage 1b en bijlage 1c

Indien de uitkomsten uit bijlage 1a en bijlage 1b met elkaar worden vergeleken (aanschafwaarde van het pand wordt hoger) blijkt dat voor de situatie waarbij de overige winst in schijf 2 valt een vermogensaanwasbelasting nog voordeliger te worden. Het rentenadeel is nog kleiner dan het belastingvoordeel. Indien de overige winst in de derde schijf valt, is het rentenadeel van een vermogensaanwasbelasting groter dan het belastingvoordeel onder een vermogensaanwasbelasting. Uiteindelijk wordt voor de situatie waarbij de 'overige winst' in die schijf valt een vermogenswinstbelasting voordeliger (in bijlage 1a was een vermogensaanwasbelasting nog voordeliger). Voor de vierde schijf geldt dat de vermogenswinstbelasting zowel qua belastingvoordeel als rentevoordeel voordeliger wordt. Indien de overige winst in schijf 1 valt, wordt het verlies als gevolg van afschrijvingen alleen maar groter. Dit verlies wordt in de gegeven situatie pas verrekend in 2011 (gedeeltelijk tegen een hoger tarief). Een vermogensaanwasbelasting wordt daarmee qua belastingvoordeel voor de belastingplichtige minder voordelig dan een vermogenswinstbelasting en daar komt nog het rentenadeel bij.

Indien bijlage 1a met bijlage 1c wordt vergeleken (aanschafwaarde pand en inventaris lager en lagere waarde goodwill ultimo 2011), blijkt dat een

vermogenswinstbelasting al voordeliger wordt in de situatie dat de overige winst in de tweede schijf valt (scenario 2).

Conclusie

Vraagstelling in deze paragraaf was of een faciliteit nodig is als compensatie voor het feit dat vermogensmutaties onder een vermogenswinstbelasting in één keer bij realisatie (tegen het progressieve tarief) worden belast. Uit de in de bijlagen opgenomen berekeningen blijkt dat in ieder geval in alle situaties waarin de overige winst in de vierde schijf valt een vermogenswinstbelasting voor de belastingplichtige nog altijd voordeliger is dan een vermogensaanwasbelasting.¹¹⁵ In paragraaf 2.4.2.3 heb ik aangegeven een faciliteit dan niet wenselijk te vinden, omdat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind. Dit brengt mij tot de conclusie dat een bijzonder tarief voor vermogenswinsten in het algemeen in ieder geval niet wenselijk is.¹¹⁶ Hiervan profiteren met name belastingplichtigen die in een hogere schijf vallen. Uit de analyse in deze paragraaf bleek dat de belastingheffing over vermogenswinsten onder de huidige progressieve tariefstructuur reeds degressief werkt (behalve als de stakingswinst bijvoorbeeld alleen bestaat uit goodwill). Dit wordt alleen nog maar versterkt indien de stakingswinst tegen bijvoorbeeld een bijzonder tarief zou worden belast.

Overigens kan de in art. 3.154 Wet IB 2001 opgenomen middelingsregeling worden gebruikt om de nadelige effecten van een vermogenswinstbelasting voor de laagste schijven te compenseren.¹¹⁷ Zo worden de inkomens over een periode van drie jaren gemiddeld. Verder lijkt het haast onmogelijk om specifiek voor belastingplichtigen waarvan de overige winst in de laagste schijven valt een faciliteit te bieden. De vermogenswinst zal immers in de regel in een hogere schijf worden belast. En zoals zojuist beschreven, wil ik voor de hoogste schijven geen tegemoetkoming bieden. In feite zou geanalyseerd moeten worden tegen welk tarief in de voorgaande jaren is afgeschreven. Tegen dat tarief zouden dan ook de vermogensmutaties moeten worden belast. Vanuit doelmatigheidsoverwegingen plaats ik daar mijn kanttekeningen bij. De conclusie is in ieder geval wel dat er niet zo maar één geldende regeling kan worden getroffen om de belastingplichtigen in de laagste schijven tegemoet te komen.

3.3 De belastingclaim bij overdracht van een ab

3.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is geanalyseerd met welke belastingclaim een natuurlijk persoon wordt geconfronteerd bij staking van een IB-onderneming. In deze paragraaf staat de uiteindelijk op een natuurlijke persoon rustende

115. In bijlage 1b geldt dit al als de 'overige winst' in de derde schijf valt (scenario 2) en in bijlage 1c vanaf de tweede schijf (scenario 2).

116. Anders Essers (2003b).

117. In het model is de middelingsregeling niet verwerkt.

belastingclaim centraal als een onderneming wordt gedreven in de vorm van een kapitaalvennootschap. De onderneming wordt al dan niet via tussenkomst van een holdingvennootschap gedreven. Dit neemt niet weg dat het ook in deze situatie draait om de natuurlijke persoon die het belang houdt in de holdingvennootschap. Op deze persoon drukt de uiteindelijke IB-claim. De holdingstructuur biedt wel mogelijkheden om de belastingheffing uit te stellen. Om in hoofdstuk 4 de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te kunnen toetsen, moet eerst inzicht worden verkregen in de belastingclaim waarmee de ab-houder wordt geconfronteerd bij overdracht van een ab.

Een kapitaalvennootschap wordt jaarlijks belast met vennootschapsbelasting tegen een tarief van maximaal 25%. De hiervoor genoemde achterliggende ab-houder wordt voor zijn inkomen uit ab nog belast tegen een tarief van 25%. De mogelijke vormen van bedrijfsoverdracht zijn afhankelijk van de gekozen structuur.

Indien een natuurlijk persoon de aandelen direct houdt in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven kan de bedrijfsoverdracht gestalte krijgen door de vennootschap de onderneming te laten verkopen dan wel de aandeelhouder zijn aandelen te laten verkopen. In de eerste situatie blijft er na de overdracht nog een ab-claim rusten op de aandelen in de vennootschap. Normaliter wordt dan geen onderneming meer gedreven in de kapitaalvennootschap.

Als een holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij houdt, kan een bedrijfsoverdracht zich voltrekken door middel van een overdracht van de aandelen in de werkmaatschappij, overdracht van de onderneming uit de werkmaatschappij en een verkoop van de aandelen in de holdingvennootschap. Alleen in de laatste situatie treden direct gevolgen op voor de heffing van inkomstenbelasting. In de andere situaties blijft op de aandelen in de holdingvennootschap een ab-claim rusten.

Ongeacht de gekozen structuur leidt een door de kapitaalvennootschap gedane verkoop van de onderneming alleen tot heffing van vennootschapsbelasting. Ook de overdracht van de aandelen in de werkmaatschappij door de holdingvennootschap speelt zich af binnen de vennootschapsbelasting. Een analyse van de belastingclaim bij deze vormen van bedrijfsoverdracht is aan de orde in paragraaf 3.3.2. Daartoe wordt eerst kort ingegaan op de jaarlijkse heffing van vennootschapsbelasting om na te gaan met welke belastingclaim de kapitaalvennootschap wordt geconfronteerd als deze de onderneming overdraagt dan wel de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij overdraagt.

Een ab-houder die zijn aandelen in de holdingvennootschap, dan wel zijn directe belang in de kapitaalvennootschap waarin de onderneming wordt gedreven verkoopt, wordt geconfronteerd met zowel een Vpb-claim als een IB-claim. De Vpb-claim betreft een latente belastingclaim die de waarde van de aandelen beïnvloedt. Deze belastingclaim is afhankelijk van de hoogte van de in de vennootschap(pen) aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill. De IB-claim is een acute claim. Deze heffing vormt het onderwerp van paragraaf 3.3.3. Daar wordt eerst aandacht besteed aan de vraag wie

kwaliceert als ab-houder. Vervolgens komt de heffing over het inkomen uit ab aan de orde. Het inkomen uit ab bestaat uit reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen. Het is de laatste categorie die van belang is in het kader van bedrijfsoverdrachten. Toch wordt enige aandacht besteed aan de reguliere voordelen omdat deze de uiteindelijke belastingclaim over de vervreemdingsvoordelen beïnvloeden. Het inkomen uit ab wordt belast tegen een proportioneel tarief van 25%. Dit tarief is gebaseerd op een benaderde gelijkstelling van abhouders met IB-ondernemers. Rekening houdend met de vennootschapsbelasting die van de kapitaalvennootschap wordt geheven, rust op de ab-houder een gecombineerde druk aan inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting van maximaal 43,75%.¹¹⁸

3.3.2 Heffing bij de kapitaalvennootschap

Kapitaalvennootschappen worden op grond van art. 2 Wet Vpb 1969 zelfstandig in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken. De aandeelhouder wordt daarnaast ook belast voor de uitgedeelde winsten. Deze uitdelingen van winst zijn bij de vennootschap niet aftrekbaar op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969. De hieruit voortvloeiende dubbele heffing is het kenmerk van het in Nederland gehanteerde klassieke stelsel.

De winst van de vennootschap wordt bepaald op basis van art. 8 Wet Vpb 1969. In dit artikel wordt, op een aantal uitzonderingen na, vooral verwezen naar de winstbepalingsregels zoals die zijn opgenomen in de Wet IB 2001. In het kader van dit onderzoek zijn met name de verwijzingen naar art. 3.8 Wet IB 2001 (totaalwinstbepaling) en art. 3.25 Wet IB 2001 (jaarwinstbepaling) van belang. Bij de bespreking van art. 3.8 Wet IB 2001 in paragraaf 3.2.3 is beschreven hoe de totaalwinst moet worden bepaald als de onderneming in de IB-vorm wordt gedreven. Voor kapitaalvennootschappen is in dit kader art. 2, vijfde lid, Wet Vpb 1969 van belang. In dit lid is bepaald dat kapitaalvennootschappen geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen (zie o.a. HR 13 maart 1957, nr. 13 085, BNB 1957/141). Op grond van deze bepaling komt men voor kapitaalvennootschappen niet toe aan de voor IB-ondernemingen geldende vermogensetiketteringsregels (zie paragraaf 3.2.3). Deze regels blijken daarentegen wel van belang te zijn bij de toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit komt uitgebreid aan de orde in de hoofdstukken 4 en 5.

Aan de jaarwinstbepaling bij uitoefening van een onderneming in de IB-vorm is in paragraaf 3.2.4 aandacht besteed. Hetgeen daar is besproken geldt ook voor de winstbepaling bij de vennootschap, tenzij daarvoor een uitzondering is

118. Uitgaande van het maximale Vpb-tarief van 25% (art. 22 Wet Vpb 1969) resteert 75% om aan dividend uit te keren. Onder de veronderstelling dat dit geheel wordt uitgekeerd, volgt ab-heffing tegen een tarief van 25% (art. 2.13 Wet IB 2001). Dit leidt tot een gecombineerde druk van 43,75%.

geformuleerd in art. 8 Wet Vpb 1969. Deze uitzonderingen zijn niet relevant voor dit onderzoek.

Ook voor de Wet Vpb 1969 geldt dat de totaalwinst nominalistisch moet worden bepaald. Dit nominalistische winstbegrip en de wijze van berekening van de reguliere jaarwinst hebben invloed op de belastingclaim bij overdracht van de onderneming uit de vennootschap. Dit is niet anders als bij de overdracht van een IB-onderneming. Verkoop van de onderneming leidt tot heffing van vennootschapsbelasting tegen een tarief van maximaal 25% over de in de onderneming begrepen stille reserves, fiscale reserves en goodwill (art. 22 Wet Vpb 1969). Dit wordt aangemerkt als reguliere jaarwinst. Heffing kan alleen worden voorkomen als gebruik kan worden gemaakt van de bedrijfsfusiefaciliteit (art. 14 Wet Vpb 1969), de afsplitsingsfaciliteit (art. 14a, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969) of van het fiscale eenheidsregime (art. 15 Wet Vpb 1969). Deze faciliteiten zijn in paragraaf 1.3 genoemd. Daar is beschreven dat deze faciliteiten niet nader worden uitgewerkt, omdat deze niet als specifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, maar veeleer als herstructureringsfaciliteiten in bredere context kunnen worden gezien. Bij een vervreemding van de onderneming blijft de IB-claim op de aandelen vooralsnog in stand. Deze claim openbaart zich pas als de aandelen worden vervreemd, c.q. de gerealiseerde meerwaarden als dividend worden uitgekeerd.

Hiervoor is aan de orde geweest de situatie dat de vennootschap haar onderneming vervreemdt. Een andere onder de vennootschapsbelasting vallende overdracht betreft die waarbij de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij verkoopt. Dit voordeel wordt niet belast als het belang in de werkmaatschappij op grond van art. 13 Wet Vpb 1969 kwalificeert als deelneming. Aangezien dit eerder regel dan uitzondering is, ontstaat een spanningsveld tussen de belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten al naar gelang sprake is van een holdingstructuur. Bij een direct belang in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven, wordt de ab-houder immers belast met inkomstenbelasting voor het behaalde vervreemdingsvoordeel (zie uitgebreider paragraaf 3.3.3). Hiermee dwingt de wetgever de belastingplichtige die zijn aandelen wil overdragen in feite tot het tijdig creëren van een holdingstructuur.¹¹⁹ Een holdingstructuur zorgt voor extra kosten. Hierbij kan worden gedacht aan de kosten voor het oprichten van een extra BV en kosten die moeten worden gemaakt om te voldoen aan de jaarlijkse verplichtingen die Boek 2, Titel 9 BW oplegt.¹²⁰ Het verschil in fiscale behandeling zou kunnen worden weggenomen door de faciliteiten voor natuurlijke personen die een direct belang hebben in de vennootschap die de onderneming drijft uit te

119. Ook de fiscale behandeling van dividenduitkeringen is afhankelijk van de gekozen structuur. Het is op voorhand niet te zeggen welke structuur te prefereren valt. Dit is afhankelijk van de aanwending van de vrijgekomen geldmiddelen. Aan dit aspect wordt in dit onderzoek geen aandacht besteed.

120. De kosten zijn wel lager geworden als gevolg van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Stb. 2012, 299).

breiden. Nu al zijn er doorschuiffaciliteiten bij overlijden en bij schenking (art. 4.17a-4.17c Wet IB 2001). Om meer gelijkheid te creëren tussen holdingsstructuren en structuren waarin een ab-houder een direct belang houdt in een vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven, zou het een optie zijn de doorschuiffaciliteit ook te laten gelden voor overdrachten tegen een zakelijke prijs.¹²¹ Het al dan niet creëren van nog een extra doorschuiffaciliteit kan evenwel niet op basis van een dergelijke vergelijking worden gemaakt maar moet in een breder verband worden beoordeeld. Dit gebeurt in paragraaf 4.2.4 waar de doorschuiffaciliteiten worden getoetst.

Het creëren van een holdingstructuur kan op verschillende manieren plaatsvinden, waarbij als uitgangspunt wordt genomen een natuurlijk persoon die een direct belang houdt in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven (werkmaatschappij). De eerste mogelijkheid betreft die waarbij de aandelen in de werkmaatschappij worden geruild tegen aandelen in de holdingvennootschap. Om de ab-heffing te voorkomen, kan gebruik worden gemaakt van de aandelenfusiefaciliteit (art. 4.41, eerste lid, Wet IB 2001 jo. art. 3.55 Wet IB 2001). De fusie wordt gefaciliteerd als geen sprake is van het in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Van het in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is in ieder geval sprake als er geen zakelijke overwegingen zijn voor de fusie. Bij afwezigheid van zakelijke overwegingen heeft de belastingplichtige evenwel nog de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat hij niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij het creëren van een holdingstructuur zal de aandelenfusiefaciliteit in ieder geval niet kunnen worden toegepast als op het moment van de aandelenfusie al vaststaat dat de aandelen in de werkmaatschappij worden verkocht. In art. 3.55 Wet IB 2001 is niet een tweede bewijsvermoeden opgenomen zoals dit wel het geval is bij de in art. 14 Wet Vpb 1969 opgenomen bedrijfsfusiefaciliteit en de in art. 14a Wet Vpb 1969 opgenomen afsplitsingsfaciliteit. Deze faciliteiten kunnen ook worden gebruikt om een holdingstructuur te creëren. Voor de twee laatstgenoemde faciliteiten geldt dat als de aandelen in de overdragende c.q. splitsende rechtspersoon dan wel een overnemende c.q. verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de bedrijfsfusie c.q. splitsing worden vervreemd aan een niet met één van deze rechtspersonen verbonden rechtspersoon zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Een vierde mogelijkheid om een holdingstructuur tot stand te brengen is via het fiscale eenheidsregime. Na het uitzakken van de onderneming geldt dat ten minste drie kalenderjaren moeten zijn verstrekken alvorens de overdrager, dan wel de overnemer uit de fiscale eenheid kan worden ontvoegd (art. 15ai, derde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969). Er zijn verschillen te onderkennen ten opzichte van de bedrijfsfusie- en afsplitsingsfaciliteit. Allereerst het verschil in de sanctieperiode. Onder het fiscale

121. Overigens wordt dan ook meer gelijkheid gecreëerd tussen ab-houders en personen die de onderneming in de IB-vorm drijven. De laatste groep heeft immers de mogelijkheid, onder voorwaarden, de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit toe te passen.

eenheidsregime betreft de sanctieperiode drie kalenderjaren, terwijl dit bij de andere twee faciliteiten drie boekjaren is. Vervolgens kent art. 15ai Wet Vpb 1969 een ander aanknopingspunt voor de sanctie. De sanctie volgt op het moment van ontvoeging en niet bij de overdracht van de aandelen. Dit kan uiteraard samenvallen maar dat hoeft geenszins het geval te zijn. Verder is het mogelijk om bij de bedrijfsfusie- en afsplitsingsfaciliteit tegenbewijs te leveren (art. 14a, vierde lid, Wet Vpb 1969 en art. 14a, zesde lid, Wet Vpb 1969). Dit is bij het fiscale eenheidsregime niet mogelijk. Op het gebied van de tegenprestatie zijn ook nog verschillen te onderkennen tussen het fiscale eenheidsregime en de fusie- en splitsingsbepalingen. De sanctieperiode van drie kalenderjaren geldt voor het fiscale eenheidsregime alleen als de overdracht van de onderneming geheel tegen uitreiking van aandelen heeft plaatsgevonden (anders is de sanctieperiode zes kalenderjaren). Voor de bedrijfsfusiefaciliteit geldt dat een creditering van 1% is toegestaan van hetgeen op de uitgereikte aandelen is gestort met een maximum van € 4.500.¹²² De afsplitsingsfaciliteit biedt een crediteringsruimte van 10% over het nominale bedrag van de toegekende aandelen.¹²³

Het in art. 13 Wet Vpb 1969 geldende 5%-criterium kan bij bedrijfsoverdrachten problemen opleveren. Waar tot 1 januari 2007 zogenoemde gelijkgestelde deelnemingen onder de deelnemingsvrijstelling vielen, is dit vanaf 1 januari 2007 niet meer het geval. Bij een gefaseerde overdracht waarbij het belang in de werkmaatschappij daalt onder de 5%, zou de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing zijn. Dit geldt ook voor een overnemende vennootschap waarbij het belang bij aankoop minder bedraagt dan 5% van het nominaal gestorte kapitaal van de vennootschap. Voor de eerste situatie is in het zestiende lid van art. 13 Wet Vpb 1969 een tijdelijke oplossing gegeven. Als het belang reeds meer dan een jaar wordt gehouden en in die periode kwalificeerde voor de deelnemingsvrijstelling, blijft de deelnemingsvrijstelling toch nog gedurende een periode van maximaal drie jaar van toepassing. De wetgever vindt dit een redelijke termijn. Na deze termijn moet compartimentering volgen.¹²⁴ Met het invoeren van een harde grens per 1 januari 2007 heeft de wetgever de keuze gemaakt voor een objectief criterium.¹²⁵ Voor de andere situatie waarbij de kopende vennootschap een belang krijgt van minder dan 5% in het nominaal gestorte kapitaal is geen verzachting geboden. Voor de geregeld voorkomende situatie waarbij de onderneming met toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling (art. 14 Wet Vpb 1969) wordt overgedragen aan een nieuw opgerichte vennootschap zijn de standaardvoorwaarden ex art. 14 Wet Vpb 1969¹²⁶ aangepast. Het betreft de situatie waarbij de overdrager als tegenprestatie voor de overgedragen onderneming cumulatief preferente aandelen krijgt uitgereikt. Aan de beoogde opvolger worden gewone aandelen

122. Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M, onderdeel 3.6.

123. Art. 2:334x, tweede lid, BW.

124. Tweede NvW, Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 12, blz. 14.

125. NV, Kamerstukken II 2006/07, 30 572, nr. 8, blz. 108-109.

126. Besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M.

uitgereikt. Op grond van de standaardvoorwaarden is het mogelijk de overdrager de onderneming te laten overdragen tegen een cumulatief preferent aandelenbelang met een relatief lage nominale waarde en een hoog agio. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de beoogde opvolger een belang van minder dan 5% krijgt in het nominaal gestorte kapitaal.

3.3.3 Heffing bij de ab-houder

3.3.3.1 Het begrip ab

In deze paragraaf staat centraal de heffing bij de aandeelhouder die zijn onderneming drijft in een kapitaalvennootschap. Met aandeelhouder wordt in dit onderzoek bedoeld de ab-houder. In het kader van een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is het allereerst van belang vast te stellen wie volgens de wet kwalificeert als ab-houder en op welke gronden daarvoor is gekozen. De in dit onderzoek te toetsen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor ab-houders hangen samen met diens status. Zo geldt als uitgangspunt voor art. 4.17a Wet IB 2001 dat de doorschuiffaciliteit kan worden toegepast indien de overdrager kwalificeert als ab-houder, tenzij sprake is van een meetrek ab¹²⁷ (art. 4.17a, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001).¹²⁸ Verder sluit ook de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting aan bij het in afdeling 4.3 Wet IB 2001 geformuleerde ab-begrip (zie art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956).¹²⁹ Ook daar geldt een uitzondering voor het meetrek ab.¹³⁰ In de hoofdstukken 4 en 5 wordt onderzocht of het een juiste keuze is geweest van de wetgever om voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aan te sluiten bij het in afdeling 4.3 Wet IB 2001 opgenomen ab-begrip.

De wetgever heeft er bij de wijziging van de ab-regeling op 1 januari 1997 voor gekozen aan te sluiten bij een 5%-criterium. Dit percentage heeft de in 1994 ingestelde Werkgroep fiscaaltechnische herziening IB/LB¹³¹ voorgesteld. De wetgever merkte daarbij op dat voor de deelnemingsvrijstelling in de Wet Vpb 1969 eenzelfde percentage wordt gehanteerd voor het onderscheid beleggen-ondernemen.¹³² De wetgever heeft nog een ander argument voor het gekozen percentage: *'In het algemeen geldt echter dat bij aandelenpakketten*

127. Zie paragraaf 4.2.4.3.d of deze uitsluiting doeltreffend is.

128. Preferente aandelen kwalificeren alleen indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan (art. 4.17a, derde lid, Wet IB 2001). Zie hiervoor paragraaf 4.2.4.3.d.

129. Preferente aandelen kwalificeren alleen indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan (art. 35c, vierde lid, SW 1956). Zie hiervoor paragraaf 5.3.5.4.d.

130. Zie paragraaf 5.3.5.4.b of deze uitsluiting doeltreffend is.

131. Op 21 december 1995 heeft de werkgroep de rapportage inzake een herzieningsvoorstel voor het inkomstenbelastingregime met betrekking tot inkomsten uit aandelen en winst uit ab, alsmede enkele voorstellen met betrekking tot de vermogensbelasting aangeboden. Het rapport ligt ter inzage bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

132. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 4 en 14.

van enige omvang een zodanige betrokkenheid bij de onderneming mag worden verondersteld, dat het subjectieve belang bij de onderneming als een mengvorm van ondernemen en beleggen kan worden beschouwd. In het voorgestelde regime wordt hiervoor de grens gelegd bij een belang van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal.¹³³ De keuze voor dit percentage ligt gevoelig omdat het verschil in fiscale behandeling tussen ondernemen en beleggen aanzienlijk is. Ondernemen via een IB-onderneming wordt belast naar het progressieve box 1-tarief (na toepassing van de MKB-winstvrijstelling) waar het ondernemen via een Vpb-onderneming uiteindelijk wordt belast tegen het gecumuleerde box 2- en vennootschapsbelastingtarief. Het betreft een heffing over de daadwerkelijk behaalde winsten, terwijl in box 3 sprake is van een heffing van 30% over het forfaitaire rendement. Indien uitsluitend box 2 wordt vergeleken met box 3 valt op dat de kapitaalcomponent op een totaal andere wijze wordt belast. De vergelijking met de IB-ondernemer ligt moeilijker omdat daar tegelijkertijd de arbeids- en risicocomponent in de heffing worden betrokken.

Naar mijn mening is een percentage van 5 om vast te stellen of een belastingplichtige een ab heeft in ieder geval te laag. Er kan toch moeilijk van ondernemen worden gesproken bij een belang van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal. Nu is in feite elke grens arbitrair. Het is immers van belang met welke intentie aandelen worden gehouden. Deze intentie achterhalen is welhaast onmogelijk, hetgeen toch weer pleit voor een objectief criterium. Louter bezien vanuit de positie van box 2 zou het mijn voorkeur hebben als het ab-criterium wordt opgetrokken naar minimaal 20%.¹³⁴ Indien de wetgever het inkomen uit sparen en beleggen blijft belasten zoals dat gebeurt onder de huidige systematiek (box 3), ligt de haalbaarheid van een 20%-criterium of hoger niet voor de hand.¹³⁵ Als de aandelen tot de rendementsgrondslag van box 3 worden gerekend, hoeft bij vervreemding het vervreemdingsvoordeel in box 2 niet in aanmerking te worden genomen. Ook vinden de gebruikelijkloonregeling (art. 12a Wet LB 1964) en de terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.92 Wet IB 2001) geen toepassing. Daarentegen kan heffing in box 3 minder aantrekkelijk zijn omdat ieder jaar over de waarde van de aandelen 1,2% aan inkomstenbelasting is verschuldigd. De staatssecretaris merkt daarbij nog op dat een minderheidsaandeelhouder zo de keuze wordt geboden de aandelen

133. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 5.

134. Zie ook Heithuis (1999), blz. 475-476. Hij zoekt naar aanknopingspunten bij de moeder-dochterrichtlijn en het al dan niet aanwezig zijn van een deelneming volgens Boek 2 BW. Inmiddels geldt evenwel voor de moeder-dochterrichtlijn dat een belang van 10% in het kapitaal al voldoende is. Van den Dool (2009b) wil aansluiten bij een economisch belang in gezinsverband van ten minste een derde van het geplaatste aandelenkapitaal (blz. 194-198).

135. In de Notitie fiscale positie directeur-groootaandeelhouder is ingegaan op de mogelijkheden om de definities van de begrippen dga en ab-houder te uniformeren (paragraaf 4.1). Onderzocht is of aansluiting bij het begrip dga in de werknemersverzekeringen of bij het begrip dga in de Pensioenwet wenselijk zou zijn. Uiteindelijk werd geconcludeerd dat aansluiting bij het huidige fiscale begrip wenselijk is (Ministerie van Financiën (2009)).

via privé in box 3 te houden dan wel zijn belang in te brengen in een holdingvennootschap waarin hij 100% van de aandelen houdt. Dit zou leiden tot een belastingderving.¹³⁶ Daar heeft de staatssecretaris gelijk in, maar er wordt nu alleen in de analyse meegenomen wat er gebeurt als het 5%-criterium uit box 2 wordt verhoogd. Naar mijn mening zou evenwel ook in de overwegingen moeten worden betrokken of de uitgangspunten voor de heffing in box 3 anders moeten worden. Het gaat de probleemstelling van dit onderzoek evenwel te buiten om te onderzoeken welk ab-criterium zou moeten gelden voor afdeling 4.3 Wet IB 2001. Ik beschouw het in genoemde afdeling opgenomen 5%-criterium ter bepaling van de vraag of een belastingplichtige een ab heeft voor dit onderzoek dan ook als gegeven. Voor dit onderzoek is wel relevant de vraag welk belang een belastingplichtige dient te hebben om toegang te krijgen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 wordt dit uitgewerkt.

Hiervoor werd een onderscheid gemaakt tussen een aandeelhouder-ondernemer en een aandeelhouder-belegger. Veelvuldig wordt ook de positie van de ab-houder vergeleken met die van een persoon die zijn onderneming drijft in de IB-vorm. Met de subjectivering van het ab-regime vanaf 1 januari 1997 is een dergelijke vergelijking zeker op haar plaats. Het is echter nagenoeg onmogelijk om een percentage te vinden dat de verhoudingen goed weergeeft. De groep IB-ondernemingen is immers zeer divers. Degene die een eenmanszaak drijft heeft het volledige belang bij de onderneming terwijl een participant in een personenvennootschap een subjectieve onderneming heeft overeenkomend met zijn aandeel in de personenvennootschap. Een aandeel van 5% in de winst van een personenvennootschap kan voor een participant voldoende zijn om van een (subjectieve) onderneming te spreken.¹³⁷ Hier is een vergelijking met een ab-houder op haar plaats. Indien een aandeelhouder met een 5%-belang in een kapitaalvennootschap niet als ondernemer kan worden gezien, kan de positie van een firmant met een soortgelijk aandeel in een personenvennootschap niet onbesproken blijven. Toch zijn er wel de nodige verschillen te onderkennen tussen een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap en een firmant in een personenvennootschap. Zo geldt voor personenvennootschappen dat de zeggenschap contractueel geregeld wordt, waardoor de zeggenschap niet hoeft aan te sluiten bij het aandeel dat deze firmant heeft in de personenvennootschap. Bij kapitaalvennootschappen is de flexibiliteit minder. De zeggenschap is gekoppeld aan de aandelen. Er kan wel worden gewerkt met stemrechtloze aandelen of certificaten van aandelen. Een belangrijker onderscheid vind ik dat een firmant in een VOF¹³⁸ hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap, terwijl een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap in principe persoonlijk niet aansprakelijk

136. Ministerie van Financiën (2009), paragraaf 4.1.

137. Zelfs een kleiner aandeel kan nog tot ondernemerschap leiden, mits wordt voldaan aan de in art. 3.4 Wet IB 2001 gestelde eisen.

138. Dit geldt ook voor een beherend vennoot in een CV.

is voor schulden van de vennootschap.¹³⁹ Voor een maatschap geldt dat iedere maat voor een evenredig deel aansprakelijk is voor schulden van de maatschap. Dat is minder vergaand dan hoofdelijke aansprakelijkheid, maar de maat in een maatschap loopt nog wel meer risico op het gebied van aansprakelijkheid dan een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat een firmant in een personenvennootschap kan worden gezien als ondernemer indien hij voor zijn rekening een onderneming drijft en hij rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming (art. 3.4 Wet IB 2001).

Mijn conclusie is dat een natuurlijk persoon met een 5%-belang in een kapitaalvennootschap niet als 'ondernemer' kan worden gezien. In de hoofdstukken 4, 5 en 6 wordt onderzocht of dit uitgangspunt moet gelden als het gaat om het recht op toegang tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Hierna wordt het in art. 4.6 Wet IB 2001 opgenomen ab-begrip uitgewerkt voor zover relevant voor dit onderzoek. De belastingplichtige moet al dan niet tezamen met zijn partner voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal¹⁴⁰ aandeelhouder zijn in een kapitaalvennootschap. Partners zijn allereerst echtgenoten en ongehuwde meerderjarige personen die een notarieel samenlevingscontract hebben gesloten en op hetzelfde woonadres staan ingeschreven (art. 5a, eerste lid, AWR).¹⁴¹ Op grond van art. 1.2 Wet IB 2001 zijn partners mede ongehuwde personen die op hetzelfde woonadres staan ingeschreven en daarnaast voldoen aan één van de in art. 1.2, eerste lid, Wet IB 2001 genoemde situaties. Als aandelen tot een huwelijksgemeenschap behoren zijn beide echtgenoten ieder voor de onverdeelde helft ab-houder.¹⁴² Het is daarbij niet relevant of de echtgenoot in het bezit is van aandelen. Dit is opmerkelijk als de vergelijking wordt gemaakt met iemand die in de IB-vorm een onderneming drijft. Dan geldt immers de eis dat de onderneming voor diens rekening moet worden gedreven (zie paragraaf 3.2.2.3). Voor partners die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd geldt wel dat men in ieder geval één aandeel moet bezitten om als ab-houder te kunnen kwalificeren.^{143, 144}

139. Ook een commanditair vennoot in een CV is slechts aansprakelijk tot het bedrag van zijn inbreng. Deze commanditaire vennoot wordt in de Wet IB 2001 niet als ondernemer aangemerkt. Hij kwalificeert als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001).

140. Met ingang van 1 januari 1997 is bewust gekozen voor het geplaatst kapitaal als maatstaf. Het nominaal gestorte kapitaal bood te veel mogelijkheden tot manipulatie.

141. Een geregistreerd partnerschap wordt gelijkgesteld met een huwelijk (art. 2, zesde lid, AWR).

142. Zie o.a. HR 21 april 1971, nr. 28 322, BNB 1971/158 en HR 10 maart 2006, nr. 38 044, BNB 2007/15.

143. Dit geldt evenzo voor ongehuwde personen die op grond van art. 5a AWR dan wel op grond van art. 1.2 Wet IB 2001 als partner kwalificeren.

144. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 46 en Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 4.6. Ook Rijkers/Van Dijck (2000), blz. 72 en Heithuis (1999), blz. 140 zijn deze mening toegedaan. Dit neemt niet weg dat Heithuis in het geval van periodieke of finale verrekenbedingen een meer economische benadering wenselijk acht.

Voor het zijn van aandeelhouder is bepalend wie het economische belang heeft bij de aandelen.¹⁴⁵ Bij bedrijfsoverdrachten komt dit aspect aan de orde als de aandelen worden gecertificeerd. Certificaathouders hebben het economisch belang bij de aandelen en kwalificeren derhalve als ab-houder indien zij voldoen aan het 5%-criterium.

In het kader van bedrijfsoverdrachten wordt regelmatig gebruikgemaakt van verschillende soorten aandelen, zoals (cumulatief) preferente aandelen en letteraandelen. Deze aandelen kunnen worden aangemerkt als soortaandelen. Er is sprake van soort aandelen als de aan de aandelen verbonden rechten niet identiek zijn.¹⁴⁶ ¹⁴⁷ Indien een belastingplichtige op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 ten aanzien van zijn gehele aandelenpakket in een BV geen ab heeft, kan hij dus toch een ab hebben als hij voor ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is of daartoe een koopoptie heeft.¹⁴⁸ Indien als voorbereiding op een bedrijfsoverdracht gewone aandelen worden omgezet in (cumulatief) preferente aandelen kan de omzetting worden aangemerkt als vervreemding. Onder nader te stellen voorwaarden kan de omzetting evenwel geruisloos plaatsvinden. Deze problematiek komt hierna, waar het 'inkomen uit ab' wordt besproken, aan de orde.

Ook voor de ab-regeling speelt de vraag welke gevolgen verbonden zijn aan de wijzigingen van het huwelijksvermogensrecht per 1 januari 2012. Met ingang van 1 januari 2012 bevat art. 1:87 BW een regeling voor vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten.¹⁴⁹ Naar mijn mening is de conclusie gelijk aan die in paragraaf 3.2.3. Er zijn geen fiscale gevolgen verbonden aan het ontstaan van een vergoedingsvordering.¹⁵⁰ ¹⁵¹ Inmiddels heeft de staatssecretaris van Financiën aangegeven dat geen overgang of verkrijging van een fiscaal

145. Zie o.a. HR 18 december 1991, nr. 27 423, BNB 1992/112 ten aanzien van het aandeel van een stroman.

146. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 43-44.

147. In HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 is bepaald dat sprake is van een soort ab *'niet alleen indien sprake is van een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap'*.

148. In art. 4.7, tweede lid, Wet IB 2001 is een uitzondering op het voorgaande gemaakt. Aandelen die zich slechts onderscheiden doordat aan die aandelen een benoemingsrecht, het recht de naam van de vennootschap te mogen bepalen of een met die rechten vergelijkbaar recht is verbonden worden niet als afzonderlijke soort aangemerkt. Dit geldt ook als ter zake van die aandelen slechts een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt.

149. Zie uitgebreid de bijdrage van Van Mourik (2012) over het per 1 januari 2012 vernieuwde huwelijksvermogensrecht.

150. Bovendien zou dan de in art. 4.17 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid kunnen worden toegepast.

151. Zie ook Koorman (2013) en Albert (2012b). Anders Hoogwout (2012b), Gubbels (2012) en NDFR, deel Inkomstenbelasting, aant. 1.3 bij art. 4.17 Wet IB 2001.

relevant belang bij het (onderliggende) goed zelf wordt aangenomen bij een plicht tot, respectievelijk recht op, vergoeding als bedoeld in art. 1:87 BW.¹⁵²

Naast de hiervoor onder het ab vallende situaties kunnen zich in het kader van bedrijfsoverdrachten nog andere situaties voordoen die het ab raken. Indien als voorbereiding op een bedrijfsoverdracht een persoon een koopoptie neemt op ten minste 5% van het geplaatste kapitaal kwalificeert deze persoon meteen als ab-houder.

Ook de in art. 4.10 Wet IB 2001 opgenomen meetrekregeling kan bij bedrijfsoverdrachten een rol spelen. Na een bedrijfsoverdracht kan het voorkomen dat de overdrager een belang houdt van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal en diens bloed- of aanverwant in de rechte lijn wel een ab heeft in dezelfde vennootschap. De overdrager krijgt dan op grond van de meetrekregeling een meetrek ab. Dit is anders als de overdrager het belang in de vennootschap indirect houdt. Bijvoorbeeld in de situatie dat een ouder indirect via zijn holdingvennootschap nog 4% van de aandelen heeft in de werkmaatschappij en een kind de overige 96% van de aandelen in de werkmaatschappij bezit. In art. 4.10 Wet IB 2001 wordt immers niet gesproken over het direct of indirect houden van de aandelen zoals dat bijvoorbeeld wel het geval is in art. 4.6 Wet IB 2001. Anders is het als een ouder het belang in de werkmaatschappij direct houdt en een kind via een holdingvennootschap. Dan heeft de ouder wel een ab op grond van art. 4.10 Wet IB 2001.

Binnen de bedrijfsopvolgingsproblematiek kan ook art. 4.11 Wet IB 2001 een rol spelen. Indien na een geruisloze doorschuiving aandelen niet op basis van de voorgaande artikelen tot een ab kunnen worden gerekend, kwalificeren de aandelen toch op basis van art. 4.11 Wet IB 2001 (fictief ab). Hiermee wordt voorkomen dat een heffingsvacuüm ontstaat na een geruisloze doorschuiving. Als voorbeeld kan dienen de situatie dat ab-aandelen bij overlijden geruisloos worden doorgeschoven naar erfgenamen voor wie de aandelen niet zelfstandig tot een ab-positie leiden. Art. 4.11 Wet IB 2001 zorgt ervoor dat deze erfgenamen toch ab-houder worden. De erfgenamen kunnen op verzoek afrekenen waarna de aandelen tot de rendementsgrondslag van box 3 worden gerekend (art. 4.16, derde lid, Wet IB 2001).

3.3.3.2 *Inkomen uit ab*

In art. 4.12 Wet IB 2001 is bepaald wat onder het 'inkomen uit ab' wordt begrepen. Hiertoe behoren zowel de reguliere voordelen als de vervreemdingsvoordelen. In dit onderzoek zijn vooral de vervreemdingsvoordelen relevant. De verkoop of schenking van ab-aandelen in het kader van een

152. Besluit van 7 maart 2013, nr. BLKB 2013/233M. Het betreft hier ook vergoedingen als bedoeld in art. 1:95 en 1:96 BW waarvan het beloop overeenkomstig art. 1:87 BW wordt bepaald. De goedkeuring is overigens alleen van toepassing als beide echtgenoten hetzelfde standpunt innemen en dus beiden ervan uitgaan dat voor de inkomstenbelasting geen fiscaal relevant belang overgaat.

bedrijfsoverdracht leidt tot het in aanmerking nemen van een vervreemdingsvoordeel. Ook als een bedrijfsoverdracht voortvloeit uit een overlijdenssituatie, leidt dit tot het in aanmerking nemen van een vervreemdingsvoordeel. Voor sommige bedrijfsopvolgingssituaties heeft de wetgever fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de wet opgenomen. Deze faciliteiten worden in hoofdstuk 4 geanalyseerd waar ook de toetsing van deze regelingen plaatsvindt.

Ondanks dat het bij een bedrijfsoverdracht gaat om de vervreemdingsvoordelen, is toch ook de belastingheffing over reguliere voordelen van belang. Reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen kunnen als communicerende vaten worden gezien. Een heffing over reguliere voordelen leidt uiteindelijk tot een lagere belastingclaim bij overdracht. Opmerkelijk is dat het bij de reguliere voordelen gaat om de voordelen die worden 'getrokken uit' aandelen. Dit ademt nog steeds de sfeer van het objectieve systeem uit zoals dat gold onder de Wet IB 1964, terwijl het uitgangspunt toch is de ab-houder te belasten voor het subjectief genoten voordeel. In dit kader is wel eens geopperd om het onderscheid tussen reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen te laten vervallen. Heithuis oppert aan te sluiten bij het object van de ondernemingswinst.¹⁵³ Te belasten valt dan het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden behaald met een ab. Het probleem van het meegekocht dividend dat immers gelijk als regulier voordeel wordt belast en niet wordt afgeboekt op de verkrijgingsprijs, zou daarmee gelijk zijn opgelost.¹⁵⁴ In de winstsfeer mag het meegekochte dividend op de kostprijs van de aandelen in mindering worden gebracht. Aldus wordt de ab-houder onder de huidige wetgeving met een liquiditeitsnadeel geconfronteerd ten opzichte van een regeling waarbij een deel van de aankoopprijs van het aandeel aan het dividend wordt toegerekend. De ab-houder is immers op een eerder moment belasting verschuldigd. Dit leidt evenwel tot een lagere belastingclaim in de toekomst.

Ook zou het verschil in fiscale behandeling tussen een onder voorwaarden onbelaste teruggaaf op gestort kapitaal (art. 4.13, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001) en een als fictieve vervreemding belaste inkoop van aandelen worden opgeheven (art. 4.16, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001).

De terugbetaling van aandelenkapitaal en de inkoop van aandelen zijn mogelijkheden om tot een afronding van een bedrijfsoverdracht te komen. Ook kunnen beide vormen worden gebruikt om de aandelen in de over te dragen vennootschap lichter te maken. Het onderscheid in fiscale behandeling laat zich vanuit een subjectief systeem moeilijk verklaren als de aandelen van een enig aandeelhouder a pari worden ingekocht. Op grond van art. 4.22 Wet IB

153. Heithuis (2006).

154. Met ingang van 1 januari 2010 is een tegemoetkoming geboden in het geval reguliere voordelen worden genoten uit aandelen die krachtens erfrecht zijn verkregen en waarover door de erflater bij overlijden is afgerekend (art. 4.12a Wet IB 2001). Dit betreft geen meegekocht dividend, maar kan daar wel mee worden vergeleken.

2001 wordt voor de overdrachtprijs aangesloten bij de waarde in het economische verkeer. De aandeelhouder wordt belast voor een voordeel dat hij niet realiseert (er verschuiven ook geen winstrechten naar anderen). Heffing vindt aldus eerder plaats dan in de situatie dat aandelenkapitaal wordt terugbetaald. Dan wordt pas inkomstenbelasting geheven als het bedrag van de teruggaaf de verkrijgingsprijs overtreft. Het betreft overigens tijdelijke verschillen. In art. 4.33 Wet IB 2001 is bepaald dat een onbelaste teruggaaf van aandelenkapitaal leidt tot een vermindering van de verkrijgingsprijs. Dit neemt niet weg dat de terugbetaling van aandelenkapitaal een liquiditeitsvoordeel kan opleveren ten opzichte van de inkoop van aandelen. Bij een bedrijfsoverdracht kan de belastingclaim na een eerdere inkoop van aandelen kleiner zijn dan in de situatie dat in het verleden aandelenkapitaal is terugbetaald.

Bij bedrijfsoverdrachten zal veelal sprake zijn van een vervreemding van de aandelen. Een vervreemding leidt op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 tot het in aanmerking nemen van een vervreemdingsvoordeel. In de Wet IB 2001 wordt geen definitie van het begrip 'vervreemding' gegeven. In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet IB 2001 is aangegeven dat het vervreemdingsbegrip voor een belangrijk deel is gevormd in de rechtspraak en dat deze rechtspraak zijn belang zou behouden.¹⁵⁵ In een arrest gewezen onder het Besluit IB 1941 heeft de HR het begrip 'vervreemding' als volgt geformuleerd: *'(...) elke rechtshandeling, waardoor de eigenaar van aandelen of winstbewijzen van een vennootschap als in de vermelde bepaling bedoeld, waarin hij een ab heeft, die aandelen of winstbewijzen uit zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan.'* (HR 10 februari 1960, nr. 14 162, BNB 1960/123). In een later arrest wordt gesproken over het overgaan op een ander van de in aandelen besloten liggende rechten (HR 9 februari 1994, nr. 28 787, BNB 1994/231).

Van een vervreemding is geen sprake bij een ruil van aandelen indien de bij de ruil verkregen aandelen economisch dezelfde plaats innemen als de vervreemde aandelen. Dan kan geen sprake zijn van winstrealisatie. Bij inbreng van een ab in een houdstermaatschappij tegen uitgifte van aandelen in die houdstermaatschappij (creëren van een holdingstructuur) verandert daarentegen wel de economische betekenis van de ingebrachte aandelen en is om die reden wel sprake van een vervreemding (HR 28 juni 1989, nr. 25 464, BNB 1990/147). Als voorbereiding op een bedrijfsoverdracht doet deze figuur zich veelvuldig voor. Indien de aandelen in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven direct worden gehouden, leidt de verkoop van dit belang direct tot heffing van inkomstenbelasting. Dit in tegenstelling tot de situatie waarbij de aandelen in de werkmaatschappij door een holdingvennootschap worden gehouden. Als de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij vervreemdt, heeft dit geen gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting.¹⁵⁶ Er rust nog wel een ab-claim op het aandelenbelang in

155. NV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 504-505.

156. Indien sprake is van een deelneming leidt de verkoop ook niet tot heffing van vennootschapsbelasting (art. 13 Wet Vpb 1969).

de holdingvennootschap. Om een holdingstructuur zonder belastingheffing tot stand te brengen, kan worden gekozen uit een aantal fiscale faciliteiten. Voor een beschrijving van de faciliteiten wordt verwezen naar paragraaf 3.3.2.

Als voorbereiding op een bedrijfsoverdracht kunnen aandelen worden omgevormd in letteraandelen dan wel in (cumulatief) preferente aandelen. Op een later tijdstip worden de omgevormde aandelen aan de opvolger overgedragen.¹⁵⁷ De vraag is of de omvorming moet worden gekwalificeerd als vervreemding. Alsdan wordt, zonder dat beroep kan worden gedaan op fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, bij omvorming al belasting geheven. Dit leidt tot een lagere belastingclaim bij de latere overdracht. Op grond van de in de vorige alinea behandelde jurisprudentie zou om van een vervreemding te kunnen spreken, sprake moeten zijn van het overgaan op een ander van de in de aandelen besloten liggende rechten. Daarvan is geen sprake als bijvoorbeeld in het kader van een toekomstige bedrijfsoverdracht de gewone aandelen van een belastingplichtige worden omgezet in cumulatief preferente aandelen waarbij nieuwe aandelen worden uitgegeven aan een andere belastingplichtige. Dit sluit ook aan bij het gesubjectieerde ab-regime. De ab-houder zou alleen belast moeten worden voor voordelen die hij daadwerkelijk geniet. De staatssecretaris is evenwel een andere mening toegedaan.¹⁵⁸ Hij hanteert het uitgangspunt dat de economische betekenis van de aandelen vóór en ná de omzetting hetzelfde moet zijn. De beoordeling moet plaatsvinden vanuit de aandelen, niet vanuit de aandeelhouder. Dit laatste is, uitgaande van een subjectief systeem voor de ab-houder, naar mijn oordeel niet juist.¹⁵⁹ Ook verwijst de staatssecretaris naar mijn mening ter onderbouwing van zijn standpunt ten onrechte naar art. 4.22, tweede lid, Wet IB 2001. Dit artikellid is immers alleen aan de orde als is vastgesteld dat sprake is van een vervreemding.

Een benadering vanuit de aandelen brengt de staatssecretaris er uiteindelijk toe een omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen alleen dan niet als vervreemding aan te merken als wordt voldaan aan de in het besluit genoemde voorwaarden. Dit geldt evenzo voor een verlettering van aandelen. In essentie komt het erop neer dat de aan de aandelen verbonden aanspraken op het vermogen van de vennootschap na de omzetting volledig worden behouden en dat de aandelen na de omzetting recht geven op een – in verhouding tot de andere aandelen – zakelijke aanspraak op in de toekomst door de vennootschap te behalen winsten.

Naast de 'normale' vervreemdingen waar art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 op ziet, heeft de wetgever voor een aantal situaties zeker willen stellen, ook als dat al mogelijk was op grond van de jurisprudentie, dat die als vervreemding

157. Een inkoop van genoemde aandelen of een terugbetaling daarop behoort ook tot de mogelijkheden.

158. Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 4.4.

159. Zie ook Heithuis, Kavelaars en Schuiver (2013), blz. 613-614. Zij refereren ter onderbouwing van dit standpunt nog aan HR 2 juni 2006, nr. 41 552, V-N 2006/35.16.

worden aangemerkt.¹⁶⁰ Hierna worden alleen de fictieve vervreemdingen besproken die in het kader van dit onderzoek van belang zijn. Onder het eerste lid, onderdeel a van art. 4.16 Wet IB 2001 is de al eerdergenoemde inkoop van aandelen opgenomen.

Indien een ab-houder komt te overlijden, wordt op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 een fictieve vervreemding aangenomen. In dit artikellid wordt de overgang onder algemene titel alsmede de overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel als fictieve vervreemding aangemerkt. Deze fictieve vervreemding wordt op verzoek door de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit weer teruggenomen als wordt voldaan aan de in genoemd artikel opgenomen voorwaarden. Voor deze doorschuiffaciliteit wordt verwezen naar paragraaf 4.2.4.3. Een verdeling van de nalatenschap waarbij wordt afgeweken van ieders gerechtigdheid tot de erfrechtelijke verkrijging leidt evenwel tot een vervreemding op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 (HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80).¹⁶¹ Hiervoor geldt de in art. 4.17b Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit, mits de verdeling van de nalatenschap plaatsvindt binnen twee jaren na het overlijden van de erflater (zie voor deze doorschuiffaciliteit paragraaf 4.2.4.4). Onder de in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 opgenomen bepaling betreffende de overgang onder algemene titel valt ook de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Daaronder valt niet, zoals ook bij de verdeling van de nalatenschap aan de orde was, de verdeling van een huwelijksgemeenschap (HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80). Ook deze vervreemding valt onder art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001.¹⁶² Een doorschuifbepaling voor de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en

160. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 47.

161. Zie anders Ganzeveld en Hoeve (2010). Indien evenwel de verdeling als overgang onder algemene titel moet worden gezien, zoals zij beweren, zou bij doorschuiving art. 4.17a Wet IB 2001 naar de letter van de wet van toepassing moeten zijn. Art. 4.17b Wet IB 2001 is dan overbodig. Dit kan in ieder geval niet de bedoeling zijn van de wetgever. Ganzeveld en Hoeve merken in het artikel evenwel terecht op dat het niet van toepassing zijn van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 op een verdeling waarbij wordt toegedeeld aan een buitenlandse erfgenaam ertoe leidt dat aan de erflater geen conserverende aanslag kon worden opgelegd. Dit is vanaf 1 januari 2010 anders. Art. 2.8, zesde lid, Wet IB 2001 geeft wel de mogelijkheid tot het opleggen van een conserverende aanslag bij de verdeling van een nalatenschap.

162. Zie anders Ganzeveld en Hoeve (2010). Indien evenwel de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap onder art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 zou vallen, zou bij doorschuiving art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing kunnen zijn. In art. 4.17 Wet IB 2001 is evenwel specifiek een doorschuifmogelijkheid opgenomen voor de situatie dat een huwelijksgemeenschap wordt ontbonden. Deze bepaling is overigens vanaf 1 januari 2011 beperkt tot de ontbinding van een huwelijksgemeenschap bij leven. Ook hier speelt de vraag of een conserverende aanslag kan worden opgelegd indien het aandeel van de langstlevende echtgenoot wordt toegedeeld aan de nalatenschap waartoe een buitenlandse erfgenaam gerechtigd is. Er kan dan geen gebruik worden gemaakt van de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid. Een conserverende aanslag voor de langstlevende echtgenoot lijkt niet tot de mogelijkheden te behoren, omdat de vervreemding wordt gelijkgesteld met een overgang krachtens erfrecht en niet met een overgang krachtens erfrecht onder algemene titel. Dit wordt wel geëist in art. 2.8, vijfde lid, Wet IB 2001.

verdeling van een huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden is opgenomen in art. 4.17 Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.4.2). Indien sprake is van de verdeling van de huwelijksgemeenschap als gevolg van overlijden waarbij de aandelen voor meer dan 50% worden toebedeeld aan de nalatenschap, is art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 van toepassing. Hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 4.2.4.3.a.

De laatste voor dit onderzoek relevante fictieve vervreemding is het betaalbaar stellen van liquidatie-uitkeringen (art. 4.16, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001). Een liquidatie van de BV kan zowel tot heffing van inkomstenbelasting als tot heffing van vennootschapsbelasting leiden. Voor de berekening van het vervreemdingsvoordeel voor de inkomstenbelasting moet worden uitgegaan van de in art. 4.34 Wet IB 2001 opgenomen saldomethode. Bij liquidatie van de werkmaatschappij in een holdingstructuur mag op grond van art. 13d Wet Vpb 1969 rekening worden gehouden met een liquidatieverlies.

De omvang van de vervreemdingsvoordelen wordt bepaald aan de hand van art. 4.19 Wet IB 2001. In dit artikel is bepaald dat de vervreemdingsvoordelen worden gesteld op de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs. Art. 4.22 Wet IB 2001 bepaalt evenwel dat voor de overdrachtprijs de waarde in het economische verkeer in de plaats komt indien een tegenprestatie ontbreekt of is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst. Indien aandelen worden geschonken in het kader van een bedrijfsoverdracht staat onomstotelijk vast dat voor de berekening van het vervreemdingsvoordeel wordt uitgegaan van de waarde in het economische verkeer. Bij een onzakelijke prijs volgt ook een correctie. De bewijslast dat sprake is van een onzakelijke prijs ligt bij de inspecteur. Art. 4.22 Wet IB 2001 geldt overigens ook bij een onzakelijke verkrijgingsprijs.

Als bij een aandelenoverdracht wordt overeengekomen dat de overdrachtprijs in termijnen wordt betaald en de omvang of het aantal van de termijnen nog niet vaststaat, moet een geschatte overdrachtprijs in aanmerking worden genomen (art. 4.28 Wet IB 2001). Bij wijziging van de overdrachtprijs op een later moment wordt het verschil met de oorspronkelijke overdrachtprijs alsnog in box 2 in aanmerking genomen (art. 4.29 Wet IB 2001).

3.4 **De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht op grond van de SW 1956**

3.4.1 *Inleiding*

In de afbakening van het onderzoek is aangegeven dat centraal staan de belastingen die naar draagkracht worden geheven bij een bedrijfsoverdracht.¹⁶³ Ook de erf- en schenkbelasting kunnen worden getypeerd als een

163. Zie paragraaf 1.5.

heffing naar draagkracht.¹⁶⁴ De verkrijger wordt belast voor de draagkrachtvermeerdering die hem toekomt door het overlijden van iemand of door een aan hem gedane schenking. Naast het draagkrachtbeginsel als rechtsgrond voor de erf- en schenkbelasting wordt ook het beginsel van de bevoorrechte verkrijging genoemd.¹⁶⁵ Belastingheffing is legitiem omdat iemand iets verkrijgt zonder dat hij daarvoor iets hoeft te doen.¹⁶⁶ Op grond van art. 1 SW 1956 wordt in de heffing betrokken de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen. Dit betekent dat bij een bedrijfsoverdracht, naast de heffing van inkomsten- en/of vennootschapsbelasting, ook erf- en schenkbelasting aan de orde kan komen. Door de werking van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kan het voordelig zijn te wachten met de bedrijfsoverdracht tot het moment van overlijden. Het schenken van de onderneming bij leven, waar ook fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor gelden, is immers niet voor iedereen weggelegd. Dat belastingplichtigen wachten met overdragen van de onderneming tot fiscale faciliteiten kunnen worden benut is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt doorgaans onverstandig.

In deze paragraaf wordt de belastingclaim bij vererving of schenking van ondernemingsvermogen geanalyseerd. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beogen immers de belastingclaim te verzachten. Daartoe wordt in paragraaf 3.4.2 eerst ingegaan op het subject van heffing, waarna in paragraaf 3.4.3 het object van heffing volgt. In paragraaf 3.4.4 komt specifiek de waardering van ondernemingsvermogen aan de orde. Ten slotte wordt in paragraaf 3.4.5 aandacht besteed aan de tarieven en de voor bedrijfsoverdrachten van belang zijnde vrijstellingen. De hoogte van de tarieven en de hoogte van de vrijstellingen bepalen mede de noodzaak voor een bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Met vrijstellingen worden bedoeld de in art. 32 SW 1956 opgenomen vrijstellingen en dus nadrukkelijk niet de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, die ook als vrijstelling werkt. Deze bedrijfsopvolgingsfaciliteit die in de SW 1956 en IW 1990 is opgenomen, moet de belastingclaim mitigeren. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt in hoofdstuk 5 geanalyseerd en getoetst.

3.4.2 *Subject van heffing*

In dit onderzoek is van belang wie moet worden belast met erf- en schenkbelasting als een onderneming wordt overgedragen door overlijden of door schenking. In deze paragraaf wordt eerst ingegaan op de oudste van de twee belastingen, de erfbelasting. Daarna wordt het subject van heffing voor de

164. MvT, Kamerstukken II 1979/80, 16 016, nr. 3, blz. 17 en MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 2. Zie o.a. ook Kavelaars (2011), Hoogeveen (2011), blz. 279, Van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht S&E*, 0.0.4, Rijkers (2009) en Van Vijfeijken (2008a).

165. Zie o.a. Kavelaars (2011) en Zwemmer (2001), blz. 11-14.

166. Als belangrijkste rechtsgronden hebben derhalve te gelden het draagkrachtbeginsel en het beginsel van de bevoorrechte verkrijging. De rechtsgrond voor de schenk- en erfbelasting wordt in dit onderzoek als gegeven beschouwd. Zie voor een overzicht omtrent de rechtsgrond Schuttevâer en Zwemmer (1998), blz. 59-62.

schenkelasting besproken in zoverre er verschillen bestaan met de erfbelasting.

De heffing sluit op grond van art. 36 SW 1956 aan bij de verkrijger, hetgeen overigens ook blijkt uit art. 1 SW 1956 waar gesproken wordt over hetgeen wordt verkregen. Het is daarbij niet van belang waar de verkrijger woont. Dit vloeit voort uit art. 1 SW 1956 waarin is bepaald dat de woonplaats van de erflater ten tijde van het overlijden bepalend is.¹⁶⁷ De erflater moet ten tijde van het overlijden binnen Nederland hebben gewoond. Bij een belasting die is gericht op het belasten van de verkrijger, zou men verwachten dat wordt aangesloten bij de woonplaats van de verkrijger.¹⁶⁸ Van Vijfeijken is een groot voorstander om de woonplaats van de verkrijger bepalend te laten zijn.¹⁶⁹ Zij beargumenteert dit op basis van het draagkrachtbeginsel. Het zou onbegrijpelijk zijn als een in Nederland wonende verkrijger niet wordt belast omdat de erflater in het buitenland woont.¹⁷⁰ Naar mijn mening gaat dit niet altijd op. Als de desbetreffende fiscale wetgeving in het buitenland ook aansluit bij de woonplaats van de erflater, wordt de in Nederland wonende verkrijger wel degelijk belast. Heffing over zijn draagkrachtvermeerdering vindt dan alleen in het buitenland plaats. Dit laat onverlet dat Nederland niet kan heffen als in Nederland wonende verkrijgers een in Nederland gevestigde onderneming verkrijgen van een in het buitenland wonende erflater.¹⁷¹ Het gaat er dan echter niet om of naar draagkracht wordt geheven maar welk land kan heffen. Als wordt aangesloten bij de woonplaats van de verkrijger leidt dit, zoals Van Vijfeijken terecht aangeeft, internationaal gezien tot een mismatch als het andere land blijft uitgaan van de woonplaats van de erflater. Dubbele heffing of een heffingsvacuüm kan het gevolg zijn.^{172, 173} Veel landen, waaronder België,¹⁷⁴ gaan uit van de woonplaats van de erflater.¹⁷⁵ Ook het OESO-modelverdrag inzake successie en schenking¹⁷⁶ sluit aan bij de woonplaats van de erflater. Sommige landen kennen daarbij, in meer of mindere mate, ook nog gewicht toe aan de nationaliteit.¹⁷⁷ Ook in Nederland speelt het

167. De woonplaats wordt beoordeeld op grond van art. 4 AWR.

168. Anders Zwemmer (2001) die van mening is dat de successiebelasting (nu erfbelasting) meer kenmerken vertoont van een laatste belasting van het vermogen van de erflater dan kenmerken van een belasting van de verkrijgers daarvan.

169. Dit komt in meer bijdragen van haar terug. Zie Van Vijfeijken (2008a) voor de meest recente bijdrage waarin zij op deze problematiek ingaat. Ze gaat daarbij in op de problemen die het aansluiten bij de woonplaats van de verkrijger zou oproepen.

170. Van Vijfeijken (2008a).

171. Tenzij art. 3, eerste lid, SW 1956 van toepassing is. Deze woonplaatsfictie komt hierna nog aan de orde.

172. Een mismatch kan ook ontstaan omdat het erfrecht in internationale zin afwijkt. Zie Kavelaars (2002), blz. 222.

173. Nederland heeft daartoe met verschillende landen een belastingverdrag gesloten. Anders geldt het BvdB 2001. Zie uitgebreider Kavelaars (2002), paragraaf 6.3.

174. <http://ccff02.minfin.fgov.be/KMWeb/browseCategory.do?method=browse¶ms.selected-CategoryId=4450> (artikel 1).

175. Zie ook Sonneveldt en De Kroon (2008).

176. Tekst 1982 (artikel 1).

177. O.a. Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika. Zie o.a. Sonneveldt en Zuiderwijk (2005).

nationaliteitsbeginsel een rol. Op grond van art. 3, eerste lid, SW 1956 wordt een Nederlander die de afgelopen tien jaar in Nederland heeft gewoond maar op het moment van het overlijden niet meer, ten tijde van het overlijden geacht in Nederland te hebben gewoond.¹⁷⁸ Alhoewel het vanuit het systeem van een verkrijgingsbelasting voor de hand zou liggen aan te sluiten bij de woonplaats van de verkrijger, beschouw ik het in dit onderzoek als gegeven dat wordt aangesloten bij de woonplaats van de erflater. Dit betekent dat bij de toetsing van de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit en in een eventueel voorstel tot aanpassing van de faciliteit wordt voortgeborduurd op een heffing bij de verkrijger die afhankelijk is van de woonplaats van de erflater.

Ook bij de schenking van een onderneming is de woonplaats van de schenker bepalend (art. 1 SW 1956). De hiervoor besproken discussie of beter zou kunnen worden uitgegaan van de woonplaats van de verkrijger geldt ook hier. Naast de in het eerste lid van art. 3 SW 1956 opgenomen woonplaatsfictie geldt specifiek voor schenkingen nog een tweede woonplaatsfictie (art. 3, tweede lid, SW 1956). Eenieder die in Nederland heeft gewoond en binnen een jaar nadat hij Nederland heeft verlaten een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond.

3.4.3 *Object van heffing*

Op grond van art. 1 SW 1956 wordt belasting geheven over al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen. In deze paragraaf wordt wederom eerst ingegaan op de erfbelasting. Daarna wordt de schenkbelasting besproken in zoverre er afwijkingen zijn ten opzichte van de erfbelasting.

Vanaf 1805 wordt de gehele nalatenschap in de heffing betrokken,¹⁷⁹ hetgeen ook heden ten dage nog het geval is. Een belangrijk verschil met de hedendaagse erfbelasting is dat de heffing destijds uitsluitend als boedelbelasting was vormgegeven. In een boedelbelasting draait het om de nalatenschap als zodanig. Het is niet van belang welke verkrijgers achter de nalatenschap schuilgaan. Dat de erfbelasting nu nog kenmerken van een boedelbelasting vertoont, blijkt onder andere uit sommige in de wet opgenomen fictiebepalingen en het feit dat met de verdeling van een gemeenschap geen rekening wordt gehouden (HR 2 januari 1903, PW 9536).¹⁸⁰ Ook het feit dat de woonplaats van de erflater de heffing bepaalt, is meer inherent aan een

178. De HR heeft inmiddels, in navolging van HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-513/03, BNB 2006/194, beslist dat het nationaliteitsbeginsel niet in strijd is met het EG-recht (HR 22 december 2006, nr. 39 261, BNB 2007/113). Al eerder besliste de HR dat het nationaliteitsbeginsel niet in strijd is met art. 26 IVBPR (HR 10 juni 1992, nr. 27 702, BNB 1992/258) en art. 14 EVRM (PW 20 117).

179. Zie o.a. Zwemmer (2001), blz. 9.

180. Dit arrest is gewezen voor het recht van overgang. Algemeen wordt aangenomen dat het arrest ook geldt voor het successierecht (nu erfbelasting). Zie o.a. Schuttevâer en Zwemmer (1998), blz. 78.

boedel- dan aan een verkrijgingsbelasting. In de loop van de jaren is de erfbelasting steeds meer kenmerken gaan vertonen van een verkrijgingsbelasting.¹⁸¹ Belasting wordt op grond van art. 36 SW 1956 geheven van de verkrijger. Het karakter van een verkrijgingsbelasting blijkt bijvoorbeeld ook uit de in art. 24 SW 1956 opgenomen tarieven en de in art. 32 SW 1956 opgenomen vrijstellingen. Zowel de tarieven als de vrijstellingen zijn afhankelijk van de mate van verwantschap met de erflater. Ook de voor dit onderzoek van belang zijnde bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de schenk- en erfbelasting sluit aan bij de verkrijger. Bij de toepassing van de faciliteit wordt overigens wel rekening gehouden met de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap en de verdeling van de nalatenschap.

Het systeem van heffing, hetgeen nu een mengvorm is van een boedel- en verkrijgingsbelasting,¹⁸² is van belang voor dit onderzoek. Naar mijn mening moet een bedrijfsopvolgingsfaciliteit zo goed mogelijk aansluiten op het systeem van heffing. Of dat zo is voor de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit, komt in hoofdstuk 5 aan de orde. Overigens wordt gegeven de onderzoeksdoelstelling de mengvorm van een boedel- en verkrijgingsbelasting als gegeven beschouwd. Dit neemt niet weg dat een keuze voor een zuivere boedel- of verkrijgingsbelasting ook voordelen zou kunnen hebben als het gaat om de overgang van een onderneming.

De overgang van een onderneming door overlijden heeft zowel civielrechtelijke als fiscale gevolgen. Bij een analyse van de gevolgen voor de erfbelasting kan niet voorbij worden gegaan aan het civiele recht. De analyse wordt evenwel beperkt tot die aspecten die uiteindelijk van belang kunnen zijn in een onderzoek naar de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Aldus vormt hetgeen in deze paragraaf wordt besproken de basis om in hoofdstuk 5 de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting te kunnen beoordelen.

Bij bedrijfsoverdrachten is het van groot belang wat een erflater heeft geregeld omtrent de overgang van zijn onderneming. Als de erflater geen uiterste wilsbeschikking heeft opgemaakt en een echtgenoot en één of meer kinderen als erfgenamen¹⁸³ achterlaat, vererven de goederen en schulden van de nalatenschap, waartoe de onderneming behoort, van rechtswege naar de langstlevende echtgenoot.¹⁸⁴ Dit wordt wel de wettelijke verdeling genoemd

181. De commissie-Moltmaker heeft aangegeven weinig te voelen voor een zuivere nalatenschapsbelasting, omdat te weinig rekening zou worden gehouden met de individuele positie van de verkrijger (Wergroep modernisering successiewetgeving (2000), paragraaf 1.3.3). Oliemans en S.A. Stevens (2008) hebben onderzocht of de boedelheffing een goed alternatief zou kunnen vormen voor de Successiewet.

182. De wetgever ziet de erf- en schenkbelasting als verkrijgersbelastingen met kenmerken van een boedelbelasting (NV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 4-5).

183. Dit is de eerste groep erfgenamen (art. 4:10 BW). Bij afwezigheid van de eerste groep wordt in hetzelfde artikel benoemd wie vervolgens als erfgenamen hebben te gelden.

184. Op grond van art. 4:8 BW worden met echtgenoten gelijkgesteld geregistreerde partners. Waar hierna van echtgenoot wordt gesproken, wordt daarmee dan ook de geregistreerde partner bedoeld.

(art. 4:13 BW). Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de langstlevende ouder overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel, waarbij iedere erfgenaam voor een gelijk deel erft.¹⁸⁵ De vordering is pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende.¹⁸⁶ Dit geldt eveneens voor de eventuele rente. Voor de vaststelling van het rentepercentage wordt op grond van art. 4:13, vierde lid, BW aangesloten bij de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, behalve wanneer hetzij de erflater, dan wel de langstlevende en de kinderen tezamen anders bepalen.¹⁸⁷ Als wordt aangesloten bij het hiervoor genoemde percentage bepaalt art. 21, veertiende lid, SW 1956 dat de geldvordering in aanmerking wordt genomen als renteloze vordering.¹⁸⁸ De langstlevende heeft alsdan het fictief vruchtgebruik waardoor de verkrijging van de langstlevende hoger is en van de kinderen lager. Dat de onderbedelingsvordering bij het kind in de heffing van erfbelasting wordt betrokken, is vanuit de draagkrachtgedachte in twijfel te trekken. De draagkracht van het kind wordt door de niet-opeisbaarheid van de vordering niet vermeerderd; de onderbedelingsvordering is meer te karakteriseren als een papieren vordering.¹⁸⁹ Het is wel de langstlevende echtgenoot die de door de kinderen verschuldigde erfbelasting moet voorschieten (art. 4:14 BW). De erfbelasting wordt aangemerkt als schuld van de nalatenschap (art. 4:7, onderdeel e, BW) en vermindert het bedrag van de vordering. Van Vijfeijken stelt naar mijn mening terecht een defiscalisering van de onderbedelingsvordering en overbedelingssschuld voor.¹⁹⁰ Op deze manier wordt meer aangesloten bij de economische realiteit. Het past niet binnen de probleemstelling van dit onderzoek om na te gaan hoe deze defiscalisering vorm zou moeten worden gegeven. Hiervoor verwijs ik graag naar de genoemde bijdrage van Van Vijfeijken. De keuze voor een eventuele defiscalisering heeft echter wel gevolgen voor de in de huidige wet opgenomen invorderingsfaciliteit voor op ondernemingsvermogen betrekking hebbende onderbedelingsvorderingen. Mochten onderbedelingsvorderingen worden gedefiscaliseerd, dan is de invorderingsfaciliteit overbodig.

Hiervoor werd voorbijgegaan aan de vraag of de langstlevende echtgenoot wel de aangewezen persoon is om de onderneming over te nemen. Als deze

185. De kinderen krijgen nog wel wilsrechten (art. 4:19-4:22 BW). In art. 2 SW 1956 is bepaald dat de uitoefening van een wilsrecht niet wordt aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht.

186. Behalve als de langstlevende echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard (art. 4:14, derde lid, onderdeel a, BW).

187. In art. 1, derde en vierde lid, SW 1956 is geregeld hoe met rentevaststellingen na het overlijden van de erflater moet worden omgegaan. Zie voor de toelichting op deze met ingang van 1 januari 2010 gewijzigde bepalingen: 1^e NvW, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, blz. 11-13.

188. Dit geldt ook als de nalatenschap wordt verdeeld overeenkomstig de wettelijke verdeling.

189. Zwemmer (2007) heeft daarentegen geen moeite met de heffing. Het is de keuze van de erflater geweest om vermogen bij zijn overlijden aan zijn kind(eren) na te laten.

190. Van Vijfeijken (2008b).

vraag ontkennend moet worden beantwoord, heeft de langstlevende echtgenoot op grond van art. 4:18 BW de mogelijkheid de wettelijke verdeling binnen drie maanden vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen, ongedaan te maken.¹⁹¹ Vervolgens ontstaat een onverdeeldheid tussen de langstlevende en de kinderen.¹⁹² De erfgenamen kunnen daarna komen tot een door hen gewenste verdeling.

De wettelijke verdeling is aldus niet de juiste weg indien tot het vermogen van de erflater een onderneming behoort en de langstlevende niet de beoogde opvolger is. Met een uiterste wilsbeschikking kan van de wettelijke verdeling worden afgeweken. Ook kan met een uiterste wilsbeschikking meer flexibiliteit worden ingebouwd.¹⁹³ Om de onderneming bij de juiste persoon terecht te laten komen, kan de erflater gebruikmaken van een erfstelling (art. 4:115 BW) dan wel een legaat (art. 4:117 BW). Met een erfstelling kan de beoogde opvolger als enige erfgenaam voor de onderneming worden aangewezen. De opvolging vindt plaats onder algemene titel.¹⁹⁴ Aan de andere erfgenamen kunnen andere goederen uit de nalatenschap worden gelegateerd.¹⁹⁵

De onderneming kan ook door legatering bij de opvolger terecht komen. Dit betreft een opvolging onder bijzondere titel, waardoor de legatering geen goederenrechtelijk effect heeft. Dit is de reden dat Burgerhart een voorkeur heeft voor de erfstelling, aangezien dit een levering onder algemene titel tot gevolg heeft.¹⁹⁶ Bij legatering krijgt de opvolger als legataris een vorderingsrecht tot het verkrijgen van de onderneming. Het legaat vormt een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 BW). Daarbij kan de erflater in de uiterste wilsbeschikking bepalen dat de legataris de waarde van het legaat moet inbrengen in de nalatenschap.¹⁹⁷ De verkrijging voor de legataris is voor wat betreft het ondernemingsvermogen nihil.¹⁹⁸ Na de inbreng hebben de legataris en andere erfgenamen recht op een geldbedrag uit de nalatenschap. Dit bedrag zal bij de afzonderlijke verkrijgers met erfbelasting worden belast. In de uiterste wilsbeschikking kan de erflater ook bepalen dat de inbreng schuldig wordt

191. Uit onderzoek blijkt overigens dat het aantal ongedaanmakingen over de periode 2003-2005 zeer beperkt is. Zie Blokland e.a. (2006).

192. Het ongedaan maken van de wettelijke verdeling wordt niet als een schenking in fiscale zin aangemerkt (art. 1, derde lid, SW 1956).

193. Hierbij kan worden gedacht aan het benoemen van een executeur (art. 4:142 BW e.v.) of het instellen van bewind (art. 4:153 BW e.v.). In dit onderzoek wordt alleen aandacht besteed aan die aspecten die van invloed zijn op de uiteindelijke belastingclaim bij overlijden.

194. Dit is met name interessant indien sprake is van een IB-onderneming. De activa en passiva gaan dan onder algemene titel over. Bij een legaat gaan alleen de activa over en moeten de passiva door middel van een last worden overgenomen.

195. Zie uitgebreider de bijdrage van Burgerhart (paragraaf 3.2.2.1) in Hoogeveen e.a. (2005).

196. Burgerhart, blz. 394 in Hoogeveen e.a. (2005).

197. Volgens Asser/Perrick 4*, 114 moet een legaat tegen inbreng gezien worden als een legaat van een goed met een sublegaat van een geldsom.

198. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit hoeft met de inbreng geen rekening te worden gehouden (art. 35b, vierde lid, SW 1956).

gebleven. Deze schuld is te vergelijken met de overbedelingsschuld van de langstlevende bij toepassing van de wettelijke verdeling.¹⁹⁹

Hiervoor is nog geen aandacht besteed aan de diverse huwelijksvormen en de gevolgen voor de belastingclaim bij overlijden. Er werd alleen in algemene zin gesproken over de langstlevende. Het is evenwel van belang voor welke huwelijksvorm de echtgenoten hebben gekozen. Goederen die in een (algehele of beperkte) gemeenschap vallen, komen voor de helft in de nalatenschap van de erflater terecht. Dit betekent dat bij overlijden van degene die een eenmanszaak drijft de helft van het ondernemingsvermogen vererft. Dit geldt ook als de niet-ondernemende echtgenoot komt te overlijden. Als de onderneming in de vorm van een kapitaalvennootschap wordt gedreven, geldt het voorgaande ook ten aanzien van de ab-aandelen. Bij een aandeel in een personenvennootschap ligt het iets genuanceerder. Het aandeel in een personenvennootschap behoort niet tot de huwelijksgemeenschap, omdat dat verknocht is aan de vennoot. Wel behoort tot de huwelijksgemeenschap de economische deelgerechtigdheid van een vennoot in het vermogen van de vennootschap (art. 7:808). Dit betekent dat de niet-ondernemende echtgenoot een vorderingsrecht heeft voor de helft van de waarde van het aandeel in de personenvennootschap.

Met de verdeling van de huwelijksgemeenschap wordt geen rekening gehouden (HR 2 januari 1903, PW 9536²⁰⁰). Dit is voor een tot de huwelijksgemeenschap behorende onderneming niet anders. Een verdeling van de huwelijksgemeenschap waarbij de onderneming wordt toebedeeld aan de nalatenschap, wordt dan ook bij de bepaling van de belastingclaim genegeerd. De toestand bij overlijden is bepalend. In hoofdstuk 5 komt aan de orde dat voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wel rekening wordt gehouden met de verdeling van de huwelijksgemeenschap. Hiermee wordt voorkomen dat op basis van fiscale overwegingen de onderneming aan een ander dan de gewenste opvolger moet worden toebedeeld.²⁰¹ Verder is in art. 11, vierde lid, SW 1956 nog een fictiebepaling opgenomen voor die situaties waarbij een bij huwelijksvoorwaarden gemaakt beding ertoe leidt dat meer dan de helft van de gemeenschap toekomt aan de langstlevende. Zonder de fictiebepaling zou geen heffing kunnen volgen, omdat wordt verkregen krachtens huwelijksgoederenrecht. Door de fictiebepaling wordt verkregen krachtens erfrecht.²⁰²

Als echtgenoten onder huwelijksvoorwaarden zijn gehuwd en daarin een finaal verrekenbeding hebben opgenomen, heeft het overlijden van de niet-ondernemende echtgenoot gevolgen voor de op de onderneming betrekking hebbende belastingclaim. De ondernemende echtgenoot krijgt in deze situatie

199. Als de langstlevende de onderneming gelegateerd krijgt tegen inbreng van de waarde en deze de inbreng schuldig blijft, is de fictiebepaling van art. 10 SW 1956 bij overlijden van de langstlevende niet van toepassing (art. 10, zesde lid, SW 1956).

200. Dit arrest is gewezen voor het recht van overgang. Algemeen wordt aangenomen dat dit arrest ook geldt voor de erfbelasting.

201. Zie ook Van Rijn (2003).

202. In het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.5 is bepaald dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook van toepassing is op ondernemingsvermogen dat krachtens fictie wordt verkregen.

een vorderingsrecht. Deze verrekeningsvordering wordt in de heffing betrokken. In huwelijkse voorwaarden opgenomen periodieke verrekenbedingen leiden overigens niet tot een te belasten erfrechtelijke verkrijging (HR 16 maart 1994, nr. 29 672, BNB 1994/180).

Vervolgens wil ik nog enige woorden wijden aan de situatie dat het aandeel van een vennoot krachtens verblijvensbeding toekomt aan de opvolger (bij leven dan wel bij overlijden). Voor de toepassing van de SW 1956 betekent dit dat niet krachtens erfrecht dan wel krachtens schenking wordt verkregen, maar op grond van een overeenkomst. Op grond van de fictiebepalingen zoals opgenomen in art. 11, eerste en tweede lid, SW 1956 wordt nu wel krachtens schenking dan wel erfrecht verkregen.

Als de erflater bij de overgang van een onderneming door overlijden inkomstenbelasting is verschuldigd, is deze schuld op grond van art. 20, derde lid, SW 1956 aftrekbaar. Dit geldt niet als de onderneming fiscaal geruisloos wordt doorgeschoven. Een latente inkomstenbelastingsschuld is rechtens niet afdwingbaar. Om evenwel cumulatie van inkomstenbelasting en erfbelasting te voorkomen, is het redelijk dat met een aftrek voor de latente belastingclaim rekening mag worden gehouden. In art. 20, vijfde lid, SW 1956 is dat wettelijk geregeld. In het zesde lid van hetzelfde artikel zijn forfaitaire percentages opgenomen. Ten aanzien van de oudedagsreserve geldt een aftrek van 30%, voor de overige reserves van 20%. Voor ab-aandelen geldt een percentage van 6,25% over de waarde van de aandelen minus de verkrijgingsprijs. In de literatuur wordt regelmatig de discussie gevoerd of de aftrek van de latente belastingsschulden tegen de nominale waarde in aanmerking moet worden genomen. De commissie-Molmaker²⁰³ is hier voorstander van omdat niet de contante waarde bepalend zou moeten zijn, maar de waarde in het economische verkeer: '(...) de waarde in het economische verkeer is – bij courante goederen – de waarde die het goed (of complex van goederen) bij een veronderstelde verkoop zou opbrengen. Bij een dergelijke verkoop moet men afrekenen over de stille reserves, de goodwill en de fiscale reserves. Dat men bij een onderneming in bepaalde gevallen van overdracht kan kiezen voor geruisloze overgang is geen argument om af te wijken van een bedrijfseconomisch juiste, objectieve waardering.' Naar mijn mening is dit niet juist. De verkrijger is immers pas in de toekomst de inkomstenbelasting verschuldigd. Er behoeft geen rente te worden voldaan. Het is dan juist redelijk de aftrek te

203. Werkgroep modernisering successiewetgeving (2000), paragraaf 8.1.7. Ook Blokland (2002) is een sterk voorstander van aftrek tegen de nominale waarde. Hoogeveen (2004) geeft een overzicht van voor- en tegenstanders en de daarbij gebruikte argumenten (blz. 175-177). Zij is zelf een voorstander van aftrek tegen contante waarde. De regering heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wetwijziging van 1 januari 2010 nogmaals beargumenteerd dat zij van mening is dat aftrek tegen de contante waarde de juiste benadering is (NV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 90). Zie verder ook nog Van Oers (2003) die ter ondersteuning van zijn keuze voor aftrek tegen de contante waarde nog een tweetal arresten van de HR aanvoert (HR 8 maart 1978, nr. 18 249, BNB 1978/86 en HR 12 juli 2002, nr. 36 902, BNB 2002/317). In deze arresten is beslist dat bij de waardering van aandelen met de contante waarde van de Vpb-claim rekening moest worden gehouden.

beperken tot de contante waarde.²⁰⁴ Zoals reeds aan de orde was heeft de wetgever hiervoor forfaitaire percentages in de wet opgenomen. Het vaststellen van het percentage is vervolgens een arbitrair proces. Het percentage is immers een resultante van de verwachte voortzettingstermijn, de rente waarmee wordt gerekend en het belastingtarief. Er geldt een verschillend percentage voor de oudedagsreserve (30%) en voor de overige reserves (20%).²⁰⁵ Indien de oudedagsreserve op grond van art. 3.129 Wet IB 2001 wordt omgezet in een onmiddellijk ingaande lijfrente is het te verklaren waarom voor de oudedagsreserve een hoger percentage geldt.²⁰⁶ Uitgaande van een rentepercentage van 4% en een effectief belastingtarief van 44,72%²⁰⁷ is de voortzettingstermijn bij een forfaitair percentage van 30% ongeveer tien jaar. Bij een percentage van 20% is dat ruim twintig jaar. Dit lijkt mij in ieder geval een te lange periode voor de overige reserves. Ook het percentage van 6,25% voor ab-aandelen is naar mijn mening te laag. De voortzettingstermijn is 35 jaar bij een belastingtarief van 25%, een rentepercentage van 4 en een forfaitair percentage van 6,25. Weliswaar moet hierbij rekening worden gehouden met het feit dat de op het ondernemingsvermogen betrekking hebbende belastingclaim op grond van art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 kan worden doorgeschoven, maar in zijn algemeenheid lijkt mij een periode van 35 jaar te lang.²⁰⁸ Het is ook opmerkelijk dat bij een IB-onderneming wordt uitgegaan van een andere voortzettingstermijn dan bij ab-aandelen. Het zij toegegeven dat het waar het betreft IB-ondernemingen lastig is om een forfait vast te stellen, omdat voor box 1 in de Wet IB 2001 progressieve tarieven gelden (art. 2.10 Wet IB 2001). Indien voor de overige reserves wederom wordt uitgegaan van een rente van 4% maar nu bij een effectief belastingtarief van 31,82%²⁰⁹ is de voortzettingstermijn ongeveer twaalf jaar. Dit was ruim twintig jaar bij een effectief tarief van 44,72%. Derhalve is het al ondoenlijk om uitgaande van eenzelfde voortzettingstermijn en rentepercentage de forfaitaire percentages ten aanzien van IB-ondernemingen en ab-aandelen gelijk te stellen. Ik begrijp de overwegingen van de wetgever om uit oogpunt van eenvoud forfaitaire percentages te hanteren, maar ik pleit er toch voor belastingplichtigen de ruimte te bieden zelf de contante waarde van de belastingclaim te hanteren. In veel gevallen zullen partijen deze berekening in het kader van de verdeling zelf ook maken.

Indien echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, komt ook hier weer de vraag op of bij de berekening van de aftrek voor latente

204. Zie ook Van den Dool en Heithuis (2009), blz. 178-181.

205. Onder de Wet IB 1964 was de oudedagsreserve nog niet onder de fiscale reserves begrepen. Derhalve werd de oudedagsreserve in art. 20, zesde lid, SW 1956 apart genoemd. De wetgever heeft dit zo gelaten, omdat de forfaitaire percentages niet gewijzigd zouden worden. Zie MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, blz. 21.

206. Zie in soortgelijke zin NV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 90.

207. Hoogste tarief box 1 (52%) rekening houdend met de MKB-winstvrijstelling van 14% (art. 3.79a Wet IB 2001).

208. Van den Dool en Heithuis (2009) pleiten voor een forfaitair percentage van 10. Dit leidt tot een bezitsduur van ongeveer 20 jaar. Zij rekenden met een rente van 4,5% en een belastingtarief van 25%.

209. Tarief eerste schijf box 1 inclusief premies volksverzekeringen, rekening houdend met de MKB-winstvrijstelling (art. 3.79a Wet IB 2001).

belastingen rekening mag worden gehouden met de latere verdeling. Hof Amsterdam heeft ter zake van ab-aandelen geoordeeld dat in art. 20, vijfde lid, SW 1956 wordt bedoeld op aandelen die krachtens erfrecht zijn verkregen. Dit geldt niet voor de aandelen die van de echtgenote van de erflater zijn. Die worden volgens het Hof verkregen krachtens de verdeling van de huwelijksgemeenschap (Hof Amsterdam 20 maart 2001, nr. 99/3017, FED 2001/258). Naar mijn mening doet dit geen recht aan de werkelijkheid. Het is immers de voortzetter die in de toekomst de inkomstenbelasting moet voldoen. Het is niet meer dan redelijk dat deze persoon dan ook met de volledige latente rekening rekening mag houden.²¹⁰

Tot slot is nog relevant de vraag of de latente belastingschuld een schuld van de nalatenschap betreft of een schuld van de verkrijger. Hierover bestaat geen duidelijkheid. Van Vijfeijken is van mening dat de latente belastingschuld aan de nalatenschap moet worden toegerekend.²¹¹ Indien wordt vastgehouden aan het arrest HR 2 januari 1903, PW 9536 mag immers geen rekening worden gehouden met de verdeling. Ook art. 5 SW 1956 pleit volgens Van Vijfeijken voor toerekening aan de nalatenschap. Op basis van dit artikel wordt belasting geheven van hetgeen ieder verkrijgt. Indien de latente belastingschuld zou worden toegerekend aan de verkrijger zouden erfgenamen die gelijk gerechtigd zijn tot de nalatenschap verschillend worden belast. Naar mijn mening geldt ook hier dat de voortzetter in de toekomst de inkomstenbelasting verschuldigd is. Aldus moet ook de voortzetter met de volledige latente belastingschuld rekening kunnen houden. Dit wordt overigens ook bereikt met art. 35f SW 1956. Op grond van deze bepaling wordt aangesloten bij de verdeling. Nu de latentie samenhangt met de verkrijging van het ondernemingsvermogen, is duidelijk dat de latentie uitsluitend bij de verkrijger terechtkomt.²¹² Het hier naar voren tredende probleem is terug te voeren op het feit dat de SW 1956 zowel trekken vertoont van een verkrijgings- als van een boedelbelasting (zie paragraaf 3.4.3). Het argument dat erfgenamen bij gelijke gerechtigdheid tot de nalatenschap verschillend worden belast, is na de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet anders. Dijkstra²¹³ voert terecht het argument aan dat art. 20, vijfde lid, SW 1956 in de wet is opgenomen om cumulatie van inkomstenbelasting en successierecht te voorkomen.²¹⁴ Het is uiteindelijk de verkrijger van ondernemingsvermogen die de inkomstenbelasting is verschuldigd. Dit pleit er ook voor om de latente belastingschuld aan deze verkrijger toe te rekenen.

Vermeldenswaardig is hier nog de discussie of de latente belastingschuld als last of als tegenprestatie in de zin van art. 35b, vierde lid, SW 1956 moet worden aangemerkt. De HR beantwoordt deze vraag bevestigend (HR 12 juli 2013, nr. 12/01745, V-N 2013/37.21). De HR beargumenteert dit door te stellen dat de belasting anders zou zijn geheven van de schenkers (in casu is doorgeschoven op grond van art. 3.63 Wet IB 2001). Zie uitgebreider paragraaf 5.2.

210. Zie ook Van Rijn (2003).

211. Van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht S&E*, 8.9.0.C.f.

212. Zie uiteindelijk ook Van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht S&E*, 8.9.0.C.f.

213. Dijkstra (2007).

214. Dit aspect komt specifiek aan de orde in HR 5 november 1997, nr. 31 849, BNB 1998/8.

Hiervoor is in het kader van de Successiewet 1956 aandacht besteed aan de overgang van een onderneming bij overlijden. Belastingheffing op grond van de SW 1956 is ook aan de orde als de onderneming door schenking of door een gift wordt overgedragen. Bij een schenking moet sprake zijn van een overeenkomst om niet waarbij de schenker ten koste van het eigen vermogen de begiftigde verrijkt (art. 7:175, eerste lid, BW). Bij een schenking mag derhalve geen sprake zijn van een contraprestatie. Bij een gift is dit wel mogelijk. Het tweede lid van art. 7:186 BW bepaalt dat *'als gift wordt aangemerkt iedere handeling die ertoe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt'*. Civielrechtelijk is het begrip 'gift' aldus ruimer dan het begrip 'schenking'. Fiscaalrechtelijk is dit van weinig betekenis. Art. 1, zevende lid, SW 1956 bepaalt dat onder schenking voor de SW 1956 wordt verstaan de gift zoals bedoeld in art. 7:186, tweede lid, BW. Dat bij een gift sprake mag zijn van een contraprestatie heeft nog wel gevolgen voor de in art. 35b SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Het vierde lid van genoemd artikel bepaalt dat de tegenprestatie niet in mindering hoeft te worden gebracht op de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen. Dit aspect komt aan de orde in hoofdstuk 5, alwaar de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor schenkingen wordt besproken. De hiervoor reeds besproken mogelijkheid tot aftrek van latente belastingen geldt ook bij schenking van een onderneming of ab-aandelen waarbij de inkomstenbelastingclaim op grond van art. 3.63 of 4.17c Wet IB 2001 is doorgeschoven.²¹⁵ De wettekst in art. 20, vijfde lid, SW 1956 biedt hiervoor de ruimte. Ook heeft de staatssecretaris dit aangegeven in het inmiddels ingetrokken Besluit van 7 augustus 1992 (nr. VB91/2000). Dit standpunt acht ik juist.²¹⁶

3.4.4 Waardering van ondernemingsvermogen

Voor het bepalen van de belastingclaim bij de overgang van een onderneming door overlijden of schenking is de waardering van het ondernemingsvermogen van groot belang. Art. 21 SW 1956 bepaalt daartoe dat het verkregene in aanmerking moet worden genomen tegen de waarde in het economische verkeer. Het elfde lid van genoemd artikel bepaalt vervolgens dat wat in het economische verkeer als eenheid pleegt te worden beschouwd, in aanmerking moet worden genomen met inachtneming van die omstandigheid. Dit betekent dat bedrijfsmiddelen in hun onderlinge verband moeten worden gewaardeerd en in samenhang met andere tot dat vermogen behorende vermogensbestanddelen.²¹⁷ Vervolgens bepaalt het twaalfde lid van art. 21 SW 1956 dat de onderneming going concern moet worden gewaardeerd, maar ten minste op

215. Anders Schuttevåer en Zwemmer (1998).

216. Ook Van Vijfeijken, Cursus Belastingrecht S&E, 8.9.0.C.g komt tot deze conclusie. Zij baseert dit op het gegeven dat in art. 20, vijfde lid, SW 1956 wordt gesproken over verkrijging. Hieraan is niet toegevoegd krachtens erfrecht. Aldus valt hier ook de verkrijging krachtens schenking onder.

217. MvT, Kamerstukken II 1981, 17 041, nr. 3, blz. 16.

de liquidatiewaarde.^{218, 219} Naar mijn mening is de laatste toevoeging overbodig. Als de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde, zal dat de waarde in het economische verkeer zijn.²²⁰ De overbodigheid van het twaalfde lid uit art. 21 SW 1956 wordt ook erkend in de parlementaire behandeling, maar verdedigd omdat dan in art. 35b, eerste lid, onderdeel b, SW 1956 kan worden verwezen naar deze begrippen.²²¹ De beoordeling van deze faciliteit volgt in hoofdstuk 5.

De naar de mening van de wetgever ongewenste gevolgen van de arresten van de HR van 20 maart 2009 (nr. 43 393, BNB 2009/179 en nr. 43 394, BNB 2009/180) zijn met ingang van 1 januari 2010 gerepareerd (zie ook HR 12 februari 2010, nr. 09/00193, BNB 2010/121). De HR oordeelde in genoemde arresten voor het schenkingsrecht dat het hanteren van de voortzettingswaarde door deelgenoten in een gemeenschap (in alle arresten betrof het een maatschap) niet als schenking kon worden aangemerkt. Een waardering op een lagere dan de economische waarde om voortgezette bedrijfsuitoefening te verzekeren, vloeit volgens de HR voort uit de nakoming van een verplichting en heeft niet de bedoeling tot bevoordeling. Aan het waarderingsvoorschrift van art. 21 SW 1956 wordt dan niet toegekomen. Reparatie van de arresten heeft plaatsgevonden door een fictiebepaling op te nemen in art. 11, eerste lid, SW 1956. Hetgeen op grond van een vennootschapsovereenkomst wordt verkregen, kan worden aangemerkt als een fictieve schenking. Met de komst van art. 11, eerste lid, SW 1956 is gelijkheid gecreëerd met overlijdenssituaties. In dergelijke situaties gold al een fictiebepaling (onder huidig recht opgenomen in art. 11, tweede lid, SW 1956). In vennootschapsovereenkomsten wordt overigens veelal gewerkt met meerwaardeclausules. Indien deze clause in werking treedt omdat de verkrijger bijvoorbeeld binnen vier jaren na verkrijging de onderneming verkoopt, wordt zijn verkrijging verminderd op grond van art. 53, eerste lid, SW 1956. Er wordt niet meer voldaan aan het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste. Op grond van het vijfde lid van art. 35e SW 1956 moet de verkrijger hiervan aangifte doen binnen acht maanden na de gebeurtenis. Bij degenen die verkrijgen op

218. Waardering op liquidatiewaarde is overigens alleen aan de orde als liquidatie of reorganisatie redelijkerwijs te verwachten is dan wel dat liquidatie of reorganisatie om redenen van financiële aard aangewezen zou zijn en niet uit maatschappelijke overwegingen onverantwoord (HR 17 juni 2005, nr. 38 288, BNB 2005/320).

219. Van Vijfeijken (2008a) is van mening dat bij voortzetting de waarde going concern uitgangspunt moet zijn. Bij voortzetting is de hogere waarde liquidatiewaarde niet te realiseren.

220. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit mag van de lagere waarde going concern worden uitgegaan (Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.4). In het besluit wordt aangegeven onder welke voorwaarden voor de bepaling van de lagere waarde going concern de DCF-methode kan worden toegepast. Uit HR 21 mei 2010, nr. 09/02715, V-N 2010/25.16 blijkt dat belastingplichtigen de mogelijkheid hebben af te wijken van deze voorwaarden. Zie ook HR 16 december 2011, nr. 11/01332, V-N 2012/4.30. In het Besluit van 17 januari 2013 zijn tevens uitgangspunten weergegeven voor de berekening van de lagere waarde going concern in de agrarische sector.

221. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 36.

grond van de meerwaardeclausule leidt dit tot een schenking (art. 1, negende lid, SW 1956).

3.4.5 *Tarief en vrijstellingen*

Met ingang van 1 januari 2010 zijn zowel de tarieven als de vrijstellingen²²² in de SW 1956 gewijzigd. Voor de overgang van ondernemingsvermogen zal in de meeste gevallen gelden dat de verkrijger iemand is op wie tariefgroep 1 van toepassing is. Voor verkrijgingen door partners²²³ of kinderen tot een belaste verkrijging van € 118.254 geldt een tarief van 10%. Daarboven is het tarief 20%. In de overige gevallen is het percentage 30% respectievelijk 40% (art. 24 SW 1956). De partner heeft recht op een vrijstelling voor de erfbelasting van € 616.880.²²⁴ Voor kinderen en kleinkinderen is dit € 19.535 (art. 32, eerste lid, ten vierde, onderdelen a, c, en d, SW 1956).²²⁵

In art. 33 SW 1956 zijn vrijstellingen opgenomen voor de schenkbelasting. In het kader van dit onderzoek speelt alleen de in art. 33, ten vijfde, SW 1956 opgenomen vrijstelling een rol. Deze vrijstelling kan worden toegepast indien ouders aan kinderen schenken. De schenkingsvrijstelling kan verstoringen oproepen omdat het gedrag van belastingplichtigen door deze vrijstelling wordt beïnvloed. Belastingplichtigen kunnen overgaan tot schenking terwijl zij dit zonder vrijstelling niet hadden gedaan. Dit kan gecombineerd worden met het optimaal gebruikmaken van de eerste schijf in art. 24, eerste lid, SW 1956. Een beoordeling van deze faciliteit valt buiten het kader van dit onderzoek. Deze vrijstelling is toepasbaar op schenkingen in haar algemeenheid.

De in art. 35b SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit biedt een voorwaardelijke vrijstelling voor de verkrijging van ondernemingsvermogen. Toepassing van deze faciliteit kan er uiteindelijk toe leiden dat de belaste verkrijging beduidend lager is dan die zou zijn geweest zonder toepassing van de faciliteit. In hoofdstuk 5 wordt de bedrijfsopvolgingsfaciliteit getoetst aan de in paragraaf 1.4 opgenomen toetsingscriteria.

3.5 **Samenvatting en conclusies**

3.5.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk zijn de volgende deelvragen aan de orde gekomen:

- Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een IB-onderneming tot uiting komt (zesde deelvraag)?

222. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 werkt ook als vrijstelling. Met vrijstellingen worden evenwel de algemene vrijstellingen uit art. 32 en 33 SW 1956 bedoeld.

223. Zie art. 5a AWR en art. 1a SW 1956.

224. Pensioenaanspraken, lijfrenten periodieke uitkeringen kunnen overigens deze vrijstelling verlagen (art. 32, tweede lid, SW 1956).

225. In art. 32, eerste lid, ten vierde, onderdeel b, SW 1956 is een uitzondering opgenomen. De vrijstelling bedraagt voor kinderen dan € 58.604.

- Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een ab tot uiting komt en welke rol speelt de vennootschapsbelasting daarin (zevende deelvraag)?
- Hoe wordt op grond van de SW 1956 ondernemingsvermogen belast dat krachtens erfrecht of krachtens schenking wordt verkregen (achtste deelvraag)?

Om in de hoofdstukken 4 en 5 de door de overheid gecreëerde bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ter zake van bedrijfsoverdrachten te kunnen toetsen is in dit hoofdstuk inzicht gegeven in de belastingclaim waarmee een natuurlijk persoon wordt geconfronteerd als die zijn IB-onderneming of een belang in een kapitaalvennootschap overdraagt (bij leven dan wel bij overlijden). Bij de erfen schenkbelasting is het de verkrijger die wordt belast. Onder de belastingclaim versta ik de verschuldigde belasting op het moment van overdracht vóór toepassing van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In de volgende paragrafen worden afzonderlijk de conclusies en samenvattingen weergegeven ten aanzien van de in de deelvragen onderscheiden belastingclaims.

3.5.2 *De belastingclaim bij overdracht van een IB-onderneming*

De overdracht van een IB-onderneming leidt, ondanks het voortbestaan van de objectieve onderneming, in fiscale zin tot een staking. Er moet over de stakingswinst belasting worden betaald. Uiteindelijk moet de totaalwinst gedurende de periode dat de onderneming voor rekening van de overdrager is gedreven worden belast. Dit is het bedrag, in euro's gerekend, dat meer wordt onttrokken dan per saldo aan kapitaal is ingebracht. Er wordt in dit nominalistische winstbegrip geen rekening gehouden met inflatie. Omdat de waardering bij de jaarwinstbepaling in de regel plaatsvindt tegen historische kostprijs terwijl bij staking moet worden gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer, kunnen op het moment van overdracht aanzienlijke stille reserves aanwezig zijn. Ook kan een met goed koopmansgebruik overeenstemmend stelsel van winstberekening tot gevolg hebben dat zich in de activa en passiva stille reserves ontwikkelen. Naast deze stille reserves worden in de stakingswinst goodwill en fiscale reserves opgenomen. Op deze uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim zien de in dit onderzoek centraal staande bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. In hoofdstuk 4 wordt onderzocht of het moeten voldoen van deze belastingschuld een reden is voor de overheid om een faciliteit te bieden.

De stakingswinst wordt tegen het progressieve tarief van box 1 in de heffing betrokken. Tot 1 januari 2001 golden nog bijzondere tarieven voor bedrijfs-overdrachten. Het lijkt onredelijk de, als gevolg van het nominalistische systeem van winstberekening, over meer jaren aangegroeide stakingswinst in één keer te belasten tegen een progressief tarief. Daarnaast is in de stakingswinst ook inflatiewinst begrepen. Hier staat tegenover dat de belastingplichtige onder een vermogenswinstbelasting gedurende een langere periode uitstel van heffing heeft gekregen, hetgeen een liquiditeits- en rentevoordeel oplevert.

De in paragraaf 3.2.5 weergegeven uitkomsten laten zien dat voor belastingplichtigen waarvan de overige winst in de vierde schijf van box 1 valt, in de gegeven situaties een vermogenswinstbelasting altijd voordeliger is dan een vermogensaanwasbelasting. In paragraaf 2.4.2.3 heb ik aangegeven een faciliteit dan niet wenselijk te vinden, omdat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind. Dit brengt mij tot de conclusie dat een bijzonder tarief voor vermogenswinsten in ieder geval niet wenselijk is. Hiervan profiteren met name belastingplichtigen die in een hogere schijf vallen. Overigens kan de in art. 3.154 Wet IB 2001 opgenomen middeling-regeling worden gebruikt om de nadelige tariefffecten van een vermogenswinstbelasting voor de laagste schijven te compenseren. Verder lijkt het haast onmogelijk om specifiek voor belastingplichtigen waarvan de overige winst in de laagste schijven valt een faciliteit te bieden. De conclusie is in ieder geval dat er niet zo maar één geldende regeling kan worden getroffen om de laagste schijven tegemoet te komen.

Naast een staking door overdracht bij leven wordt de onderneming ook gestaakt als de winstgenieter komt te overlijden (art. 3.58 Wet IB 2001). Deze belastingsschuld moet uit de nalatenschap worden voldaan. Indien er onvoldoende middelen zijn om de belasting te voldoen, moeten de middelen wellicht uit de onderneming worden gehaald. Dit kan een reden vormen voor de overheid om in te grijpen.

Ook bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap waartoe het vermogen van een onderneming behoort, doet zich een fictief stakingsmoment voor (art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001). Ik ben van mening dat dit artikellid een overbodige bepaling is. Indien een onderneming tot de huwelijksgemeenschap behoort, drijft de ondernemer de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening (zie o.a. HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9). De waardeveranderingen tot het moment van overlijden van de echtgenoot behoren dan ook bij de ondernemer zelf te worden belast (HR 5 maart 1958, nr. 13 427, BNB 1958/148). Ook bij een andere vorm van ontbinding van een huwelijksgemeenschap, bijvoorbeeld bij echtscheiding, is de bepaling overbodig. Ook dan komt aan de echtgenoot/niet-ondernemer slechts de helft van de waarde van de onderneming toe. De ondernemer drijft de onderneming voor diens risico. De echtscheiding zou fiscaalrechtelijk geen gevolgen moeten hebben. Naar mijn mening heeft de overheid bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap reden tot ingrijpen vanwege een onvolkomenheid in de belastingwetgeving.

Ook de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap kwalificeert als (gedeeltelijke) staking. Er is sprake van een staking van een evenredig gedeelte. Volgens de HR gaat het om het (economische) belang bij de goederen, hetgeen wordt afgeleid uit de winstverdeling. Het aansluiten bij het economische belang heeft ook tot gevolg dat elke wijziging in de winstverdeling waarbij de gerechtigdheid tot de stille reserves en/of goodwill wijzigt, leidt tot het in aanmerking nemen van overdrachtswinst. Bij de inbreng van een onderneming in een VOF kan naast overdrachtswinst ook herwaarderingswinst aan de orde zijn. Dit doet zich voor als in de vennootschappelijke

balans van de personenvennootschap de activa en passiva worden opgenomen tegen de werkelijke waarde. De inbrengende vennoot wordt dan geacht tot herwaardering te zijn overgegaan (HR 16 december 1959, nr. 14 092, BNB 1960/34). De herwaarderingswinst wordt niet aangemerkt als stakingswinst maar als reguliere jaarwinst (zie o.a. HR 9 maart 1955, nr. 12 178, BNB 1955/160), zodat op deze winst de stakingsfaciliteiten niet van toepassing zijn. Nu worden belastingplichtigen gedwongen zich te laten crediteren tegen boekwaarde om herwaarderings- en/of overdrachtswinst te voorkomen. De stille reserves moeten op een andere manier worden verrekend. Ook kan ervoor worden gekozen het vermogensbestanddeel niet in te brengen in de personenvennootschap. Om heffing over de stakingswinst te voorkomen kunnen belastingplichtigen ook art. 3.63 Wet IB 2001 toepassen. Indien de overnemer evenwel niet voldoet aan het werknemersvereiste moet alvorens er fiscaal geruisloos kan worden doorgeschoven een samenwerkingsverband worden aangegaan. En dat leidt nu juist tot een (gedeeltelijke) staking. Dit mag opmerkelijk heten. Hieraan wordt aandacht besteed in hoofdstuk 4.

Afrekening over de stakingswinst is niet aan de orde indien een belastingplichtige niet meer voldoet aan art. 3.4 Wet IB 2001 maar medegerechtigd wordt tot het vermogen van dezelfde onderneming (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). Dit kan zich voordoen indien de oorspronkelijke ondernemer zijn onderneming gaat verhuren. Ook is dit naar mijn mening aan de orde indien de onderneming wordt overgedragen tegen een winstrecht. Indien een CV wordt opgericht als voorbereiding op een uiteindelijke bedrijfsoverdracht, vormt de inbreng van de oorspronkelijke onderneming in de CV op zichzelf ook geen reden om af te rekenen over de stakingswinst (dit geldt evenzo indien een VOF wordt omgezet in een CV). Dit is alleen anders indien de gerechtigdheid tot de stille reserves wijzigt.

Bij overdracht van een onderneming tegen een vordering is uitstel van winstneming niet mogelijk. Dit is alleen anders als er een gereede kans aanwezig is dat de exploitatie van de onderneming weer voor rekening van de overdrager zal komen. De vordering kwalificeert na overdracht niet als ondernemingsvermogen en gaat tot de rendementsgrondslag van box 3 behoren.²²⁶ Dit werkt door naar de in hoofdstuk 5 te toetsen bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de erf- en schenkbelasting. Alleen ondernemingsvermogen in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 kwalificeert als ondernemingsvermogen.

3.5.3 *De belastingclaim bij overdracht van een ab*

Indien de onderneming in een kapitaalvennootschap wordt gedreven, kan een bedrijfsoverdracht op verschillende manieren vorm worden gegeven. Alleen die overdrachten waarin een ab-houder zijn ab vervreemdt hebben direct gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting. Een belastingplichtige heeft op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 een ab indien hij direct of indirect, al dan niet

226. Dit is alleen anders als de vordering onder de in art. 3.91 Wet IB 2001 opgenomen terbeschikkingstellingsregeling valt.

tezamen met zijn partner, voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een kapitaalvennootschap. Dit ab-criterium speelt ook een rol bij de toetsing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Er zal moeten worden beoordeeld of het wenselijk is dat voor de toegang tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wordt aangesloten bij het in afdeling 4.3 Wet IB 2001 opgenomen ab-criterium.

Directe heffing over de ab-claim is bij een bedrijfsoverdracht aan de orde indien de belastingplichtige een direct belang vervreemdt in de kapitaalvennootschap waarin de onderneming wordt gedreven dan wel indien de aandelen in de holdingvennootschap worden vervreemd. In de waarde van de ab-aandelen is een latente Vpb-claim verwerkt. Deze belastingclaim is afhankelijk van de hoogte van de in de vennootschap(en) aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill. Ook indien het ab wordt geschonken, leidt dit tot belastingheffing. Naast deze normale vervreemdingen veronderstelt de wetgever een fictieve vervreemding indien aandelen of winstbewijzen overgaan onder algemene titel dan wel overgaan krachtens erfrecht onder bijzondere titel (art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001). Een verdeling van de nalatenschap waarbij wordt afgeweken van ieders gerechtigdheid tot de erfrechtelijke verkrijging leidt tot een vervreemding op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001. Onder de in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 opgenomen bepaling betreffende de overgang onder algemene titel valt ook de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. De verdeling van een huwelijksgemeenschap valt onder art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001.

Het inkomen uit ab wordt belast tegen een proportioneel tarief van 25%. Dit tarief is gebaseerd op een benaderde gelijkstelling van ab-houders met IB-ondernemers. Rekening houdend met de vennootschapsbelasting die van de BV wordt geheven, rust op de ab-houder een gecombineerde druk aan inkomsten- en vennootschapsbelasting van maximaal 43,75%.

Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beogen liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te verzachten. In hoofdstuk 4 wordt onderzocht of het moeten voldoen van de belasting een reden is voor de overheid een faciliteit te bieden.

Als een holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij vervreemdt dan wel de werkmaatschappij de onderneming vervreemdt, blijft er een ab-claim rusten op de aandelen in de holdingvennootschap. Deze aandelen zullen in de toekomst, uiterlijk bij overlijden, worden overgedragen. Het voordeel van het vervreemden van de werkmaatschappij door de holdingvennootschap is dat het voordeel onder de in art. 13 Wet Vpb 1969 opgenomen deelnemingsvrijstelling valt. Op deze manier wordt de heffing over de ab-claim uitgesteld. Dit is bij een overdracht bij leven niet mogelijk indien het belang in de werkmaatschappij direct wordt gehouden en overgedragen. Dit werkt verstrend.

Heffing van inkomstenbelasting komt ook aan de orde indien een natuurlijk persoon zijn indirect gehouden ab schenkt aan zijn opvolger of aan een vennootschap waarin de opvolger een belang heeft. Ook voor deze situatie wordt in hoofdstuk 4 gezien of een faciliteit wenselijk is.

3.5.4 De belastingclaim bij een overdracht op grond van de SW 1956

De overgang van een onderneming of ab-aandelen door overlijden leidt niet alleen tot heffing van inkomstenbelasting maar ook tot heffing van erfbelasting. Indien sprake is van schenking wordt naast inkomstenbelasting ook schenkbelasting geheven (art. 1 SW 1956).

De heffing sluit aan bij de verkrijger (art. 36 SW 1956). Het is daarbij niet van belang waar de verkrijger woont. Dit vloeit voort uit art. 1 SW 1956 waarin is bepaald dat de woonplaats van de erflater ten tijde van het overlijden bepalend is. Daarnaast speelt het nationaliteitsbeginsel een rol. Op grond van art. 3, eerste lid, SW 1956 wordt een Nederlander die de afgelopen tien jaar in Nederland heeft gewoond maar op het moment van het overlijden niet meer, ten tijde van het overlijden geacht in Nederland te hebben gewoond. Voor schenkingen geldt nog een tweede woonplaatsfictie (art. 3, tweede lid, SW 1956). Eenieder die in Nederland heeft gewoond en binnen een jaar nadat hij Nederland heeft verlaten een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond.

Bij bedrijfsoverdrachten is het van belang wat een erflater heeft geregeld omtrent de overgang van zijn onderneming. Als de erflater geen uiterste wilsbeschikking heeft opgemaakt en een echtgenoot en één of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, vererven de goederen en schulden van de nalatenschap waartoe de onderneming behoort, van rechtswege aan de langstlevende echtgeno(o)t(e). Dit wordt de wettelijke verdeling genoemd (art. 4:13 BW). Ieder van de kinderen verkrijgt als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de langstlevende ouder overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel, waarbij iedere erfgenaam voor een gelijk deel erft.²²⁷ De vordering is pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende.²²⁸ Het is de langstlevende echtgenoot die de door de kinderen verschuldigde erfbelasting ten aanzien van de onderbedelingsvordering moet voorschieten (art. 4:14 BW).

Met een uiterste wilsbeschikking kan van de wettelijke verdeling worden afgeweken. Om de onderneming bij de juiste persoon terecht te laten komen, kan de erflater gebruikmaken van een erfstelling (art. 4:115 BW) dan wel een legaat (art. 4:117 BW). Bij legatering krijgt de opvolger als legataris een vorderingsrecht tot het verkrijgen van de onderneming. Het legaat vormt een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 BW). Daarbij kan de erflater in de uiterste wilsbeschikking bepalen dat de legataris de waarde van het legaat moet inbrengen in de nalatenschap. De verkrijging voor de legataris is voor wat betreft het ondernemingsvermogen nihil. Na de inbreng hebben de legataris en andere erfgenamen recht op een geldbedrag uit de nalatenschap. Dit bedrag zal bij de afzonderlijke verkrijgers met erfbelasting worden belast. In de uiterste

227. De kinderen krijgen nog wel wilsrechten (art. 4:19-4:22 BW). In art. 2 SW 1956 is bepaald dat de uitoefening van een wilsrecht niet wordt aangemerkt als een verkrijging krachtens erfrecht.

228. Behalve als de langstlevende echtgenoot in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard (art. 4:14, derde lid, onderdeel a, BW).

wilsbeschikking kan de erflater ook bepalen dat de inbreng schuldig wordt gebleven. Deze schuld is te vergelijken met de overbedelingsschuld van de langstlevende bij toepassing van de wettelijke verdeling.

Als de erflater bij de overgang van een onderneming door overlijden inkomstenbelasting is verschuldigd, is deze schuld op grond van art. 20, derde lid, SW 1956 aftrekbaar. Dit geldt niet als de onderneming fiscaal geruisloos wordt doorgeschoven. Een latente inkomstenbelastingsschuld is rechtens niet afdwingbaar. Om evenwel cumulatie van inkomsten- en erfbelasting te voorkomen, mag met een aftrek voor de latente belastingclaim rekening worden gehouden (art. 20, vijfde lid, SW 1956). Hiervoor gelden forfaitaire percentages. Het is naar mijn mening redelijk de aftrek te beperken tot de contante waarde. Het vaststellen van het percentage is vervolgens een arbitrair proces. De mogelijkheid tot aftrek van een latente belastingsschuld geldt ook bij schenkingen.

Ten aanzien van de waardering van het ondernemingsvermogen is in art. 21 SW 1956 bepaald dat het verkregene in aanmerking moet worden genomen tegen de waarde in het economische verkeer. Het elfde lid van genoemd artikel bepaalt vervolgens dat wat in het economische verkeer als eenheid pleegt te worden beschouwd, in aanmerking moet worden genomen met inachtneming van die omstandigheid. Dit betekent dat bedrijfsmiddelen in hun onderlinge verband moeten worden gewaardeerd en in samenhang met andere tot dat vermogen behorende vermogensbestanddelen. Vervolgens bepaalt het twaalfde lid van art. 21 SW 1956 dat de onderneming going concern moet worden gewaardeerd, maar ten minste op de liquidatiewaarde.

Het tarief van de schenk- en erfbelasting is afhankelijk van de vraag wie verkrijgt. Voor de overgang van ondernemingsvermogen zal in de meeste gevallen gelden dat de verkrijger iemand is in de eerste tariefgroep. Voor verkrijgingen door partners²²⁹ of kinderen tot een belaste verkrijging van € 118.254 geldt een tarief van 10%. Daarboven is het tarief 20%. In de overige gevallen is het percentage 30% respectievelijk 40%.²³⁰ De partner heeft recht op een vrijstelling voor de erfbelasting van € 616.880.²³¹ Voor kinderen en kleinkinderen is dit € 19.535.^{232, 233}

De heffing van schenk- en erfbelasting kan tot liquiditeitsproblemen bij de onderneming leiden indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. In hoofdstuk 5 wordt onderzocht of de overheid redenen heeft hiervoor een faciliteit te bieden.

229. Zie art. 5a AWR en art. 1a SW 1956.

230. Art. 24 SW 1956.

231. Pensioenaanspraken, lijfrenten periodieke uitkeringen kunnen overigens deze vrijstelling verlagen (art. 32, tweede lid, SW 1956).

232. Art. 32, eerste lid, ten vierde, onderdelen a, c, en d, SW 1956.

233. In art. 32, eerste lid, ten vierde, onderdeel b, SW 1956 is een uitzondering opgenomen. De vrijstelling bedraagt voor kinderen dan € 58.604.

HOOFDSTUK 4

Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en IB-claim

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt aan de orde welke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de overheid voor aan de inkomstenbelasting onderworpen ondernemers in het leven heeft geroepen (deelvraag 9); het begrip 'ondernemer' wordt hier materieel benaderd doordat daar zowel ondernemers/natuurlijke personen onder vallen, als degenen die via een eigen kapitaalvennootschap ondernemen. Tevens wordt in dit hoofdstuk het eerste deel van de probleemstelling aangaande de IB-claim over ondernemingsvermogen beantwoord. Dit betreft de vraag of fiscale regelingen die bedrijfsopvolgingen faciliteren aanvaardbaar zijn. De toetsing aan legitimiteit vormt het uitgangspunt. Indien een faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar. Als een faciliteit wel legitiem is, is het nog niet gezegd dat een faciliteit aanvaardbaar is. Daarvoor zijn ook de andere criteria van belang. Naast legitimiteit wordt daartoe getoetst op gelijkheid, neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid (zie paragraaf 1.4). In hoofdstuk 2 is als basis voor de toetsing aan legitimiteit eerst het welvaarts-economisch kader geschetst. Op grond van deze welvaartseconomische analyse is onderzocht of de overheid valide redenen heeft fiscale faciliteiten te hanteren met betrekking tot bedrijfsoverdrachten. Zo is onderzocht of de markt faalt bij de overdracht van ondernemingen indien geen faciliteiten worden toegepast. Hieruit is gebleken dat dit (alleen) het geval is indien sprake is van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Ook is in hoofdstuk 2 voor de beoordeling van de legitimiteit van faciliteiten geanalyseerd welke elementen in de belastingwetgeving mogelijk verstoringen veroorzaken waar het betreft bedrijfsoverdrachten. Vervolgens is in hoofdstuk 3 voor Nederland geanalyseerd hoe de belastingclaim zich ontwikkelt van de start van de onderneming tot het moment van bedrijfsoverdracht. Zo is inzicht verkregen in de vraag waaruit in de regel de belastingclaim bestaat als een onderneming wordt overgedragen. Ook zijn in hoofdstuk 3 berekeningen gemaakt hoe de belastingheffing over de daaraan voorafgaande periode zou zijn geweest onder een theoretisch gewenst systeem (vermogensaanwasbelasting). Onder het theoretisch gewenste systeem zijn de verstoringen die optreden als gevolg van elementen in de belastingwetgeving weggenomen. Dezelfde berekeningen zijn gemaakt uitgaande van de huidige wetgeving. De resultaten geven een antwoord op de vraag of fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op grond van de uit de berekeningen voortvloeiende uitkomsten kunnen worden gelegitimeerd.

Conclusie uit deze analyse in de voorafgaande hoofdstukken is dat het antwoord daarop ontkennend luidt.

In dit hoofdstuk worden de op de IB-claim gerichte faciliteiten per type faciliteit geanalyseerd. Het gaat daarbij om:

- doorschuiffaciliteiten (paragraaf 4.2);
- invorderingsfaciliteiten (paragraaf 4.3).

Het hoofdstuk wordt in paragraaf 4.4 afgesloten met een samenvatting en conclusies.

4.2 **Doorschuiffaciliteiten**

4.2.1 *Inleiding*

In hoofdstuk 3 is geanalyseerd hoe de belastingclaim zich ontwikkelt vanaf de start van een onderneming tot de overdracht van een onderneming en welke factoren daarbij een rol spelen. Bij degene die een IB-onderneming drijft moet op het moment van staking de stakingswinst in de heffing worden betrokken. Voor de ab-houder betreft het de op de aandelen rustende belastingclaim, zijnde de heffing voortvloeiend uit het vervreemdingsvoordeel. De belastingheffing over de stakingswinst en het vervreemdingsvoordeel kan, onder voorwaarden, worden voorkomen door gebruik te maken van een doorschuiffaciliteit. Toepassing van een doorschuiffaciliteit heeft in grote lijnen tot gevolg dat de belastingheffing over de in de onderneming of de ab-aandelen besloten liggende meerwaarden wordt doorgeschoven van de overdrager naar de overnemer. In deze paragraaf worden de doorschuiffaciliteiten getoetst op basis van de voor dit onderzoek gekozen toetsingscriteria. In paragraaf 4.2.2 wordt de toetsing gedaan op een niveau geldend voor alle doorschuifbepalingen. In paragraaf 4.2.3 volgt de toetsing van de specifieke doorschuiffaciliteiten voor winstgenieters. Hetzelfde wordt gedaan in paragraaf 4.2.4 waar het betreft de doorschuiffaciliteiten voor ab-houders. Een uitzondering betreft de toetsing aan gelijkheid. Deze wordt gedaan op het niveau van alle bepalingen. Een toetsing op het niveau van specifieke doorschuiffaciliteiten biedt geen aanvullende inzichten. In dit kader zou alleen aan de orde kunnen komen of de verschillen tussen de doorschuiffaciliteiten voor ab-houders en winstgenieters de toetsing aan gelijkheid kunnen doorstaan. Dit aspect komt aan de orde in de volgende paragraaf waar de doorschuiffaciliteiten in algemene zin worden getoetst. De paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie in de vorm van een schema. In het schema zijn per toetsingscriterium de bevindingen verwerkt.

4.2.2 *Toetsing doorschuiffaciliteiten in algemene zin*

4.2.2.1 *Legitimiteit*

In paragraaf 2.3 is ten aanzien van de mogelijke vormen van marktfalen geconcludeerd dat overheidsingrijpen, waar het betreft de fiscale regelgeving

rond bedrijfsoverdrachten, alleen kan worden onderbouwd op basis van een falende kapitaalmarkt. Dit betekent dat doorschuiffaciliteiten moeten worden beoordeeld op basis van de vraag of deze faciliteiten gericht zijn op het wegnemen of verminderen van kapitaalmarktimperfecties. De legitimiteit wordt hier op hoofdlijnen, afhankelijk van het type overdracht en los van de vraag of het een winstgenieter dan wel ab-houder betreft, getoetst. Bij de toetsing van de specifieke doorschuiffaciliteiten wordt dieper ingegaan op de materie.

Bij een bedrijfsoverdracht zijn twee partijen relevant: de overdrager en de overnemer.

De overdrager kan worden geconfronteerd met kapitaalmarktimperfecties waar het betreft de financiering van de verschuldigde belastingclaim als gevolg van een bedrijfsoverdracht. Dit is in het kader van de toetsing aan legitimiteit allereerst een probleem als het leidt tot een minder efficiënte inzet van productiemiddelen. Dit doet zich voor als het bedrijf als gevolg van de belastingclaim niet wordt overgedragen, terwijl de potentiële overnemer in staat zou zijn geweest de onderneming efficiënter te laten renderen. Het voorgaande heeft vooral betrekking op overdrachten tegen schuldigerkenning. De overdrager ontvangt dan geen middelen om de verschuldigde belasting te voldoen. Bij een overdracht tegen contanten is de betaling van de belastingclaim in de regel geen probleem. De overdrager kan immers met de ontvangen middelen de schuld voldoen. Er is geen reden voor overheidsingrijpen.

Bij overlijden is de situatie anders. Er komen geen middelen vrij om de belastingclaim te voldoen. Eventueel moeten de middelen uit de onderneming worden gehaald, hetgeen de liquiditeitspositie van de onderneming in gevaar kan brengen. Ook bij schenking komen geen middelen vrij om de belasting te voldoen. Dit is evenwel een andere situatie. Een schenking kan immers worden gepland. De legitimiteit van de faciliteiten voor de hiervoor genoemde verschillende vormen van overdracht wordt in de volgende paragrafen bij de toetsing van de specifieke doorschuiffaciliteiten verder uitgewerkt.

De toetsing aan legitimiteit is voor de overnemer van een andere orde. De overnemer kan worden geconfronteerd met een financieringsprobleem. Dit betreft evenwel niet zozeer de financiering van de belastingclaim, maar de financiering van de koopprijs als geheel. Alleen bij een bedrijfsoverdracht krachtens schenking of vererving is de overnemer belasting (schenk- dan wel erfbelasting) verschuldigd¹ en is vanuit financieringsoogpunt alleen de belastingclaim relevant. In deze paragraaf gaat het echter om de legitimiteit van doorschuifbepalingen in de inkomstenbelasting. Toepassing van een doorschuiffaciliteit heeft in theorie tot gevolg dat de overnameprijs daalt. De belastingclaim wordt doorgeschoven naar de overnemer, waarvoor de overnemer de prijs gecorrigeerd zal willen hebben. Een lagere prijs betekent vervolgens dat de overnemer voor een lager bedrag een beroep op de kapitaalmarkt hoeft te doen. In die zin kan worden gezegd dat overheidsingrijpen

1. Onder voorwaarden is de in art. 35b SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing. Zie hiervoor hoofdstuk 5.

ook ten aanzien van de overnemer legitiem is. Bij schenking is dit overigens niet aan de orde. Bij overlijden is dat alleen het geval indien de voortzettende erfgenaam een direct opeisbare schuld aan de andere erfgenamen krijgt doordat hij ter zake van de verkrijging van de onderneming is overbedeeld.

Op voorhand merk ik op dat het liquiditeitsprobleem voortvloeiend uit een te financieren koopprijs niet het probleem is waar het overheidsingrijpen op ziet. Het doel van de overheid bij de fiscale behandeling van bedrijfsoverdrachten is dat de belastingheffing geen beletsel mag zijn voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 4.2.2.4 waar doorschuiffaciliteiten in algemene zin worden getoetst aan het doeltreffendheids criterium. Daar gaat het om de vraag of het door de overheid beoogde doel wordt bereikt, terwijl het bij de toetsing aan legitimiteit gaat om de vraag of overheidsingrijpen legitiem is vanuit welvaartseconomisch oogpunt. In dit hoofdstuk gaat het daarbij om de huidige faciliteiten. In hoofdstuk 6 worden op basis van deze toetsing aanbevelingen gedaan teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het afhankelijk is van de vorm van overdracht of een doorschuiffaciliteit legitiem is. Per specifieke doorschuiffaciliteit wordt in de desbetreffende paragrafen een conclusie getrokken.

4.2.2.2 Gelijkheid

Toetsing aan mensenrechtenverdragen

In paragraaf 1.4 is aan de orde geweest dat wetten alleen kunnen worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM² en aan art. 26 IVBPR.³ In deze paragraaf behandel ik eerst de vraag of belastingplichtigen die geen onderneming drijven en daarom geen toegang hebben tot doorschuiffaciliteiten kunnen stellen dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Of sprake is van gelijke gevallen moet worden beoordeeld vanuit het doel van de regeling. Doorschuiffaciliteiten zijn faciliteiten specifiek voor belastingplichtigen die een onderneming, al dan niet in de vorm van een kapitaalvennootschap, drijven. Het doel van de regeling is het voorkomen dat een uit de overdracht voortvloeiende acute belastingclaim de continuïteit van de onderneming zou bedreigen. Dit argument speelt geen rol bij belastingplichtigen die geen onderneming drijven. Aldus kan worden geconcludeerd dat geen sprake is van gelijke gevallen gezien vanuit de beoogde doelstelling. Ten aanzien van ongelijke gevallen geldt het volgende: *'Discriminatie op de grond dat ongelijke gevallen onevenredig ongelijk worden behandeld, doet zich slechts voor bij een overduidelijke onevenredigheid. (...) nog daargelaten of het verhelpen van zodanige ongelijke behandeling de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten zou gaan.'* (HR 21 oktober 1992, nr. 28 548, BNB 1993/29). In dit kader hoeven

2. Met ingang van 1 april 2005 is in Nederland het Twaalfde Protocol in werking getreden. Het Twaalfde Protocol bevat een algemeen discriminatieverbod. Voorheen gold art. 14 EVRM alleen voor de rechten en vrijheden die in het EVRM genoemd werden.
3. Art. 94 GW.

alleen belastingplichtigen in de beschouwing te worden betrokken die vermogenswinsten genieten. Ik versta daarbij onder vermogenswinsten ook vermogenswinsten die niet op grond van een vermogenswinstbelasting in de heffing worden betrokken, maar op andere wijze.

Dit betreft vermogenswinsten die in box 3 op grond van een forfaitair rendement in de heffing worden betrokken (art. 5.2 Wet IB 2001). In het forfaitaire rendementspercentage van 4 worden vervreemdingsvoordelen geacht te zijn begrepen. Doorschuiving van een vervreemdingsvoordeel kan zich hierbij niet voordoen. Het betreft immers een forfaitair rendement. De wetgever heeft met de keuze voor het huidige boxensysteem ervoor gekozen inkomen uit sparen en beleggen anders te behandelen dan inkomen voortvloeiend uit het drijven van een onderneming. Deze keuze komt de wetgever toe. Dit gaat in ieder geval aan de rechtsvormende taak van de rechter voorbij. Schending van het gelijkheidsbeginsel is op dit niveau derhalve niet aan de orde.

Voorts kunnen ook resultaatgenieters belast worden voor vermogenswinsten (afdeling 3.4 Wet IB 2001). Dit betreft belastingplichtigen die op grond van art. 3.90 Wet IB 2001 werkzaamheden verrichten en belastingplichtigen die vermogensbestanddelen ter beschikking stellen op grond van art. 3.91 dan wel art. 3.92 Wet IB 2001. Naar mijn mening zijn personen die een onderneming drijven, al dan niet in de vorm van een kapitaalvennootschap, en resultaatgenieters vanuit het doel van de regeling geen gelijke gevallen. Doorschuiffaciliteiten beogen te voorkomen dat de belastingheffing een reële bedrijfsopvolging belemmert (zie uitgebreider de toetsing aan doeltreffendheid in paragraaf 4.2.2.4). Hiervan is geen sprake indien resultaat uit werkzaamheid op grond van afdeling 3.4 Wet IB 2001 wordt genoten. Van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen is naar mijn mening geen sprake. Het verschil met het drijven van een onderneming is te groot om hiervan te kunnen spreken.

Belastingplichtigen die belastbare inkomsten uit eigen woning (afdeling 3.6 Wet IB 2001) genieten zijn niet relevant voor de analyse. Het voordeel dat wordt gerealiseerd bij verkoop van de woning wordt niet in de heffing betrokken.

Het gelijkheidsbeginsel kan voorts nog aan de orde komen bij de vraag of winstgenieters en ab-houders recht zouden moeten hebben op dezelfde doorschuiffaciliteiten. Ook hier moet vanuit het doel van de regeling worden beoordeeld of zij als gelijke gevallen zijn aan te merken. In HR 2 maart 2007, nr. 43 336, BNB 2007/177 ging het om de vraag of het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat een directeur-grotaandeelhouder geen recht heeft op de zelfstandigen- en startersaftrek. De HR heeft het oordeel van het Hof dat ondernemers en directeuren-grotaandeelhouders niet als gelijke gevallen kunnen worden aangemerkt bevestigd. Naar mijn mening is dit een juiste beslissing. De vraag of winstgenieters en ab-houders voor de toepassing van doorschuiffaciliteiten als gelijke gevallen zijn aan te merken is evenwel van een andere orde. Doorschuiffaciliteiten beogen de belastingheffing over de meerwaarden in de onderneming/ab-aandelen uit te stellen. Met belastingheffing

over meerwaarden bij realisatie heeft zowel de winstgenieter als de ab-houder te maken. Voor beide categorieën belastingplichtigen zijn doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 opgenomen, maar er zijn wel verschillen te onderkennen. Naar mijn mening zijn winstgenieters en ab-houders vanuit het doel van de regeling als gelijke gevallen aan te merken. Het doel van de regeling is immers de uit de overdracht van de onderneming, c.q. de aandelen van de vennootschap waarin zich de onderneming bevindt, voortvloeiende belastingclaim door te schuiven van de overdrager naar de overnemer, teneinde de continuïteit van de onderneming te kunnen waarborgen. Indien sprake is van gelijke gevallen moet er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen (HR 8 juli 2005, nr. 39 870, BNB 2005/310). Aan de wetgever komt een ruime beoordelingsvrijheid toe (vgl. EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398). Van een objectieve en redelijke rechtvaardiging is volgens het EHRM sprake als de overheid een legitiem doel voor de ongelijke behandeling heeft en er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het doel.⁴

Allereerst is nu de vraag aan de orde welke verschillen bestaan tussen de voor winstgenieters en ab-houders geldende doorschuiffaciliteiten. Het grootste verschil betreft de doorschuiffaciliteit bij leven. Voor winstgenieters geldt art. 3.63 Wet IB 2001. Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, is geruisloze doorschuiving naar een medeondernemer of werknemer mogelijk. De tegenprestatie van de overnemer is hierbij niet van belang. Dit betekent dat ook geruisloos kan worden doorgeschoven indien de koopsom bijvoorbeeld in contanten wordt voldaan. De ab-houder kan evenwel bij leven alleen gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit als de overdracht krachtens schenking plaatsvindt. De vraag is nu of de ab-houder met recht kan stellen dat het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat in hoofdstuk 4 Wet IB 2001 geen doorschuifregeling conform art. 3.63 Wet IB 2001 is opgenomen. Een groot verschil tussen de winstsfeer en de ab-sfeer is dat in de winstsfeer het voordeel van de doorschuiffaciliteit in de jaren na doorschuiving wordt teruggenomen omdat de voortzetter over een lager bedrag afschrijft. Dit is destijds ook een aspect bij de aanvaardbaarheid van de doorschuifbepaling in de winstsfeer geweest.⁵ Naar mijn mening kan worden gesteld dat dit een legitiem argument vormt voor de ongelijke behandeling. Aan het liquiditeitsprobleem ter zake van de belastingclaim voor de ab-houder is de regering tegemoetgekomen door in art. 25, negende lid, IW 1990 een betalingsregeling op te nemen indien tegen schuldigerkenning wordt overgedragen. Vervolgens dringt zich dan de vraag op waarom er wel een doorschuiffaciliteit voor de ab-claim geldt bij overlijden en inmiddels ook bij schenking. In paragraaf 4.2.4.3.d zal blijken dat de doorschuifbepaling bij overlijden aanvankelijk in de wet is opgenomen omdat de regering bij overlijden de ab-claim veilig wilde stellen. Het was niet de bedoeling daadwerkelijk te heffen. Derhalve is destijds een doorschuiffaciliteit

4. EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398. Zie ook: EHRM 12 december 2006, nr. 13 378/05, zaak Burden en Burden/Verenigd Koninkrijk, V-N 2007/54.5.
5. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 38.

bij overlijden in de Wet IB 1964 gekomen. De doorschuiffaciliteit bij schenking is met ingang van 1 januari 2010 in de wet opgenomen zodat de ab-aandelen op een passender tijdstip (bij leven) kunnen worden overgedragen (zie paragraaf 4.2.4.5.d).

Bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 is tijdens de parlementaire behandeling nog expliciet aandacht besteed aan het feit dat de ab-houder geen recht heeft op een doorschuiffaciliteit bij leven.⁶ Volgens de regering is het argument hiervoor dat de vennootschap bij vervreemding van de ab-aandelen niet hoeft af te rekenen over de stille reserves. Daarom zijn de situaties niet goed vergelijkbaar. De afrekening van de ab-claim vormt geen gevaar voor het voortbestaan van de onderneming.⁷ Het is allereerst belangrijk te onderkennen dat indirect wel moet worden afgerekend over de stille reserves in de vennootschap. Deze stille reserves beïnvloeden immers de waarde van de ab-aandelen. De regering heeft evenwel gelijk dat een schuld van de ab-houder de vennootschap in principe niet raakt. Dit is naar mijn mening evenwel anders als de middelen ter voldoening van de ab-claim uit de vennootschap moeten worden gehaald. Dit kan zich voordoen bij schenking en bij overlijden.

Ook ten aanzien van de winstsfeer kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij de omstandigheid dat bij een doorschuiving bij leven middelen uit de onderneming moeten worden gehaald ter voldoening van de belastingclaim. Naar mijn mening is dit niet aan de orde (zie paragraaf 4.2.3.4.b). Het onttrekken van middelen aan de onderneming vormt naar mijn mening geen argument om de ongelijke behandeling te rechtvaardigen. Het eerder aangevoerde argument, zijnde dat het voordeel van de doorschuifregeling in de winstsfeer verloren gaat door de lagere afschrijving, vormt naar mijn mening wel een legitiem argument voor de ongelijke behandeling. Aldus is mijn conclusie dat het niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat ab-houders en winstgenieters ongelijk worden behandeld waar het betreft het ontbreken van een algemene doorschuifregeling bij leven voor ab-houders.

Het vorenstaande neemt niet weg dat de overheid als doelstelling heeft ab-houders en winstgenieters zo veel mogelijk gelijk te behandelen (zogenoemde globale evenwicht). In hoofdstuk 6 (voorstel tot verbetering) wordt bezien of een regeling mogelijk is die hieraan invulling kan geven. In de volgende paragrafen worden de huidige faciliteiten getoetst en vervolgens wordt mede op basis van die conclusies in hoofdstuk 6 aandacht besteed aan de vraag of aanpassingen van de wetgeving moeten volgen.

Toetsing aan het draagkrachtbeginsel

De vraag die in dit onderdeel aan de orde is, is of doorschuiffaciliteiten de toets aan het draagkrachtbeginsel kunnen doorstaan. Is het te verdedigen dat de belastingclaim wordt doorgeschoven naar een ander subject?

6. De in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit bij schenking geldt sinds 1 januari 2010.

7. NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 26.

Onder de Wet IB 1964 kenden we een synthetisch inkomensbegrip. Het totale inkomen moest ongeacht de herkomst onderworpen worden aan een belastingheffing naar draagkracht.⁸ In de Wet IB 2001 is dit synthetische stelsel losgelaten en vervangen door een analytisch stelsel. Dit betekent evenwel niet dat het principe is losgelaten dat het inkomen ongeacht de herkomst naar draagkracht moet worden belast. Ten aanzien van de bron 'winst uit onderneming' is bij de totstandkoming van de Wet IB 1964 het volgende opgemerkt: '(...) dat voor de fiscale totale winst de eindstreep niet uitsluitend bij het verscheiden van de onderneming, doch eveneens bij discontinuïteit van de belastingplicht van de ondernemer wordt getrokken. Ervan uitgaande dat alle hier te lande behaalde winst uiteindelijk in de Nederlandse inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting dient te worden betrokken, is het noodzakelijk dat bij het einde van de belastingplicht een afrekening van fiscale claims moet plaatshebben, in dier voege dat de onbelaste open en stille reserves van de onderneming dan als gerealiseerde winsten worden aangemerkt. Bijzondere overwegingen daargelaten – waarop later wordt teruggekomen – brengt het persoonlijke karakter van de inkomstenbelasting mede, dat een dergelijke afrekening van fiscale claims eveneens geschiedt bij het overlijden van de persoonlijke ondernemer.'^{9,10} Met bijzondere overwegingen, zo valt verder te lezen in de parlementaire behandeling, worden bedoeld situaties waar financiële moeilijkheden ontstaan als gevolg van de afrekening van de fiscale claims bij overlijden van de ondernemer indien de erfgenamen de onderneming wensen voort te zetten.¹¹

Veel auteurs zijn van mening dat doorschuiffaciliteiten in strijd zijn met het draagkrachtbeginsel. Spaanstra¹² toonde zich in 1963 al een grote tegenstander van doorschuiffaciliteiten in de winstsfeer. Over de overlijdenssituatie schrijft hij het volgende: 'Verschuiving van de belastingdruk naar erfgenamen past niet in een subjectieve belasting, is nl. een element dat in een "Objektsteuer" thuishoort'. Aldus ook Brüll die schrijft dat door doorschuiffaciliteiten een strijd ontstaat tussen 'het aan de I.B. ten grondslag liggende, op het draagkrachtbeginsel gebaseerde systeem der subjectieve belastingplicht, anderzijds het bedrijfseconomische uitgangspunt, dat het bedrijf als eenheid los moet worden gezien van de (toevallige) ondernemer'.¹³ Hier onderscheidt het bedrijfseconomische begrip 'winst' zich van het fiscaalrechtelijke begrip 'winst'. De bedrijfseconomie gaat uit van de continuïteit van de onderneming. Het is niet relevant voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven. Fiscaalrechtelijk gaat het nu juist

8. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 25.

9. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 20.

10. De noodzaak tot afrekening bij overlijden op grond van het draagkrachtbeginsel komt ook terug in de parlementaire behandeling van art. 4.17a Wet IB 2001 (NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 21 en 22).

11. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 23.

12. Spaanstra (1963b).

13. Brüll (1964), blz. 235.

om de vraag voor wiens rekening de onderneming wordt gedreven. Er moet een totaalwinst per belastingplichtige worden vastgesteld.¹⁴

Vermogensaanwas bepaalt mede de draagkracht van een belastingplichtige.¹⁵ In paragraaf 2.4.2.2 heb ik beschreven dat ten aanzien van waardemutaties van vermogensbestanddelen in economisch opzicht een vermogensaanwasbelasting te prefereren is boven een vermogenswinstbelasting, maar dat ik voor de bepaling van het te belasten inkomen als gevolg van waarderingsproblemen en liquiditeitsargumenten toch de voorkeur geef aan een vermogenswinstbelasting. Vervolgens is de vraag op welk moment dit inkomen in de heffing moet worden betrokken. Draagkracht moet volgens De Langen¹⁶ niet worden gemeten per week of per jaar. *'In zijn verste draagwijdte is de draagkracht een slechts aan het leven gebonden begrip'*. De zienswijze dat uiterlijk bij overlijden moet worden afgerekend over de totaalwinst is hier op terug te voeren. Dat gedurende het leven het te belasten inkomen in moten wordt gehakt, dient volgens De Langen om een *'hanteerbare wijze van uitvoering te creëren'*. De overheid kan immers niet wachten tot het overlijden van de belastingplichtige alvorens belasting te heffen. Ook bij de bron 'winst uit onderneming' geldt dat de totaalwinst in jaarmoten wordt gehakt. Dit moet gebeuren op basis van goed koopmansgebruik. Op basis van goed koopmansgebruik behoeven opbrengsten pas in de heffing te worden betrokken indien deze zijn gerealiseerd. Zo hebben, aldus Brüll, *'subjectieve waarderingsvrijheden en faciliteiten in de jaarwinstsfeer ten doel het inkomen te egaliseren en zijn mitsdien in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel'*.¹⁷ Uiterlijk bij overlijden moet de totaalwinst evenwel in de heffing betrokken zijn. Met doorschuiffaciliteiten wordt deze grens overschreden. Zij zijn in strijd met het fiscale inkomensbegrip. De ondernemer wordt zelf niet belast voor de door hem genoten totaalwinst; het is de voortzetter die wordt belast voor winst die niet bij hem is opgekomen.¹⁸ Naar mijn mening wordt het bezwaar groter indien de voortzetter in staat is de belastingclaim af te schudden bijvoorbeeld door daarmee zijn persoonsgebonden verliezen te verrekenen.

Ook Hoogeveen¹⁹ is van mening dat op grond van het draagkrachtbeginsel vermogensvermeerderingen uiterlijk bij overlijden zouden moeten worden belast.

Tegen het voorgaande is in te brengen dat de overdrager zijn belastingclaim via een lagere prijs indirect betaalt. Op grond hiervan heeft Aardema²⁰ er minder

14. Dit geldt evenzo voor ab-aandelen. De totaalwinst betreft hier de vermogensmutatie op het aanmerkelijkbelangpakket.

15. Zie ook Rijkers en Van Dijck (2000), blz. 215-216.

16. De Langen (1954), blz. 98-100.

17. Brüll (1964), blz. 237.

18. Zo ook Stevens (1980), blz. 357.

19. Hoogeveen (2011), blz. 354.

20. Aardema (1987).

moeite mee dat de heffing over de stakingswinst door toepassing van doorschuiffaciliteiten bij een ander subject wordt belast. De contante waarde van de fiscale claim wordt immers tussen belastingplichtigen verrekend. Dit is evenwel vooral aan de orde bij toepassing van art. 3.63 Wet IB 2001 (doorschuiffaciliteit medeondernemers en werknemers) en uitgezonderd de situatie van schenking. Het is met name de onderhandelingspositie van de overdrager en de voortzetter die de hoogte van de te verrekenen belastingclaim bepaalt. Dit kan anders zijn in familieverband, indien partijen niet van plan zijn het onderste uit de kan te halen. Dit neemt niet weg dat partijen zakelijk moeten handelen, omdat anders sprake kan zijn van een schenking.

Bij overlijden moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat er één erfgenaam is of meer erfgenamen. Indien er één erfgenaam is, valt er niets te verrekenen. Bij meer erfgenamen die voor gelijke delen erven kunnen de belangen van voortzetters en niet-voortzetters uiteenlopen.²¹ De voortzetter heeft belang bij een zo hoog mogelijke vaststelling van de belastingclaim. Het is aldus nog maar de vraag welk bedrag uiteindelijk verrekend wordt. Toch kan naar mijn mening ook hier niet worden gesproken van een indirecte betaling van de belastingclaim. Het is slechts de verdeling van de koek tussen erfgenamen. Ook bij schenking²² gaat het naar mijn mening te ver om te kunnen spreken van een indirecte betaling van de belastingclaim. De overdrager draagt zijn aandelen 'om niet' over aan zijn opvolger.

Concluderend kan worden gesteld dat alleen bij overdrachten tegen een koopsom sprake is van een indirecte betaling van de belastingclaim. Naar mijn mening is dit evenwel niet voldoende om te kunnen stellen dat een doorschuiffaciliteit de toets aan het draagkrachtbeginsel kan doorstaan. Het is vooral de onderhandelingspositie van partijen die de uitkomst bepalen. Ook is de overdrager per saldo gunstiger af ten opzichte van de situatie dat hij de belastingclaim nominaal zou moeten voldoen, hetgeen overigens niet anders is als de overdrager een renteloze invorderingsfaciliteit kan benutten (zoals in art. 25, achtttiende lid, IW 1990).

4.2.2.3 *Neutraliteit*

In hoeverre werkt een faciliteit economisch verstorend? Het is hier niet de bedoeling op kwantitatieve wijze te berekenen hoe groot de verstoring is, maar meer in kwalitatieve zin te beargumenteren of en zo ja hoe het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door doorschuiffaciliteiten. Dit kan leiden tot een welvaartsverlies. Dit welvaartsverlies neemt toe naarmate het substitutie-effect groter wordt.²³ Het is de vraag of een substitutie-effect kan worden onderkend als gevolg van het feit dat een belastingplichtige zich kan

21. Zie ook Brüll (1964), blz. 238-239.

22. Doorschuiven kan voor de bron 'winst uit onderneming' op basis van art. 3.63 Wet IB 2001. Voor ab-houders geldt art. 4.17c Wet IB 2001.

23. Stiglitz (2000), blz. 528.

beroeven op een doorschuiffaciliteit. Een rationeel handelend persoon zal ernaar streven de belastingheffing te minimaliseren.

In het kader van de toetsing aan neutraliteit komt in deze paragraaf aan de orde of doorschuiffaciliteiten het gedrag van een belastingplichtige beïnvloeden waar het betreft de keuze van de rechtsvorm en of door de faciliteiten de keuze tussen een overdracht bij leven dan wel bij overlijden wordt beïnvloed. Ook de in de wetsartikelen gestelde voorwaarden kunnen het gedrag van belastingplichtigen beïnvloeden. Dit komt aan de orde bij de bespreking van de specifieke doorschuiffaciliteiten.

Neutraliteit ten aanzien van rechtsvormkeuze

Een belastingplichtige die een onderneming start kan kiezen tussen een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid en zonder rechtspersoonlijkheid. Bangma en Ridder²⁴ hebben onderzocht welke factoren daarbij een rol spelen. Zij kwamen tot de volgende factoren: fiscale voordelen, administratieve lasten bij oprichting, zeggenschap, aansprakelijkheid, sociale zekerheid, financiering en bedrijfskundige overwegingen. Fiscale overwegingen worden daarbij als dominant aangemerkt. Naar mijn mening is het waar het betreft bedrijfsopvolging vooral relevant dat een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid voordelen biedt uit het oogpunt van continuïteit. Bij de overdracht van een eenmanszaak houdt de onderneming civielrechtelijk op te bestaan. Een andere persoon kan de onderneming wel onder dezelfde naam voortzetten. Indien de onderneming evenwel in de vorm van een kapitaalvennootschap wordt gedreven, heeft dit geen gevolgen voor de onderneming in de vennootschap als de overdracht via de aandelen plaatsvindt. Dit is alleen anders indien de kapitaalvennootschap de onderneming verkoopt.

De vraag is of in casu het al dan niet van toepassing zijn van doorschuiffaciliteiten en de daarbij behorende voorwaarden het gedrag van belastingplichtigen beïnvloedt bij de rechtsvormkeuze en dit daarmee tot een welvaartsverlies leidt.

In het kader van dit onderzoek is als rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid vooral de BV van belang. Aandeelhouders die een ab hebben in een BV kunnen aanspraak maken op specifiek voor het ab geldende doorschuiffaciliteiten. Zo gelden er doorschuiffaciliteiten bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap bij leven (art. 4.17 Wet IB 2001), bij overlijden (art. 4.17a Wet IB 2001), bij verdeling van de nalatenschap (art. 4.17b Wet IB 2001) en bij schenking (art. 4.17c Wet IB 2001).

Als rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid kunnen worden onderscheiden de eenmanszaak, maatschap, CV en VOF. De achterliggende subjecten drijven een IB-onderneming. Zij kunnen gebruikmaken van de volgende doorschuiffaciliteiten: een doorschuiffaciliteit bij de ontbinding van een huwelijksgemeenschap (art. 3.59 Wet IB 2001), een doorschuiffaciliteit bij overlijden (art. 3.62 Wet IB 2001) en een doorschuiffaciliteit bij leven (art. 3.63 Wet IB 2001).

24. Bangma en Ridder (2004), blz. 5-7.

De vraag is of de hiervoor weergegeven doorschuiffaciliteiten belastingplichtigen beïnvloeden bij de keuze van de rechtsvorm. De doorschuifmogelijkheden zijn voor degenen die een IB-onderneming drijven in aantal groter dan voor degenen die de onderneming in de vorm van een BV drijven. Abhouders kunnen bij leven immers alleen gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit als zij de ab-aandelen schenken. Degenen die een onderneming drijven op grond van art. 3.4 Wet IB 2001, dan wel op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 kunnen, mits zij voldoen aan de voorwaarden, ook doorschuiven als ze de onderneming tegen een tegenprestatie vervreemden (al dan niet tegen schuldigerkenning). Naar mijn mening kan geen uitspraak worden gedaan of dit aspect het gedrag van belastingplichtigen zodanig beïnvloedt dat als rechtsvorm een IB-onderneming wordt verkozen boven een BV. Het is goed mogelijk dat andere factoren, zoals de ondernemersaftrek voor IB-ondernemers²⁵ en het veelal lagere tarief in de winstsfeer bij het opstarten van de onderneming, een grotere rol spelen. Bij de keuze voor de ondernemingsvorm speelt ook een rol dat indien de onderneming in de vorm van een BV wordt gedreven sprake is van hogere kosten bij oprichting van de vennootschap²⁶ en dat ook de jaarlijkse kosten hoger zijn. Hogere kosten voor belastingplichtigen leiden tot een welvaartsverlies.

Een ander verschil tussen de winstsfeer en de ab-sfeer betreft het houden van een medegerechtigdheid als commanditair vennoot in een besloten CV. Indien een natuurlijk persoon op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 als commanditair vennoot kwalificeert, kan deze zonder nadere voorwaarden gebruikmaken van art. 3.59 Wet IB 2001, art. 3.62 Wet IB 2001 en art. 3.63 Wet IB 2001. Als de medegerechtigdheid evenwel door een vennootschap wordt gehouden, geldt op grond van art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001²⁷ dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven materiële onderneming en dat de aandelen worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de CV, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.²⁸ Het verschil tussen de situatie dat de medegerechtigdheid wordt gehouden door een natuurlijk persoon, dan wel een vennootschap betreft de positie van de verkrijger. In de winstsfeer behoeft de opvolger niet reeds beherend vennoot te zijn in de CV. Dit geldt wel indien de medegerechtigdheid door een vennootschap wordt gehouden. Ook hier bestaat dus een kans dat in het geval van een medegerechtigdheid het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door de minder strenge voorwaarden in de winstsfeer.

25. Art. 3.74 Wet IB 2001.

26. De kosten zijn wel lager geworden als gevolg van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.

27. Dit artikellid geldt op grond van art. 4.17c, derde lid, Wet IB 2001 ook voor schenkingen.

28. Op basis van art. 3.65, eerste lid, Wet IB 2001 geldt voor de geruisloze inbreng van een onderneming in een NV of BV ook een eis ten aanzien van de medegerechtigdheid. De medegerechtigdheid van de belastingplichtige moet de rechtstreekse voortzetting vormen van zijn gerechtigdheid of medegerechtigdheid als ondernemer.

Neutraliteit tussen leven en overlijden

In de Wet IB 2001 zijn zowel doorschuiffaciliteiten bij leven als bij overlijden opgenomen. Indien de doorschuiffaciliteiten bij leven minder ruimte bieden dan bij overlijden kunnen belastingplichtigen worden aangespoord te wachten met de overdracht tot overlijden. Door de onderneming niet over te dragen ontvangt de potentiële overdrager nog niet de koopsom voor zijn onderneming. Hij kan deze middelen dus niet elders investeren of beleggen. Het is derhalve mogelijk dat het vermogen minder rendabel wordt geïnvesteerd. Niet overdragen betekent dat het vermogen in de onderneming blijft zitten. Het wachten met de overdracht tot overlijden is voorts minder efficiënt als een ander individu een beter rendement met de onderneming had kunnen behalen.

Het is eerst van belang na te gaan in welke situaties het plausibel is dat belastingplichtigen de overdracht uitstellen tot het moment van overlijden. Dit doet zich voor als de mogelijkheden tot doorschuiven groter zijn bij overlijden dan bij leven. Bij overlijden is de doorschuiffaciliteit in de winstsfeer beperkt tot de groep die krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht verkrijgt (art. 3.62 Wet IB 2001). In de regel zijn dit de langstlevende partner en de kinderen. Op deze groep winstgenieters was onder de Wet IB 1964 de doorschuiffaciliteit bij leven gericht (art. 17 Wet IB 1964). De faciliteit gold aanvankelijk alleen voor overdracht van een onderneming door ouders aan kinderen, indien deze plaatsvond op of na het 65^e jaar²⁹ van de ouder.³⁰ De faciliteit werd onderbouwd door de stelling dat deze faciliteit kon bijdragen aan *'het overdragen van de onderneming op een voor de bedrijfsvoering passend tijdstip'*.³¹ Fiscaal geruisloos doorschuiven aan de partner werd bij leven pas met ingang van 1 januari 1990 mogelijk. Vanaf 1 januari 2001 is de groep personen aan wie, onder voorwaarden, geruisloos kan worden doorgeschoven uitgebreid tot belastingplichtigen met wie gedurende 36 maanden een samenwerkingsverband heeft bestaan (art. 3.63 Wet IB 2001). De beperking tot doorschuiving binnen de familiekring is losgelaten. In de wetsgeschiedenis is dit beargumenteerd door te stellen dat *'de huidige faciliteit van doorschuiving in de familiesfeer te beperkt is, omdat de overdracht aan een familielid dat nooit actief bij de onderneming betrokken is geweest, gunstiger wordt behandeld dan bijvoorbeeld de overdracht aan een derde die dat wel was'*.³² Inmiddels is doorschuiving ook mogelijk naar werknemers die gedurende 36 maanden als werknemer in de onderneming werkzaam zijn.

Aangezien de groep aan wie geruisloos kan worden doorgeschoven bij leven groter is dan die bij overlijden zijn er geen argumenten te wachten met de overdracht tot het moment van overlijden.³³ De huidige doorschuiffaciliteit stimuleert belastingplichtigen derhalve reeds bij leven over te dragen. Dit is

29. Later is dit 55 jaar geworden. Ook kon een belastingplichtige van de faciliteit gebruikmaken indien deze voor 45% of meer arbeidsongeschikt was.

30. In het wetsontwerp dat uiteindelijk leidde tot de invoering van de Wet IB 1964 was deze doorschuiffaciliteit opgenomen in art. 16a.

31. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 38.

32. NR, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. A, blz. 6.

33. Uiteraard kan ook bij overlijden aan iemand buiten de familiekring worden overgedragen. De

economisch wenselijk. Alleen de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden kunnen belastingplichtigen ervan weerhouden gebruik te maken van de doorschuiffaciliteit bij leven. Dit komt aan de orde in paragraaf 4.2.3.3.c.

Voor ab-houders geldt dat met ingang van 1 januari 2010 het ook mogelijk is gemaakt de doorschuiffaciliteit te benutten indien ab-aandelen worden geschonken. De regering vond het vanuit economisch oogpunt niet wenselijk dat de overdracht in bepaalde situaties werd uitgesteld tot het moment van overlijden.³⁴ Deze wijziging heeft de versturende werking voor een gedeelte weggenomen. Voor een gedeelte omdat niet iedereen in de mogelijkheid verkeert zijn ab-aandelen te schenken. De aandelen zijn vaak bestemd als oudedagsvoorziening. Indien partijen dan toch de doorschuiffaciliteit willen benutten, moet worden gewacht met de overdracht tot het moment van overlijden. Aldus beïnvloedt het ontbreken van een ruimere doorschuifmogelijkheid bij leven voor ab-houders (zoals art. 3.63 Wet IB 2001) het gedrag van een belastingplichtige. Dit werkt versturend.

4.2.2.4 *Doeltreffendheid*

In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de doeltreffendheid van doorschuifbepalingen. Hierbij is het door de overheid geformuleerde doel bepalend. In hoofdstuk 6, waar voorstellen tot verbetering worden gedaan, wordt bezien of vanuit welvaartseconomisch oogpunt het doel van de overheid bijstelling behoeft en hoe de faciliteiten daarop kunnen worden afgestemd. In paragraaf 4.2.2.1 (legitimiteit) is aan de orde geweest of doorschuiffaciliteiten kunnen worden gelegitimeerd vanuit welvaartseconomisch oogpunt. Het doel van de regering hoeft hier niet op aan te sluiten. Zo blijkt dat de overheid fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten heeft ingesteld vanuit het oogpunt dat de belastingheffing geen beletsel mag zijn voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten.³⁵ Ook recenter kwam dit aan orde bij de invoering van de doorschuiffaciliteit bij schenking van ab-aandelen: '(...) *de ab-claim vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsopvolgingen*'.³⁶ Indien een doorschuiffaciliteit kan worden toegepast, wordt de belastingclaim doorgeschoven naar de opvolger. Op deze wijze kan de belastingclaim geen bedreiging vormen voor reële bedrijfsopvolgingen.³⁷ In die zin kan worden geconcludeerd dat doorschuifbepalingen doeltreffend zijn. Aan deze doeltreffendheid kan afbreuk worden

ondernemer kan bijvoorbeeld in zijn testament opnemen dat de onderneming tegen inbreng van de waarde wordt gelegateerd aan iemand buiten de familiekring. Dit is een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel. De in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit kan worden toegepast. Naar mijn mening betreft dit evenwel een situatie die minder vaak voorkomt.

34. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 22.

35. Zie o.a. Ministerie van Financiën (2004), paragraaf 2.3.

36. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3.

37. In MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5 noemt de regering de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolging. Deze voorwaarden zijn verwerkt in art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001.

gedaan door de in de specifieke bepalingen opgenomen voorwaarden. Deze voorwaarden verschillen per faciliteit. Bij de toetsing van de afzonderlijke faciliteiten wordt nader op deze voorwaarden ingegaan.

Hoogeveen³⁸ heeft onderzoek gedaan naar de effectiviteit³⁹ van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit is gedaan op basis van het financieringsmodel van Altman uit 1968.^{40, 41} In het model wordt een Z-score berekend op basis van een aantal in te voeren financiële ratio's. De Z-score geeft aan hoe waarschijnlijk het is dat een onderneming in financiële problemen zal geraken. Een Z-score boven de 2,90 geeft aan dat de onderneming veilig is. Indien de score lager is dan 1,23 is het bedrijf in de kritieke fase. Tussen deze twee waarden ligt het grijze gebied.⁴² Hoogeveen heeft het model niet gebruikt om een eventueel faillissement te voorspellen. Zij heeft op basis van het model onderzoek gedaan naar het effect van een bepaald type overdracht, de belastingheffing daarover en de toegepaste bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op de financiële positie van een IB-onderneming en een AB-onderneming.⁴³ Als doelstelling van het onderzoek is geformuleerd '(...) te bepalen of de overheid de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten inzet voor die overdrachten die dat vanuit de te financieren overdrachtsprijs het meest nodig hebben'.⁴⁴ Zelf toets ik de doeltreffendheid op basis van het door de overheid geformuleerde doel (zie paragraaf 1.4). Dit doel betreft het voorkomen van liquiditeitsproblemen als gevolg van belastingheffing bij een bedrijfsoverdracht waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar zou kunnen komen. De doelstelling van Hoogeveen raakt in mijn onderzoek eerder de toetsing aan legitimiteit waarbij het gaat om de vraag of overheidsingrijpen vanuit welvaartseconomisch oogpunt kan worden verklaard. In dat opzicht had het onderzoek van Hoogeveen ook bij de toetsing aan legitimiteit aan de orde kunnen komen.

In deze paragraaf worden de resultaten van het onderzoek van Hoogeveen aangaande de doorschuiffaciliteiten besproken. In het onderzoek zijn naast de doorschuiffaciliteiten ook de invorderingsfaciliteiten uit de IW 1990 (betrekking hebbend op de inkomstenbelasting) en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van art. 35b SW 1956 meegenomen. De resultaten aangaande de andere faciliteiten worden, indien de resultaten daar aanleiding toe geven, besproken alwaar de betreffende faciliteiten worden getoetst.

38. Hoogeveen (2011), blz. 473-486. Het onderzoek is uitgevoerd in samenwerking met Vernooij en eerder gepubliceerd in Hoogeveen en Vernooij (2010).

39. Ik hanteer hier de term die Hoogeveen gebruikt. Zelf gebruik ik de term 'doeltreffendheid'. In de tekst wordt nog nader ingegaan op de gebruikte termen.

40. Altman en Hotchkiss (2006), blz. 238.

41. Hoogeveen (2011), blz. 474-475 plaatst kanttekeningen bij het model, maar is desondanks van mening dat het model goed gebruikt kan worden in haar onderzoek.

42. Altman en Hotchkiss (2006), blz. 246.

43. Hoogeveen doelt met een ab-onderneming op een in de BV-vorm gedreven onderneming waarbij het ab in privé wordt gehouden. Bij de bespreking van het onderzoek volg ik de door de auteur gekozen term. Ik gebruik in het onderzoek zelf de term 'Vpb-onderneming'.

44. Hoogeveen (2011), blz. 473.

Het onderzoek is verricht aan de hand van twee fictieve casussen (een IB-onderneming en een AB-onderneming). Het onderzoek is gedaan voor de situatie van een verkoop (al dan niet tegen schuldigerkenning), voor een schenking en voor vererving. De financiële positie van de onderneming wordt voorafgaand aan de bedrijfsopvolging vergeleken met die van direct na de bedrijfsopvolging (met en zonder faciliteiten). De financiële positie van de onderneming wordt uitgedrukt in een Z-score waarbij een hogere score duidt op een betere positie (uitgangspositie is een Z-score van 3,2⁴⁵). Een Z-score van minder dan 1,23 geeft volgens het Altman-model aan dat het waarschijnlijk is dat de onderneming binnen twee jaren failliet gaat. Uit het onderzoek zijn de volgende Z-scores letterlijk overgenomen, waarbij alleen die uitkomsten zijn overgenomen die voor de toetsing van doorschuiffaciliteiten relevant zijn:

IB-onderneming	1/3 EV en 2/3 VV	100% VV
Verkoop zonder faciliteiten	1,43	1,28
Verkoop met art. 3.63 Wet IB 2001	1,61	1,45
Schenking aan kind zonder faciliteiten	2,34	2,14
Schenking aan kind met art. 3.63 Wet IB 2001 maar zonder art. 35b SW 1956	2,81	2,68
Schenking aan werknemer zonder faciliteiten	1,93	1,72
Schenking aan werknemer met art. 3.63 Wet IB 2001 maar zonder art. 35b SW 1956	2,51	2,31
Vererving aan kind zonder faciliteiten	1,95	1,74
Vererving aan kind met art. 3.62 Wet IB 2001, zonder art. 35b SW 1956	2,83	2,7
AB-onderneming		
Verkoop zonder faciliteiten	1,79	1,63
Schenking aan kind zonder faciliteiten	2,58	2,39
Schenking aan kind met 4.17c Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 ⁴⁶	2,82	2,67
Schenking aan werknemer zonder faciliteiten	2,24	2,04
Schenking aan werknemer met art. 4.17c Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 ⁴⁷	2,81	2,67
Vererving aan kind zonder faciliteiten	2,25	2,04
Vererving aan kind met art. 4.17a Wet IB 2001, zonder art. 35b SW 1956	2,60	2,41

45. Dit is volgens de auteurs willekeurig gekozen. Ze beogen slechts het relatieve effect tussen de verschillende varianten weer te geven.

46. De uitkomst is niet gegeven voor de situatie waarbij wordt geschonken aan een kind met toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 maar zonder art. 35b SW 1956.

47. De uitkomst is niet gegeven voor de situatie waarbij wordt geschonken aan een werknemer met toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 maar zonder art. 35b SW 1956.

De berekeningen laten zien dat in alle gevallen de verkoopvariant tot de laagste Z-score leidt. In dat geval moet de overnemer immers de koopsom financieren, hetgeen tot een financieringslast in de onderneming leidt.⁴⁸ Toepassing van art. 3.63 Wet IB 2001 (doorschuiffaciliteit bij leven aan een medeondernemer dan wel werknemer) leidt voor een IB-onderneming tot een betere score omdat rekening is gehouden met een lagere financieringslast voor de koper, hetgeen de liquiditeitspositie gunstig beïnvloedt. Dit is uiteraard afhankelijk van de hoogte van de stille reserves, welke activa het betreft en van welke voortzettingduur wordt uitgegaan. Ook speelt de onderhandelingspositie van de koper en verkoper een belangrijke rol. Een vergelijkbare doorschuiffaciliteit als art. 3.63 Wet IB 2001 geldt niet voor ab-ondernemingen. Voor ab-ondernemingen geldt wel een doorschuiffaciliteit bij schenking. De schenk- en erfbelasting worden gezien als koopsom van de onderneming. Toepassing van een doorschuiffaciliteit leidt er in ieder geval toe dat de begiftigde minder schenkbelasting is verschuldigd (art. 20, zesde lid, SW 1956). Dit beïnvloedt de score positief. Verder is het zo dat de begiftigde bij doorschuiving de belastingclaim overneemt. In feite betaalt hij voor de onderneming in de vorm van lagere fiscale afschrijvingen in de toekomst. De score is in verervingssituaties lager dan bij schenking, omdat in de berekeningen is verondersteld dat de verkrijger de inkomstenbelasting als erfgenaam voor zijn rekening neemt.

Hoogeveen⁴⁹ concludeert dat de faciliteiten gericht zijn op die vormen van bedrijfsoverdrachten waarbij de overnemende partij de faciliteit het minst hard nodig heeft. Zo is de begiftigde ter zake van de overname bij schenking alleen schenkbelasting verschuldigd. Indien een onderneming tegen een koopsom wordt overgedragen wordt de koper evenwel met de hoogste financieringslast geconfronteerd. Voor deze koper gelden geen directe faciliteiten. Een winstgenieter kan hoogstens via de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001 profiteren van een lagere koopsom. Een ab-houder kent een dergelijk voordeel niet. Met de voorgaande conclusies kan ik instemmen. Toch moet het onderzoek met enige voorzichtigheid worden beoordeeld. De in paragraaf 16.3 van het onderzoek geformuleerde uitgangspunten leiden tot een gestileerd beeld van de werkelijkheid. Dit is in een model normaliter niet anders, maar in dit onderzoek zijn 'slechts' twee fictieve casussen verwerkt. Zo is in het onderzoek verondersteld dat er maar één erfgenaam is. De cijfers leiden bij vererving tot andere uitkomsten indien de overnemende erfgenaam de waarde van de onderneming moet inbrengen in de nalatenschap. Wat Hoogeveen met dit onderzoek wel heeft bereikt is dat voor de twee fictieve casussen het effect is becijferd van het toepassen van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

48. Bij een AB-onderneming is eerst de vraag relevant wie de aandelen in de werkmaatschappij koopt. In het onderzoek is verondersteld dat het belang in de AB-onderneming in privé wordt gehouden, maar de schuld is fictief aan de BV toegerekend. De rente is in aftrek gebracht tegen het Vpb-tarief.

49. Hoogeveen (2011), blz. 479.

Een negatief effect van doorschuiffaciliteiten is dat de belastingclaim op de steeds verder groeiende stille reserves alsmaar groter kan worden.⁵⁰ Dit kan ertoe leiden dat bij een volgende overdracht toepassing van een doorschuif-faciliteit bijna noodzakelijk wordt vanwege een omvangrijke belastingclaim.⁵¹ Hierbij kan worden gedacht aan een bedrijfspand.⁵² Indien de afschrijving op een bedrijfspand niet overeenkomt met de werkelijke waardedaling kan dit tot een omvangrijke stille reserve leiden. De mogelijkheden om alsmaar te blijven afschrijven worden overigens wel beperkt als gevolg van art. 3.30a Wet IB 2001. Bedrijfspanden in eigen gebruik kunnen op grond van dit artikel worden afgeschreven tot 50% van de WOZ-waarde. Ook kunnen stille reserves omvangrijk zijn als gevolg van willekeurige afschrijvingen (art. 3.31-3.39 Wet IB 2001). Bij bedrijfspanden wordt dit overigens beperkt tot de eerdergenoemde 50%.^{53, 54} De willekeurige afschrijving op andere bedrijfsmiddelen wordt niet beperkt door art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001.⁵⁵ Ook bedrijfsmiddelen waarop een herinvesteringsreserve is afgeboekt kunnen omvangrijke stille reserves bevatten. Indien deze stille reserves alsmaar kunnen worden doorgeschoven, kan sprake zijn van een omvangrijke belastingclaim. Vanuit economisch oogpunt kunnen alsmaar groeiende belastingclaims verstorend werken, omdat deze belastingplichtigen ervan kunnen weerhouden bedrijfsmiddelen te vervangen.⁵⁶ Overigens is voornoemd probleem bij goodwill minder aanwezig, omdat goodwill steeds weer pleegt te worden vervangen door nieuwe goodwill. Dit geldt ook voor bedrijfsmiddelen die geregeld worden vervangen.

Tot slot bespreek ik nog de mogelijkheid tot doorschuiving van de oudedagsreserve. De oudedagsreserve kan worden beschouwd als een persoonlijke fiscale reserve en kan daarom, anders dan de andere in art. 3.53 Wet IB 2001 genoemde fiscale reserves, niet zonder meer worden doorgeschoven. Dit kan alleen indien de oudedagsreserve op de langstlevende echtgenoot of gewezen echtgenoot (art. 3.59 Wet IB 2001) of de partner (art. 3.62 en 3.63 Wet IB 2001) overgaat. In genoemde wetsartikelen is bepaald dat de oudedagsreserve mag worden doorgeschoven naar de langstlevende echtgenoot, gewezen echtgenoot dan wel

50. Dit was ook de reden dat vele Kamerleden destijds voorstander waren van een afrekening bij overlijden. Afrekening moest volgens deze leden wel reëel mogelijk zijn. Derhalve werd het 20%-tarief bij overlijden toegejuicht. Ook wensten de Kamerleden een soepele betalingsregeling (mede door de cumulatie met het successierecht). Zie Voorlopig verslag, Kamerstukken II 1961/62, 5380, nr. 16, blz. 16.
51. Zie paragraaf 3.2.4.2 alwaar de bepaling van de jaarwinst aan de orde is geweest. In die paragraaf is beschreven hoe de belastingclaim zich ontwikkelt gedurende het bestaan van de onderneming.
52. Uit onderzoek van Burgerhart, Hoogeveen en Egger (2009) blijkt dat stille reserves in onroerende zaken en de goodwill als grootste veroorzakers van de IB-claim worden gezien.
53. NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 76.
54. Bij investeringen vóór 1 januari 2007 speelt de bodemwaarde overigens geen rol (art. 3.39 Wet IB 2001).
55. NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 63.
56. Zie ook Brüll (1964), blz. 238 die aangeeft dat het steeds aangroeien van stille reserves tot een volstrekke immobiliteit in het bedrijf kan leiden.

partner voor zover de oudedagsreserve niet uitgaat boven het ondernemingsvermogen – in de zin van art. 3.71 Wet IB 2001 – waarmee deze de onderneming voortzet. Indien de langstlevende echtgenoot of gewezen echtgenoot pas ondernemingsactiviteiten start na het overlijden van de belastingplichtige, is het mogelijk dat hieraan niet voldaan kan worden. Dit komt omdat de voortzettende echtgenoot verdergaat met de fiscale boekwaarden van de overledene, maar daar bijvoorbeeld wel een overbedelingsschuld aan andere erfgenamen tegenover heeft staan. Als het doel van doorschuiffaciliteiten in ogeschouw wordt genomen, zijnde het continueren van de onderneming, kan de afrekening over de fiscale oudedagsreserve tot liquiditeitsproblemen leiden als het geld uit de onderneming moet worden gehaald ten einde de fiscale claim te kunnen voldoen. Naar mijn mening is het, uitgaande van de continuering van de huidige doorschuiffaciliteiten, niet bezwaarlijk de oudedagsreserve van de overledene in deze situatie geheel door te schuiven naar de langstlevende echtgenoot of gewezen echtgenoot. Dit beperkt deze persoon wel bij toekomstige toevoegingen (art. 3.68, tweede lid, Wet IB 2001).

4.2.2.5 Doelmatigheid

Bij de toetsing aan doelmatigheid gaat het om de beoordeling of de kosten van de faciliteit in verhouding staan tot de opbrengsten. In paragraaf 1.4 (toetsingskader) is beargumenteerd waarom deze beoordeling op kwalitatieve wijze plaatsvindt. Gegevens om de kosten en opbrengsten van doorschuiffaciliteiten te berekenen ontbreken. Nu de toetsing aan doeltreffendheid heeft geleid tot de conclusie dat met doorschuiffaciliteiten het continuïteitsbelang wordt gediend, is het nog de vraag of de kosten in verhouding staan tot de opbrengsten.

Om de doorschuiffaciliteiten toe te kunnen passen, hoeft niet te worden aangetoond dat daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem. Belastingplichtigen kunnen gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit, terwijl dat niet noodzakelijk is voor het doel, te weten een mogelijk continuïteitsprobleem ten aanzien van de onderneming. Er treedt een cadeaueffect op. De overheid verleent een faciliteit waardoor de belastingopbrengsten dalen, terwijl daar geen maatschappelijke baten tegenover staan. Alleen indien de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk wordt bedreigd, kan een faciliteit maatschappelijke baten opleveren. Indien dit niet aan de orde is, behoeft de overheid ook niet in te grijpen. Nu is het zo dat het bepalen of de overdrager over voldoende middelen beschikt, geen gemakkelijke opgave is. Welke middelen zouden in de beoordeling moeten worden betrokken? Betreft dit alleen vermogensbestanddelen die gemakkelijk liquide te maken zijn of speelt dit geen rol? Deze kwestie zou alleen kunnen worden opgelost door in de desbetreffende doorschuifbepalingen aanvullende voorwaarden op te nemen. De RvS schrijft in zijn advies naar aanleiding van het wetsvoorstel Ondernemerspakket 2001⁵⁷ dat

57. Advies RvS, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. A, blz. 5-6.

een doorschuiffaciliteit alleen mogelijk zou moeten zijn *'indien geen liquiditeiten buiten de onderneming om beschikbaar komen voor fiscale afrekening'*. De RvS noemt als voorbeeld voor de winstsfeer de situatie waarbij de overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt, waarbij de vordering als (verplicht) ondernemingsvermogen zou moeten kwalificeren. Mij is niet geheel duidelijk wat de RvS bedoelt met 'buiten de onderneming' om. Is nu wel of niet relevant of de overdrager in privé andere middelen ter beschikking heeft om de belastingclaim te voldoen? Want ook in de situatie dat wordt overgedragen tegen een vordering kan de overdrager in privé over middelen beschikken om de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim te voldoen. Spaanstra⁵⁸ wil de faciliteit beperken tot de situatie dat de fiscale claim leidt tot liquidatie, dan wel indien de aandelen moeten worden vervreemd op een niet-vrijwillig tijdstip. Dit gaat mij te ver. Een onderzoek dat erop is gericht vast te stellen of de belastingclaim tot liquidatie kan leiden, is (te) bewerkelijk maar vooral (te) arbitrair. Dit geldt naar mijn mening ook als onderzocht zou moeten worden of sprake is van een niet-vrijwillige overdracht. Bij overlijden is dit duidelijk, maar wanneer kan in andere situaties gesproken worden over een al dan niet vrijwillige overdracht. Desondanks ben ook ik van mening dat de voorwaarden voor toepassing van een doorschuiffaciliteit anders ingekleed moeten worden. Dit komt in hoofdstuk 6 aan de orde alwaar ik voorstellen tot verbetering doe.

Overigens zijn doorschuiffaciliteiten in de winstsfeer doelmatiger dan in de ab-sfeer. Na doorschuiving gaat de overnemer in de winstsfeer immers over een lager bedrag afschrijven dan wanneer zou zijn afgerekend. Ook moet de overnemer verdergaan met een eventueel lagere kostprijs van de voorraad. Dit leidt jaarlijks tot een hogere fiscale winst ten opzichte van de situatie waarbij bij overdracht belasting is betaald. De overheid verdient in feite de kosten van de faciliteit terug in de jaren na overdracht. Bij doorschuiving in de ab-sfeer doet dit zich allemaal uiteraard niet voor omdat de activa niet worden overgeheveld en daardoor de afschrijvingsbasis ongewijzigd blijft. Het voorgaande neemt niet weg dat de overheid ook in de winstsfeer een liquiditeits- en dus een rentenadeel lijdt. Bij de toetsing van de specifieke doorschuiffaciliteiten wordt nader ingegaan op deze materie.

De toetsing aan doelmatigheid kent ook een extern element. Zo moeten de administratieve lasten voor de belastingplichtige worden meegenomen. Doorschuiffaciliteiten lijken eenvoudig te zijn in de uitvoering. Toch is het nog maar de vraag of dit zo is. Het principe van doorschuiven is dat in de ondernemingsfeer de fiscale boekwaarden kunnen worden doorgeschoven en in het ab-regime de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen. Partijen ontkomen er evenwel niet aan de waarde in het economische verkeer van de onderneming, dan wel van de ab-aandelen te bepalen. Vervolgens zal de overnemer de prijs gecorrigeerd willen zien met de contante waarde van de belastingclaim. Juist het bepalen van deze in de toekomst verschuldigde belastingclaim is geen

58. Spaanstra (1963b).

sinecure. De overdrager en voortzetter kunnen hieromtrent afwijkende inzichten hebben. Ook kunnen er nog andere belanghebbenden bij het proces betrokken zijn. Zo kunnen bij overlijden niet-voortzettende erfgenamen er belang bij hebben dat de contante waarde van de belastingclaim zo laag mogelijk wordt vastgesteld. In paragraaf 6.3.1.2 wordt ingegaan op de vraag of voorschriften voor het bepalen van de belastinglatentie wenselijk zijn.⁵⁹

De administratieve lasten van de belastingplichtige nemen voorts toe door het verschil tussen de doorschuiffaciliteiten. Zo bestaan er allereerst verschillen in toepasbaarheid tussen de doorschuiffaciliteiten voor ab-houders en winstgenieters (zie paragraaf 4.2.3.3). Nu gaat het er in de fase van bedrijfsoverdracht niet meer om voor welke rechtsvorm wordt gekozen, maar wat de voorwaarden zijn om door te kunnen schuiven bij iedere specifieke overdracht. Dit neemt niet weg dat de belastingplichtige een adviseur nodig heeft die in staat is de verschillende voorwaarden per specifieke faciliteit te doorgronden. In de volgende paragrafen zal blijken dat de materie complex is. De toetsing aan doelmatigheid komt dan nader aan de orde.

4.2.2.6 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie worden de bevindingen uit deze paragraaf in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan aanbevelingen gedaan teneinde tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. De symbolen hebben de volgende betekenis:

- ++ = overtuigend positief
- + = positief
- +/- = neutraal
- = negatief
- = overtuigend negatief

In het schema is de toetsing aan legitimiteit niet verwerkt. Met paragraaf 4.2.2.1 is bedoeld een kader te schetsen voor de toetsing van de afzonderlijke faciliteiten op legitimiteit. Conclusies aangaande legitimiteit kunnen alleen worden getrokken per specifieke doorschuifbepaling en niet in algemene zin.

59. Zo zijn in art. 20, vijfde en zesde lid, SW 1956 forfaitaire percentages opgenomen op basis waarvan de latente belastingschuld moet worden bepaald.

Toetsing doorschuiffaciliteiten in algemene zin

Gelijkheid	Mensenrechtenverdragen: belastingplichtigen die wel een onderneming drijven versus degenen die geen onderneming drijven/Geen gelijke gevallen, maar geen onevenredige ongelijke behandeling.	++
	Mensenrechtenverdragen: winstgenieters versus abhouders/Gelijke gevallen, maar wel objectieve en redelijke rechtvaardiging voor ongelijke behandeling.	++
	Draagkrachtbeginsel: doorschuiffaciliteiten zijn niet in overeenstemming met uitgangspunten subjectgebonden belasting.	- -
	Draagkrachtbeginsel: uitgangspunt dat belasting indirect wordt betaald is maar ten dele juist.	-
Neutraliteit	Rechtsvormkeuze: verschil in doorschuiffaciliteiten tussen winstgenieters en abhouders beperkte verstoring.	+/-
	Rechtsvormkeuze: verschil in voorwaarden medegerechtigheid tussen winstgenieters en abhouders beperkte verstoring.	+/-
	Neutraliteit leven versus overlijden: voor winstgenieters is de verstoring beperkt door algemene doorschuifmogelijkheid art. 3.63 Wet IB 2001. Wellicht beperking door in dat lid gestelde voorwaarden. Zie toetsing art. 3.63 Wet IB 2001.	+
	Neutraliteit leven versus overlijden: voor abhouders wel verstoring. Geen algemene doorschuifmogelijkheid bij leven, behoudens bij schenking.	- -
Doeltreffendheid	Belastingclaim wordt doorgeschoven naar voortzetter. Belastingheffing is geen beletsel.	++
	Nadeel van doorschuiffaciliteiten is dat de belastingclaim steeds groter kan worden, hetgeen doorschuiven uiteindelijk noodzakelijk kan maken.	-
	Doorschuifmogelijkheid oudedagsreserve naar partner positief. Vermogenstoets zou mogen vervallen.	+
Doelmatigheid	Van de doorschuiffaciliteiten kan ook gebruik worden gemaakt als de belastingheffing niet tot liquiditeitsproblemen leidt. Dit leidt tot cadeaueffecten.	- -
	Vanuit oogpunt van administratieve lasten moeten doorschuiffaciliteiten worden afgewezen.	- -
	Verskil in voorwaarden tussen de verschillende doorschuiffaciliteiten maakt de wetgeving complex.	- -

4.2.3 Doorschuiffaciliteiten voor winstgenieters**4.2.3.1 Inleiding**

Bij een IB-ondernemer wordt bij een bedrijfsoverdracht de winst in de heffing betrokken die nog niet eerder belast is geweest (stakingswinst). De stakingswinst

wordt onderscheiden in winst behaald met de staking en winst behaald bij de staking. Winst behaald met de staking betreft de winst die ontstaat door overdracht of liquidatie van de onderneming. De in de subjectieve onderneming aanwezige stille reserves en goodwill worden op die grond in de heffing betrokken. Winst behaald bij de staking betreft enerzijds de vrijval van de in art. 3.53 Wet IB 2001 opgenomen fiscale reserves en anderzijds de op grond van art. 3.47 Wet IB 2001 verschuldigde desinvesteringsbijtelling.⁶⁰ Om de heffing over de stakingswinst te voorkomen zijn in de Wet IB 2001 de volgende doorschuiffaciliteiten opgenomen:

- doorschuiving door ontbinding huwelijksgemeenschap, paragraaf 4.2.3.2 (art. 3.59, tweede en derde lid, Wet IB 2001);
- doorschuiving bij staking door overlijden, paragraaf 4.2.3.3 (art. 3.62 Wet IB 2001);
- doorschuiving naar medeondernemers of werknemers, paragraaf 4.2.3.4 (art. 3.63 Wet IB 2001).

Na doorschuiving treedt de overnemer voor zijn deel in de plaats van de overdrager. Dit betekent allereerst dat de overnemer verdergaat met de fiscale boekwaarden van de overdrager. Ook kan de overnemer niet zomaar de vermogensetikettering naar believen aanpassen. Dit kan alleen maar indien er, zoals dit ook buiten gevallen van overdracht geldt, bijzondere omstandigheden zijn die dit rechtvaardigen.⁶¹ De overnemer is gebonden aan de regels die art. 3.25 Wet IB 2001 geeft. Er moet een bestendige gedragslijn worden gevolgd die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt.⁶² Ook de fiscale reserves kunnen worden doorgeschoven, met uitzondering van de oudedagsreserve. Deze laatste kan alleen, onder voorwaarden, worden doorgeschoven naar de partner (zie hiervoor paragraaf 4.2.2.4).

De overnemer kan niet willekeurig afschrijven op de overgenomen bedrijfsmiddelen. Dit kan alleen indien de overdrager de willekeurige afschrijving nog niet volledig heeft toegepast (HR 11 april 2001, nr. 36 381, BNB 2001/245). De overnemer kan ook geen investeringsaftrek toepassen op de overgenomen bedrijfsmiddelen. De verplichtingen inzake mogelijke desinvesteringsbijtellings gaan over op de overnemer.⁶³

De doorschuifbepalingen worden in de volgende paragrafen getoetst op elementen die specifiek voor die bepalingen van belang zijn.

In paragraaf 4.2.3.5 is een tussenconclusie opgenomen waarin de bevindingen voor iedere afzonderlijke faciliteit per toetsingscriterium worden samengevat.

60. Bij een staking door overlijden of door ontbinding van een huwelijksgemeenschap vindt geen desinvesteringsbijtelling plaats.

61. Zie hiervoor aant. 12 bij art. 3.8 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

62. Zie hiervoor Lubbers (2012), paragraaf 7.3.4.

63. MvT, Kamerstukken II 1957/58, 5380, nr. 3, blz. 38.

4.2.3.2 *Doorschuiwing door ontbinding huwelijksgemeenschap*

4.2.3.2.a *Werking bepaling*

In paragraaf 3.2.4.3.a is aan de orde geweest dat bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap waartoe het vermogen van een onderneming behoort een fictief stakingsmoment wordt aangenomen (art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001).⁶⁴ Op grond van het tweede lid van art. 3.59 Wet IB 2001 kan de belastingclaim worden doorgeschoven, mits de onderneming rechtstreeks wordt voortgezet of mede wordt voortgezet. Aangezien in de wettekst wordt gesproken over het voortzetten van de onderneming, geldt het tweede lid van art. 3.59 Wet IB 2001 naar mijn mening ook voor degenen die op grond van art. 3.3 Wet IB 2001 onder het winstbegrip worden gebracht (zoals medege-rechtigden).⁶⁵ In tegenstelling tot andere doorschuifbepalingen is doorschui-ving bij rechtstreeks voortzetten verplicht (art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001). De doorschuifbepaling geldt niet alleen voor stille reserves maar ook voor fiscale reserves.⁶⁶ Op grond van het derde lid van art. 3.59 Wet IB 2001 kan de oudedagsreserve, onder voorwaarden, overgaan op de langstlevende echtge-noot of gewezen echtgenoot.⁶⁷ Zie voor een beoordeling van deze bepaling het slot van paragraaf 4.2.2.4.

4.2.3.2.b *Legitimiteit*

In paragraaf 3.2.4.3.a is betoogd dat een afrekeningsbepaling bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap niet nodig is, zodat een doorschuifbepaling ook niet nodig zou zijn geweest. Indien een onderneming tot de huwelijksgemeen-schap behoort, drijft de ondernemer de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening (HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9). De in het ondernemingsvermogen besloten liggende waardeveranderingen tot het mo-ment van overlijden van de echtgenoot behoren dan ook bij de ondernemer

64. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 37. De regering verwijst hier naar HR 18 juni 1952, B. nr. 9238, betrekking hebbende op een geval waarin door het overlijden van de echtgenote van de ondernemer met wie hij in gemeenschap van goederen gehuwd was, een gedeelte van het ondernemingsvermogen erfrechtelijk overging op de kinderen uit het huwelijk. Blijkens het arrest stond het de kinderen vrij de aanschaffingsprijs van hun aandeel in de activa te stellen op het bedrag dat door hen zou zijn betaald, indien zij dit aandeel hadden verworven krachtens een normale overeenkomst, waarbij de waarde op zakelijke wijze is bepaald. Zodoende zouden stille reserves buiten de belastingheffing kunnen blijven.

65. Zie ook Schuver (2005), paragraaf 3.3.3.a. Gubbels in Van Vijfeijken e.a. (2007), paragraaf 4.3.6.2.3 is daarentegen van mening dat het rechtstreeks voortzetten impliceert dat de voortzetter ook ondernemer moet zijn. Overigens wordt art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 in art. 3.63 Wet IB 2001 wel expliciet genoemd. Art. 3.63 Wet IB 2001 betreft evenwel een doorschuiffaciliteit die per 1 januari 2001 inhoudelijk grotendeels gewijzigd is, waarin tevens het nieuwe art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 is verwerkt. Dit geldt niet voor art. 3.59 en 3.62 Wet IB 2001. Deze bepalingen zijn op de doorschuiwing van de oudedags-reserve na inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van de Wet IB 1964.

66. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 38 r.k. Dit blijkt overigens ook uit art. 3.59, derde lid, Wet IB 2001.

67. Als de oudedagsreserve evenwel afneemt, mag toch de stakingsaftrek worden toegepast (art. 3.79, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001).

zelf te worden belast (HR 5 maart 1958, nr. 13 427, BNB 1958/148). Nu daarentegen toch een afrekeningsbepaling betrekking hebbend op het aandeel van de niet-ondernemende echtgenoot in de wet (art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001) is opgenomen, kan een doorschuifbepaling naar mijn mening niet ontbreken.⁶⁸ Ik acht een doorschuifbepaling evenwel niet nodig als door overlijden van de niet-ondernemende echtgenoot diens aandeel in de onderneming overgaat op iemand anders dan de ondernemer, bijvoorbeeld het kind. Indien het kind de onderneming (mede) voortzet, volgt een verplichte doorschuiving. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarbij de echtgenoot van de ondernemer overlijdt en in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap het volledige ondernemingsvermogen wordt toegedeeld aan de nalatenschap van de overledene. Een kind zet als erfgenaam de onderneming rechtstreeks voort.⁶⁹ Het gedeelte van de onderneming dat civielrechtelijk aan de niet-ondernemende echtgenoot toebehoorde (de helft), gaat krachtens erfrecht over op het kind. Op dit deel kan de doorschuifbepaling van art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 worden toegepast. Dit moet naar mijn mening niet mogelijk zijn. In feite draagt de ondernemer nu de helft van het aandeel in de onderneming, dat civielrechtelijk toebehoorde aan de niet-ondernemende echtgenoot, over aan het kind.⁷⁰

Kan de doorschuiffaciliteit voor het hiervoor genoemde deel dan worden gelegitimeerd op basis van een kapitaalmarktimperfectie als deze niet is terug te voeren op onvolkomenheden in de wetgeving? Het is de ondernemer die de belasting is verschuldigd. Hij moet afrekenen over de stakingswinst begrepen in het deel van de onderneming dat civielrechtelijk toebehoorde aan zijn overleden echtgenoot en dat krachtens erfrecht overgaat op het kind. Bij de ondernemer komen evenwel uit die overdracht geen middelen vrij om de belasting te voldoen. Dit wil echter niet zeggen dat de middelen uit de onderneming moeten worden gehaald, waardoor de continuïteit van de onderneming zou worden bedreigd. Het blijft een privéschuld van de oorspronkelijke ondernemer. Het is de vraag of de doorschuiffaciliteit kan worden gelegitimeerd vanuit het oogpunt van het kind. Toepassing van een doorschuiffaciliteit leidt tot een lagere koopsom. Er hoeft minder te worden gefinancierd. In dat opzicht draagt een doorschuiffaciliteit gedeeltelijk bij aan het oplossen van een financieringsprobleem. Dit doet

68. Zo ook MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3, blz. 45-46.

69. Een andere variant is die waarbij de huwelijksgoederengemeenschap zodanig wordt verdeeld dat de helft van de onderneming bij de oorspronkelijke ondernemer blijft en de andere helft in het kader van de verdeling van de nalatenschap wordt toegedeeld aan het kind. Op deze laatste helft ziet art. 3.59 Wet IB 2001. De analyse is gelijk aan de situatie zoals beschreven in de tekst waar het betreft het gedeelte dat aan anderen dan de oorspronkelijke ondernemer toekomt.

70. De ondernemer moet op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 ook afrekenen over zijn eigen aandeel in de onderneming. Op deze helft ziet art. 3.59 Wet IB 2001 niet. Hooguit kan de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 worden toegepast. Dit kan zich voordoen als het kind reeds gedurende 36 maanden in de onderneming werkzaam is geweest.

zich evenwel alleen voor als het kind de waarde van het verkregene moet inbrengen in de nalatenschap en dit niet schuldig mag blijven.⁷¹

Art. 3.59 Wet IB 2001 geldt ook voor de situatie dat de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden als gevolg van een echtscheiding. Indien het deel dat civielrechtelijk toebehoort aan de niet-ondernemende echtgenoot wordt toegedeeld aan de ondernemer is de faciliteit legitiem, omdat sprake is van een onvolkomenheid in de wetgeving. De ondernemer drijft immers fiscaalrechtelijk de onderneming geheel voor zijn rekening.

Indien evenwel in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap het ondernemingsvermogen volledig wordt toegedeeld aan de echtgenoot van de ondernemer, wordt de situatie anders. De ondernemer moet afrekenen over de helft die hem civielrechtelijk toebehoort, tenzij kan worden doorgeschoven op grond van art. 3.63 Wet IB 2001. Op de helft die civielrechtelijk aan de echtgenoot toebehoort is art. 3.59 Wet IB 2001 van toepassing. Is het legitiem dat de ondernemer niet hoeft af te rekenen over dit laatste deel? Naar mijn mening is dit niet zo. Uiteindelijk staakt de ondernemer de gehele onderneming, hetgeen tot afrekening zou moeten leiden. De tekst van art. 3.59 Wet IB 2001 zou dienovereenkomstig moeten worden aangepast. Ook kan art. 3.59, derde lid, Wet IB 2001 vervallen. Van een doorschuifmogelijkheid naar de langstlevende echtgenoot op grond van art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 hoort geen sprake te zijn, hetgeen dan ook geldt voor de oudedagsreserve.

4.2.3.2.c *Neutraliteit*

Belastingplichtigen kunnen hun gedrag aanpassen om zo optimaal mogelijk gebruik te maken van doorschuiffaciliteiten. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat een thans wenselijke overdracht zou worden uitgesteld tot een moment dat van een doorschuifmogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. Het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door fiscale faciliteiten. Indien het gaat om de ontbinding van een huwelijksgemeenschap, betreft dit de situatie dat een aandeel in de onderneming overgaat op een ander dan de ondernemer. Dit kan zich zowel voordoen als de echtgenoot van de ondernemer komt te overlijden als wanneer de huwelijksgemeenschap anderszins wordt ontbonden.⁷² De kans dat belastingplichtigen hun gedrag aanpassen om de hier besproken doorschuiffaciliteit te benutten, lijkt mij evenwel klein.

71. Op grond van art. 3:185, derde lid, BW kan de rechter bepalen dat degene die overbedeeld wordt de overwaarde geheel of ten dele in termijnen mag voldoen. Dit geldt in genoemd voorbeeld voor het gedeelte van de schuld die is ontstaan als gevolg van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap. Op de schuld die ziet op de verdeling van de nalatenschap is art. 4:5 BW van toepassing. Deze bepaling is ruimer, omdat de schuldenaar zelf een beroep op deze bepaling mag doen waarna de rechtbank beslist. Zie Asser/Perrick 4*, hoofdstuk XV, paragraaf 1, 489.

72. Indien wordt voldaan aan de voorwaarden, kan ook van art. 3.63 Wet IB 2001 gebruik worden gemaakt. Belastingplichtigen zouden hun gedrag dan niet aanpassen.

4.2.3.2.d Doeltreffendheid

Het doel van art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 volgt uit de keuze van de regering een fictieve afrekening aan te nemen bij de ontbinding van een huwelijksgemeenschap anders dan door het overlijden van de ondernemer (zie voor de aanleiding van deze fictieve overdracht paragraaf 3.2.4.3.a en 4.2.3.2.a). Uit de parlementaire behandeling bij de invoering van de doorschuifbepaling destijds (art. 15, derde lid, Wet IB 1964) blijkt dat de regering indifferent was of afrekening plaatsvond bij de overledene, dan wel of er werd doorgeschoven naar degene die voortzette waardoor de claim behouden zou blijven. *'Deze fiscale afrekening toch heeft slechts ten doel te voorkomen dat de tot het overlijden van de ondernemer onbelast gebleven winsten ook in de toekomst buiten de belastingheffing zouden blijven.'*⁷³ Het vorenstaande is geschreven voor het overlijden van de ondernemer. Naar mijn mening is de opmerking evenwel ook relevant voor de hier aan de orde zijnde doorschuifbepaling. De in art. 15, derde lid, Wet IB 1964 opgenomen doorschuifbepaling gold zowel voor het overlijden van de ondernemer, als voor de ontbinding van de huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden van de ondernemer. In de parlementaire behandeling is destijds niet specifiek onderscheid gemaakt tussen beide situaties. Naar mijn mening is art. 3.59 Wet IB 2001 doeltreffend. De regering heeft een afrekeningsbepaling opgenomen om een eventueel lek bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap te dichten. Het is evenwel niet de bedoeling geweest van de regering om gelijk bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap te heffen. Afrekening kan ook plaatsvinden bij de voortzetter. De doorschuifbepaling zorgt ervoor dat dit doel ook wordt bereikt.

In de in art. 3.59 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifbepaling zijn naar mijn mening geen voorwaarden opgenomen die afbreuk doen aan de doeltreffendheid van deze regeling. De eis dat moet worden voortgezet draagt bij aan het bereiken van het doel. Het gaat om het behoud van de continuïteit van de onderneming. Het is alleen onduidelijk wat onder rechtstreeks voortzetten moet worden verstaan. In de parlementaire behandeling wordt ten aanzien van de eis van rechtstreeks voortzetten aangegeven dat de feitelijke gang van zaken in overeenstemming moet zijn met het ingediende verzoek⁷⁴ of met een testamentaire beschikking waarin de voortzetting van de onderneming is geregeld.⁷⁵ Naar mijn mening zal deze eis bij de toepassing van art. 3.59 Wet IB 2001 niet bezwaarlijk zijn. In de regel zet de ondernemer de onderneming zelf voort. Slechts in uitzonderingssituaties kan de eis van rechtstreeks voortzetten tot onduidelijkheden leiden. Bijvoorbeeld als bij de ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden van de echtgenote niet-ondernemer de gehele onderneming wordt toegedeeld aan de nalatenschap van de overledene. Indien op dat moment niet duidelijk zou zijn wie gaat voortzetten, kan deze eis

73. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 26.

74. Vanaf 1 januari 2001 is dit verzoek niet meer relevant, omdat vanaf die datum voor art. 3.59 Wet IB 2001 een automatische doorschuiving geldt.

75. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 38.

een probleem opleveren.⁷⁶ Bij de toetsing aan legitimiteit heb ik evenwel aangegeven dat ik voor deze situatie een doorschuiffaciliteit onjuist acht (zie paragraaf 4.2.3.2.b).

De in het derde lid opgenomen voorwaarde ten aanzien van de oudedagsreserve, inhoudende dat de reserve kan worden doorgeschoven naar de langstlevende of de gewezen echtgenoot, doet naar mijn mening geen afbreuk aan de doeltreffendheid van de regeling. De oudedagsreserve is immers een persoonsgebonden reserve. Dit neemt niet weg dat het mijn voorkeur zou hebben de toets ten aanzien van het ondernemingsvermogen te laten vervallen. De claim op de oudedagsreserve blijft in stand waarbij de voortzetter eventueel op grond van art. 3.68, tweede lid, Wet IB 2001 wordt beperkt bij het doteren in de toekomst (zie ook paragraaf 4.2.2.4). Ook hier geldt dat het niet mijn voorkeur heeft dat bij echtscheiding mag worden doorgeschoven naar de niet-ondernemende echtgenoot. Indien deze zienswijze wordt gevolgd, vervalt art. 3.59, derde lid, Wet IB 2001 en vervalt ook deze voorwaarde.

4.2.3.2.e *Doelmatigheid*

Naar mijn mening is de toetsing aan het doelmatigheidscriterium van art. 3.59 Wet IB 2001 van een andere orde dan bij art. 3.62 en 3.63 Wet IB 2001. Eigenlijk wil de wetgever niet tot heffing overgaan bij ontbinding van een huwelijks-gemeenschap. Dit gegeven is dan ook mijn uitgangspunt bij de toetsing aan doelmatigheid. Het streven moet zijn dat in ieder geval heffing volgt als het ondernemingsvermogen het vermogen van de echtgenoten verlaat. In die zin is mijn conclusie dat art. 3.59 Wet IB 2001 niet doelmatig is als de huwelijks-gemeenschap zodanig wordt verdeeld dat het ondernemingsvermogen toekomt aan een ander dan één van beide echtgenoten. Indien in een dergelijke situatie de andere in de wet opgenomen doorschuiffaciliteiten geen mogelijkheden tot doorschuiving bieden, zou art. 3.59 Wet IB 2001 ook niet moeten kunnen worden toegepast.

Art. 3.59 Wet IB 2001 wijkt af van de andere doorschuifbepalingen omdat op grond van deze bepaling automatische doorschuiving volgt. Het is niet mogelijk op verzoek af te rekenen. Door het vervallen van de stakingsvrijstelling⁷⁷ en de bijzondere tarieven onder de Wet IB 2001 zou alleen in bijzondere gevallen belang bestaan bij een afrekening. De administratieve lasten voor het bedrijfsleven zouden door toepassing van een doorschuiffaciliteit worden verminderd.⁷⁸ Ik plaats hierbij kanttekeningen. Ook als wordt doorgeschoven moet de waarde in het economische verkeer van de onderneming worden bepaald. Partijen moeten bijvoorbeeld bij de verdeling van de huwelijks-gemeenschap rekening houden met een belastinglatentie, omdat anders sprake

76. Zie nader de toetsing aan het doeltreffendheidscriterium bij staking van de IB-onderneming door overlijden van de ondernemer (paragraaf 4.2.3.3.d).

77. De stakingsvrijstelling is vervangen door een stakingsaftrek (art. 3.79 Wet IB 2001). Het niet kunnen toepassen daarvan is een nadeel van een verplichte doorschuiving.

78. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 116.

kan zijn van een materiële schenking. Dit is overigens alleen aan de orde als sprake is van een overbedeling voortvloeiend uit de verdeling van de totale huwelijksgoederengemeenschap.⁷⁹

In de ab-sfeer bestaat wel de mogelijkheid tot afrekenen. Art. 4.17 Wet IB 2001 bewerkstelligt ook een automatische doorschuiving, maar op grond van art. 4.38 Wet IB 2001 kan op verzoek worden afgerekend.⁸⁰ Nu de wetgever ervoor heeft gekozen een vervreemdingsfictie in de wet op te nemen en het in de ab-sfeer ook mogelijk is om op verzoek af te rekenen pleit ik ervoor ook in art. 3.59 Wet IB 2001 deze mogelijkheid op te nemen.

4.2.3.3 Doorschuiving bij staking door overlijden

4.2.3.3.a Werking bepaling

In paragraaf 3.2.4.3.a is de afrekening bij overlijden zoals geregeld in art. 3.58 Wet IB 2001 besproken. Daar heb ik uiteengezet dat de noodzaak van deze bepaling mijns inziens zeer twijfelachtig is; immers op grond van de totaalwinstbepaling eindigt de subjectieve belastingplicht door overlijden. Daardoor is een afrekeningsfictie niet nodig. De achtergrond van deze specifieke afrekenbepaling bij overlijden is dan ook met name tot stand gekomen om een eenduidig aangrijpingspunt te creëren voor de doorschuifbepaling van art. 3.62 Wet IB 2001. Het eerste lid van laatstgenoemde bepaling valt in drie onderdelen uiteen:

1. er mag worden doorgeschoven aan degenen die krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht bestanddelen van het vermogen van een onderneming verkrijgen;
2. deze verkrijgers moeten rechtstreeks voortzetten of mede voortzetten; en
3. er moet worden verzocht om doorschuiving.

Aldus gaat het om 'bestanddelen van het vermogen van een onderneming'. Dit betekent dat bestanddelen waarmee de onderneming niet wordt voortgezet onttrokken worden.⁸¹ In de regel gaat het dan om bestanddelen die bij de oorspronkelijke ondernemer tot het keuzevermogen behoorden. Het is de vraag of op deze onttrekkingswinst stakingsfaciliteiten van toepassing zijn. Voor de in art. 3.79 Wet IB 2001 opgenomen stakingsaftrek geldt dat de gehele onderneming moet worden gestaakt.⁸² Op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 leidt overlijden tot staken van de onderneming. Art. 3.62, eerste lid, Wet IB 2001 neemt dit terug voor die bestanddelen van het vermogen waarmee de

79. Dat sprake kan zijn van een schenking bij echtscheiding volgt o.a. uit HR 15 juni 1994, nr. 28 840, BNB 1994/261.

80. De staatssecretaris van Financiën heeft ten aanzien van een verzoek van het NOB om afrekening in de winstsfeer op verzoek mogelijk te maken aangegeven dat hem geen gevallen bekend zijn waarin een afrekening op verzoek wordt gemist. Aldus is er volgens hem geen aanleiding de wet aan te passen (NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 61). Ik vind dit een zwak argument.

81. Zie ook Spaanstra (1965).

82. Volgens Essers en Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB, 3.2.32.C.c bestaat om deze reden geen recht op de stakingsaftrek. Niet de gehele onderneming wordt gestaakt.

onderneming wordt voortgezet. Het is dus niet zo dat de onderneming geacht wordt niet te zijn gestaakt, zoals wel het geval is bij art. 3.63 Wet IB 2001. Naar mijn mening moet de stakingsaftrek in deze situatie kunnen worden toegepast, maar zeker is dit niet.⁸³ Deze onzekerheid vloeit ook voort uit de omstandigheid dat in art. 3.79, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 voor de afnemering van de oudedagsreserve wel expliciet is geregeld dat op deze winst de stakingsaftrek kan worden toegepast. Voor de onttrekkingswinst kan in ieder geval een stakingslijfrente in de zin van art. 3.129 Wet IB 2001 worden bedongen. Uit HR 28 april 1982, nr. 20 827, BNB 1982/184 vloeit voort dat de niet-stakingsfictie uitsluitend geldt voor het bepalen van de in het kalenderjaar van overdracht genoten winst. Deze zienswijze blijkt ook uit een besluit⁸⁴ ten aanzien van art. 3.63 Wet IB 2001. Ook art. 25, zeventiende lid, IW 1990 kan worden toegepast. Op basis van deze invorderingsfaciliteit kan uitstel van betaling worden verkregen voor de inkomstenbelasting die is verschuldigd bij staking door overlijden (zie paragraaf 4.3.2).

Eigen aan doorschuiffaciliteiten is dat de verkrijgers moeten voortzetten of mede voortzetten. De voortzetters worden, ieder voor hun gedeelte, voor het bepalen van de winst geacht in plaats te zijn getreden van de overledene (art. 3.62, tweede lid, Wet IB 2001). Dit geldt dus onder andere ook voor de mogelijkheid tot willekeurige afschrijving en verplichtingen die overgaan in verband met genoten investeringsaftrek. Ook degenen die op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 winst uit onderneming genieten, kunnen naar mijn mening gebruikmaken van de in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit. Er wordt in art. 3.62, eerste lid, Wet IB 2001 immers gesproken over het voortzetten van de onderneming.⁸⁵ In paragraaf 6.3.1.3.b ga ik in op de vraag of dit wenselijk is.

Tot slot is in het derde lid van art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen dat de oudedagsreserve van de overledene, ondanks dat deze eigenlijk persoonsgebonden is, mag worden doorgeschoven naar de partner. Het door te schuiven deel mag evenwel niet hoger zijn dan het ondernemingsvermogen, in de zin van art. 3.71 Wet IB 2001, waarmee de partner de onderneming voortzet of mede voortzet. Zie voor de toetsing van deze bepaling het slot van paragraaf 4.2.2.4 alwaar deze problematiek aan de orde is geweest.

83. Uit het inmiddels vervallen Besluit van 10 augustus 2004, nr. CPP2004/1012M blijkt dat de staatssecretaris van mening was dat de stakingsaftrek niet kan worden toegepast op onttrekkingswinst. Het besluit zag niet expliciet op deze materie, maar aangenomen kan worden dat dit standpunt nog steeds geldt.

84. Besluit van 28 december 2004, nr. CPP2004/633M, BNB 2005/100.

85. Zie ook Schuver (2005), paragraaf 4.3.3. Gubbels in Van Vijfeijken e.a. (2007), paragraaf 4.3.6.2.3 is daarentegen van mening dat het rechtstreeks voortzetten, zoals opgenomen in art. 3.59 Wet IB 2001, impliceert dat de voortzetter ook ondernemer moet zijn. In art. 3.62 Wet IB 2001 wordt evenzo gesproken over 'rechtstreeks voortzetten'. Overigens wordt art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 in art. 3.63 Wet IB 2001 wel expliciet genoemd. Art. 3.63 Wet IB 2001 betreft evenwel een doorschuiffaciliteit die per 1 januari 2001 inhoudelijk grotendeels gewijzigd is, waarin tevens het nieuwe art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 is verwerkt. Dit geldt niet voor art. 3.59 en 3.62 Wet IB 2001. Deze bepalingen zijn op de doorschuiving van de oudedagsreserve na inhoudelijk niet gewijzigd.

4.2.3.3.b Legitimiteit

Indien degene die winst geniet komt te overlijden, eindigt diens subjectieve belastingplicht. De stakingswinst wordt op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 in de heffing betrokken. Deze stakingswinst wordt in box 1 tegen het progressieve tarief belast. De manier waarop de stakingswinst in de heffing wordt betrokken, biedt naar mijn mening geen reden voor de overheid tot ingrijpen (zie paragraaf 3.2.5). Aldus wordt de markt niet verstoord als gevolg van onvolkomenheden in de belastingwetgeving.

Is de doorschuiffaciliteit bij overlijden te verdedigen op basis van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt? Hiertoe dient in de eerste plaats een onderscheid te worden gemaakt tussen de erflater en de voortzetter. Het is de erflater die de uit de staking voortvloeiende belasting is verschuldigd (art. 3.58 Wet IB 2001). Het is mogelijk dat deze belastingclaim niet kan worden voldaan uit de nalatenschap. Indien de erfgenamen de onderneming voortzetten komen geen liquiditeiten vrij. De onderneming wordt immers niet verkocht. De continuïteit van de onderneming kan in gevaar komen als de middelen uit de onderneming moeten worden gehaald. Er zijn geen gegevens beschikbaar hoe vaak dit aan de orde is. Als een beroep op de kapitaalmarkt niet mogelijk is of indien uitsluitend geleend kan worden tegen zware voorwaarden, kunnen doorschuiffaciliteiten deze kapitaalmarktimperfectie wegnemen. In die zin is een doorschuiffaciliteit vanuit de positie van de erflater legitiem. Er kan echter sprake zijn van weglekeffecten. Dat wil zeggen dat belastingplichtigen van de doorschuiffaciliteit kunnen profiteren terwijl de belastingclaim ook zonder doorschuiffaciliteit had kunnen worden voldaan. Dit komt nader aan de orde bij de toetsing aan het doelmatigheidscriterium.

Is de faciliteit legitiem bezien vanuit de voortzetter? Dit is er mede van afhankelijk of er al dan niet een testament is opgesteld en zo ja, in welke vorm. Het is mogelijk dat een beroep moet worden gedaan op de kapitaalmarkt. Na toepassing van een doorschuiffaciliteit is dit voor een lager bedrag aan de orde, omdat de belastingclaim in de waarde wordt verdisconteerd. Voor de analyse of eventueel een beroep moet worden gedaan op de kapitaalmarkt, wordt een onderscheid gemaakt tussen een verkrijging op grond van een wettelijke verdeling (Titel 4.3, afdeling 1 BW) en een verkrijging krachtens testament. Indien geen testament is opgesteld en er naast de langstlevende echtgenoot als erfgenaam ook nog kinderen erfgenaam zijn, verkrijgt de langstlevende echtgenoot van rechtswege de goederen van de nalatenschap (en dus de onderneming) en krijgen de kinderen een niet opeisbare vordering⁸⁶ op de langstlevende echtgenoot overeenkomend met de waarde van hun erfdeel (art. 4:13 BW). Aangezien de vordering in principe niet opeisbaar

86. De vordering is alleen opeisbaar in de in art. 4:13, derde lid, BW genoemde situaties. Dat is aan de orde als de langstlevende in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, dan wel wanneer de langstlevende is overleden. Daarnaast is de vordering opeisbaar in door de erflater bij uiterste wilsbeschikking genoemde gevallen.

is, hoeft de voortzetter (in casu de langstlevende echtgenoot) geen beroep te doen op de kapitaalmarkt. Vanuit de positie van deze voortzettende langstlevende echtgenoot is een doorschuiffaciliteit in deze situatie derhalve niet legitiem.

Bij een wettelijke verdeling is de langstlevende echtgenoot de voortzetter. In de regel stelt een ondernemer bij leven een testament op waarin is bepaald wat er moet gebeuren met de onderneming.⁸⁷ Het is in het kader van dit onderzoek niet relevant om in te gaan op alle mogelijke testamentvormen.⁸⁸ In deze paragraaf gaat het om die situaties waarbij de voortzettende erfgenaam een beroep moet doen op de kapitaalmarkt ter zake van de verkrijging van de onderneming. Dit kan zich voordoen indien sprake is van een onderbedeling bij een verdeling of indien de voortzetter de onderneming gelegateerd krijgt tegen inbreng van de waarde. In de regel zijn deze vorderingen pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende echtgenoot.⁸⁹ Een beroep op de kapitaalmarkt is op het moment van overlijden dan niet aan de orde. Indien daarentegen de vordering wel opeisbaar is, kan art. 4:5 BW nog van belang zijn: *'Op verzoek van de schuldenaar kan de rechtbank wegens gewichtige redenen bepalen dat een geldsom (...) eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan (...).'*⁹⁰ Deze bepaling is juist voor de vererving van bedrijven opgenomen.⁹¹ Indien de vordering evenwel (gedeeltelijk) opeisbaar is bij overlijden, kan een beroep op de kapitaalmarkt nodig zijn. Alleen in die situaties is vanuit de voortzettende erfgenaam bezien een doorschuiffaciliteit legitiem.

Concluderend kan worden gesteld dat de faciliteit bezien vanuit de erflater legitiem kan zijn, namelijk indien de middelen om de belastingheffing te voldoen uit de onderneming moeten worden gehaald. Voor de voortzettende erfgenaam is dit alleen zo indien de verkrijging leidt tot een schuld aan de andere erfgenamen die direct opeisbaar is. Een doorschuiffaciliteit draagt overigens maar beperkt bij aan het oplossen van een financieringsprobleem. Het gaat dan alleen om het gedeelte van de koopsom dat door toepassing van de doorschuiffaciliteit lager wordt.

87. Indien de ondernemer geen testament heeft gemaakt en komt te overlijden, kan de langstlevende echtgenoot binnen drie maanden vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen de wettelijke verdeling ongedaan maken (art. 4:18 BW). Er ontstaat dan een onverdeeldheid. De gezamenlijke erfgenamen kunnen vervolgens beslissen wie de onderneming gaat voortzetten.
88. Zie daarvoor bijvoorbeeld Compendium Estate Planning (2011), hoofdstuk 8.
89. Zie ook Compendium Estate Planning (2011), blz. 225.
90. Deze bepaling geldt zowel voor een verdeling van een nalatenschap krachtens Boek 3, Titel 7 BW als voor de in Boek 4 BW geregelde wettelijke verdeling.
91. Asser/Perrick 4*, hoofdstuk XV, paragraaf 1, 489. Op een schuld die ontstaat in het kader van de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap is niet art. 4:5 BW van toepassing, maar art. 3:185 BW. Laatstgenoemde bepaling werkt minder ruim omdat de schuldenaar zelf geen beroep kan doen op deze bepaling.

4.2.3.3.c Neutraliteit

In paragraaf 4.2.2.3 is in algemene zin ingegaan op de neutraliteit tussen leven en overlijden. De conclusie was daar dat de groep aan wie bij leven op grond van art. 3.63 Wet IB 2001 kan worden doorgeschoven ruimer is dan de groep aan wie bij overlijden pleegt te worden overgedragen. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan het eventuele verschil in toegankelijkheid van de faciliteit bij leven dan wel bij overlijden. Zullen partijen op grond van fiscale overwegingen geneigd zijn een wenselijke overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden? Bij leven kunnen winstgenieters gebruikmaken van de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid. Voor het toepassen van art. 3.63 Wet IB 2001 gelden aanvullende voorwaarden. De overnemer moet 36 maanden als medeondernemer in een samenwerkingsverband met de overdrager deelnemen, dan wel 36 maanden als werknemer in de onderneming werkzaam zijn. Zeker de eerste variant waarbij partijen voor 36 maanden een samenwerkingsverband moeten aangaan kan belemmerend zijn. Indien louter op fiscale gronden een samenwerkingsverband wordt aangegaan, werkt dat verstorend. Indien het samenwerkingsverband als bezwaarlijk wordt ervaren, kunnen partijen nog kiezen voor een andere variant. De potentiële overnemer moet gedurende 36 maanden als werknemer werkzaam zijn geweest in de onderneming. Mochten beide varianten als bezwaarlijk worden ervaren, dan kan dit belastingplichtigen ertoe verleiden te wachten tot het moment van overlijden. Dit zal in de meeste gevallen beperkt blijven tot die situaties waarbij de overdracht binnen familieverband plaatsvindt. De in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden komen uitgebreid aan de orde bij de toetsing van art. 3.63 Wet IB 2001 op doeltreffendheid (zie paragraaf 4.2.3.4.d).

4.2.3.3.d Doeltreffendheid

De op het overlijden van de IB-ondernemer gerichte doorschuifbepaling is ingevoerd onder de Wet IB 1964. De faciliteit werd destijds als volgt beargumenteerd: *‘Wat betreft de zgn. stille reserves en de waarde van de niet in de fiscale vermogensopstelling tot uitdrukking komende goodwill, wordt door deze afrekening fiscaal aansluiting gekregen aan de waarde van de bestanddelen van het bedrijfs- of beroepsvermogen die de nieuwe eigenaren van dat vermogen aan de te hunnen aanzien te bepalen fiscale winst ten grondslag leggen. Wordt de evenbedoelde fiscale aansluiting op deze wijze verwerkelijkt aan de zijde van de overledene, het is evenzeer mogelijk deze aansluiting te bewerkstelligen aan de zijde van degenen op wie het vermogen van de onderneming na het overlijden overgaat, met name door laatstgenoemden voor het bepalen van hun fiscale winst te doen uitgaan van de boekwaarde welke de tot het ondernemingsvermogen behorende zaken hadden voor de winstberekening van de overledene. In zoverre de fiscale verplichtingen met betrekking tot de bij de overledene tot dusver onbelast gebleven winsten overgaan op de nieuwe eigenaren van het ondernemingsvermogen, kan fiscale afrekening ten aanzien van de overledene achterwege blijven. Deze fiscale afrekening toch heeft slechts ten doel te voorkomen dat de tot het overlijden van de ondernemer onbelast gebleven winsten ook in de toekomst*

buiten de belastingheffing zouden blijven.’⁹² In de parlementaire behandeling wordt nadien nog een ander doel genoemd: ‘Voor het overige staan tegenover het vermelde bezwaar allereerst het algemene economische belang dat de continuïteit van de onderneming wordt bevorderd, en voorts ook de noodzaak om in geval van overlijden van de ondernemer een onereuze belastingdruk te vermijden.’⁹³ Aldus komt ook hier het algemene economische belang dat de continuïteit van de onderneming moet worden bevorderd terug. De continuïteit zou niet mogen worden bedreigd door de belastingclaim. Deze twee doelstellingen zijn ook van belang voor de toetsing van art. 3.62 Wet IB 2001. Bij de invoering van deze bepaling is aangegeven dat de bepaling, behoudens waar het betreft de doorschuiving van de oudedagsreserve, inhoudelijk niet is gewijzigd.⁹⁴ Over een andere doelstelling wordt niet gesproken.

Aldus kunnen twee doelstellingen worden onderkend. De regering heeft de claim veilig willen stellen en vond het geen bezwaar dat deze claim werd doorgeschoven. Later wordt vooral het algemene economisch belang van de continuïteit van de onderneming genoemd. De belastingclaim moet geen bedreiging vormen voor de continuïteit van de onderneming. Dit is een doelstelling die algemeen wordt gegeven bij doorschuiffaciliteiten in de ondernemingsfeer voor wat betreft de heffing van inkomstenbelasting (zie paragraaf 4.2.2.4), maar ook voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenken erfbelasting (zie paragraaf 5.3.5.1). Naar mijn mening is het daarom het meest juist de doeltreffendheid van art. 3.62 te toetsen aan de hand van de laatstgenoemde doelstelling. Op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 volgt bij overlijden van de ondernemer een fictieve afrekening. Het is de ondernemer zelf die de belasting is verschuldigd. Deze belasting is een schuld van de nalatenschap. Indien in de nalatenschap onvoldoende middelen aanwezig zijn om de belasting te kunnen voldoen, bestaat de kans dat de middelen uit de onderneming moeten worden gehaald. Dit aspect is ook aan de orde geweest bij de toetsing aan legitimiteit. Daar was immers de vraag aan de orde of een doorschuiffaciliteit kon worden gelegitimeerd op basis van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Deze vraag is daar bevestigend beantwoord, hetgeen hier ook heeft te gelden ten aanzien van de toetsing aan doeltreffendheid. Het doel van de overheid met deze doorschuiffaciliteit komt overeen met hetgeen de welvaartseconomie zegt over mogelijk overheidsingrijpen bij een gebrekkig werkende kapitaalmarkt.

Vervolgens is nog de vraag relevant of de in art. 3.62 Wet IB 2001 gestelde voorwaarden afbreuk doen aan de doeltreffendheid van de regeling. In het eerste lid van genoemde bepaling wordt allereerst als voorwaarde gegeven dat de onderneming rechtstreeks moet worden voortgezet. De eis dat rechtstreeks moet worden voortgezet, roept vragen op. In de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de feitelijke gang van zaken in overeenstemming moet zijn met

92. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 26.

93. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 38.

94. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 118.

het verzoek of met een testamentaire beschikking.⁹⁵ Naar mijn mening komt het de doeltreffendheid van de regeling in ieder geval ten goede als bij een onverdeeldheid partijen een termijn wordt geboden waarbinnen de verdeling moet hebben plaatsgevonden (zoals in art. 4.17b Wet IB 2001). Dit biedt duidelijkheid.

Dit brengt mij bij de tweede voorwaarde. Degenen die de onderneming voortzetten of mede voortzetten moeten dit bij de aangifte van de overleden belastingplichtige verzoeken. Dit kan worden gedaan zolang het achterwege laten van het verzoek nog niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen (HR 28 april 2006, nr. 42 002, BNB 2007/89) en betekent dat ook in de bezwaaren beroepsfase het verzoek nog kan worden gedaan.⁹⁶ De erfgenamen is derhalve toch nog enige tijd gegund overeenstemming te bereiken wie de onderneming voort gaat zetten. Dit neemt niet weg dat een termijn zoals opgenomen in art. 4.17b Wet IB 2001 met name meer rechtszekerheid biedt; bovendien ontstaat nogal een gekunstelde situatie indien uitsluitend bezwaar en eventueel beroep wordt ingediend om een 'denktermijn' te creëren.

Indien de onderneming in een onverdeeldheid blijft en er ook niet-voortzeters tot het vermogen van de onderneming gerechtigd zijn, worden zij naar mijn mening vervolgens belast op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

Een voorwaarde die niet expliciet in de wettekst is opgenomen, is dat alle voortzetters dezelfde keuze moeten maken ten aanzien van afrekenen of doorschuiven.⁹⁷ Dit is onder de Wet IB 1964 te kennen gegeven.⁹⁸ Aangezien aan dit punt in de wetsgeschiedenis bij de behandeling van de Wet IB 2001 geen aandacht is besteed, lijkt dit standpunt nog steeds gelding te hebben. Mij is overigens niet geheel duidelijk waarom deze eis wordt gesteld.⁹⁹ Naar mijn mening verdient het aanbeveling dat, in ieder geval indien sprake is van zelfstandige delen van een onderneming, iedere voortzetter zelf de keuze mag maken tussen doorschuiving van de claim en afrekening door de erflater. Dit past prima binnen de doelstelling van de regering.

Indien geen sprake is van zelfstandige delen van een onderneming die kunnen worden overgedragen, wordt de situatie wel complexer. Zo zal het opstellen van een firmabalans van een VOF lastiger worden. Er ontstaat immers een verschil tussen de fiscale boekwaarden die de afzonderlijke vennoten moeten gaan hanteren op hun subjectieve balans. Dit is overigens niet anders als een vennoot bijvoorbeeld toetreedt tot een VOF en de inbreng plaatsvindt

95. MvT, Kamerstukken II 1958/59, 5380, nr. 3, blz. 38.

96. Bij de parlementaire behandeling van art. 4.17a Wet IB 2001 is aangegeven dat ook een beroep kan worden gedaan op ambtshalve vermindering (NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 12). Het ligt voor de hand dat dit dan ook geldt voor art. 3.62 Wet IB 2001.

97. Over het gedeelte dat overgaat naar niet-voortzeters moet de erflater wel afrekenen. In deze situatie kunnen doorschuiven en afrekenen naast elkaar worden toegepast. Zie ook de beschouwing in aant. 2.2 bij art. 3.62 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

98. Korte toelichting Wet IB 1964, paragraaf 14, dertiende lid.

99. Zie ook Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.32.C.b.

tegen boekwaarde waarbij de stille reserves buiten de boeken om worden afgerekend (zie uitgebreider paragraaf 3.2.4.3.c). Ondanks het feit dat het voorgaande leidt tot een complexere regeling, hecht ik meer waarde aan een flexibele keuze ten aanzien van het al dan niet doorschuiven.

Voor het derde lid van art. 3.62 Wet IB 2001 verwijs ik naar de toetsing aan doeltreffendheid in algemene zin (zie slot van paragraaf 4.2.2.4).

4.2.3.3.e *Doelmatigheid*

Ten aanzien van het doelmatigheidscriterium verwijs ik grotendeels naar de toetsing van doorschuiffaciliteiten in algemene zin (paragraaf 4.2.2.5). Ook hier geldt dat het risico van cadeaueffecten niet ondenkbeeldig is. Hiervan is sprake als de belastingplichtige de faciliteit eigenlijk niet nodig heeft. Bij overlijden kunnen in de nalatenschap voldoende middelen zitten die gebruikt kunnen worden om de uit het overlijden voortvloeiende belastingclaim te voldoen. De overheid verleent een faciliteit waardoor de belastingopbrengsten dalen, terwijl daar geen opbrengst tegenover staat. Er kan alleen sprake zijn van een opbrengst indien de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk wordt bedreigd. Indien dit niet aan de orde is, behoeft de overheid ook niet in te grijpen en wegen de kosten niet op tegen de opbrengsten. Toch past ook hier weer de opmerking dat de overheid de kosten van de doorschuiffaciliteit geleidelijk terugverdient als gevolg van de lagere afschrijvingen bij de overnemer.

4.2.3.4 *Doorschuiving naar ondernemers en werknemers*

4.2.3.4.a *Werking bepaling*

Op grond van art. 3.63 Wet IB 2001 kan een onderneming of een gedeelte van een onderneming bij leven of bij overlijden¹⁰⁰ worden doorgeschoven naar een medeondernemer of werknemer.¹⁰¹ Zowel de belastingplichtige als degene die de onderneming voortzet moet dit bij de aangifte van de belastingplichtige verzoeken.¹⁰² Of sprake is van de overdracht van een onderneming, of een

100. Art. 3.63 Wet IB 2001 kan op grond van het Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 4, BNB 2008/235 toch worden toegepast indien na het overlijden van de ondernemer diens onderneming via de erfgenamen wordt overgedragen aan de voortzetter.

Eigenlijk biedt art. 13a, tweede lid, onderdeel f, Uitv.reg. IB 2001 hiertoe geen mogelijkheden. Verder wordt in deze paragraaf vooral ingegaan op de mogelijkheden om op basis van deze bepaling door te schuiven bij leven.

101. Een eventuele terugkeerreserve (art. 3.54a Wet IB 2001) kan op grond van het eerste lid niet worden doorgeschoven.

102. Het verzoek kan worden gedaan zolang het achterwege laten van het verzoek nog niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen (HR 28 april 2006, nr. 42 002, BNB 2007/89). Dit betekent dat ook in de bezwaar- en beroepsfase het verzoek nog kan worden gedaan. Zie ook Rechtbank Breda 6 december 2006, nr. 06/00423, NTFR 2007/413 specifiek voor de toepassing van art. 3.63 Wet IB 2001. Bij de parlementaire behandeling van art. 4.17a Wet IB 2001 is aangegeven dat ook een beroep kan worden gedaan op ambtshalve vermindering (NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 12). Het ligt voor de hand dat dit dan ook geldt voor art. 3.63 Wet IB 2001.

gedeelte daarvan, moet worden beoordeeld vanuit de overdrager. Voor de overnemer geldt uitsluitend dat de verkregen vermogensbestanddelen tot zijn ondernemingsvermogen moeten gaan behoren.¹⁰³ De doorschuiffaciliteit is de opvolger van de in de Wet IB 1964 opgenomen doorschuiffaciliteit binnen familieverband (art. 17 Wet IB 1964). Laatstgenoemde faciliteit was bruikbaar binnen een kleine kring van personen, maar kende minder stringente voorwaarden dan de huidige doorschuiffaciliteit. Doorschuiving naar een medeondernemer is onder de huidige faciliteit alleen aan de orde als de over te dragen onderneming gedurende de 36 maanden¹⁰⁴ voorafgaand aan de overdracht deel heeft uitgemaakt van een samenwerkingsverband met degene die de onderneming gaat voortzetten (art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001). Indien nog geen sprake is van een samenwerkingsverband tussen de overdrager en de overnemer zal eerst een samenwerkingsverband moeten worden aangegaan. De overdrager kan gebruikmaken van de doorschuiffaciliteit in de hoedanigheid van ondernemer of als winstgenieter zoals bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. De overnemer moet evenwel gedurende de 36-maandsperiode als ondernemer in het samenwerkingsverband hebben deelgenomen.

Doorschuiven naar een werknemer kan alleen als deze gedurende 36 maanden voorafgaande aan de overdracht als werknemer in de onderneming werkzaam is geweest (art. 3.63, vijfde lid, Wet IB 2001). De 36-maandseis komt hierna specifiek aan de orde bij de toetsing aan doeltreffendheid.

Op grond van het derde lid van art. 3.63 Wet IB 2001 is niet van belang of een niet-overgedragen gedeelte van een onderneming nog een onderneming vormt voor de overdrager. Dit biedt ruimte om bijvoorbeeld een bedrijfspand niet in te brengen in de vennootschap, maar tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen te rekenen. De vervolgvraag is dan, los van art. 3.63, derde lid, Wet IB 2001, of het (gedeelte van een) pand op een later tijdstip nog kan worden doorgeschoven. De HR¹⁰⁵ oordeelde in dit kader dat de gedeeltelijke overdracht van het bedrijfspand geruisloos kon geschieden omdat de overdracht plaatsvond *'in samenhang met en in het kader van een overdracht van een deel van de onderneming'* (HR 5 januari 2007, nr. 42 683, BNB 2007/139). Belanghebbende droeg de gerechtigdheid tot 25% in de buitengewone baten en lasten over alsmede de helft van het buitenvennootschappelijk gehouden pand. De staatssecretaris van Financiën geeft in een besluit aan dat het arrest geen ruimte biedt voor een gefaseerde geruisloze overdracht: *'Ik stel mij op het standpunt dat er sprake is van een overdracht 'in samenhang met' en 'in het kader van' in de zin van genoemd arrest, indien na overdracht van een deel van de onderneming en de overdracht van buitenvennootschappelijk vermogen of voorbehouden stille reserves, het belang bij de gezamenlijk gedreven onderneming*

103. Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 3, BNB 2008/235.

104. In art. 13a Uitv.reg. IB 2001 is een aantal situaties opgenomen waarin de termijn van 36 maanden wordt verkort.

105. Dit arrest is gewezen in het kader van art. 17 Wet IB 1964, maar heeft evenzeer te gelden voor art. 3.63 Wet IB 2001. Zie ook het Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 6, BNB 2008/235.

*overeenkomt met het belang bij de overgedragen zaken.*¹⁰⁶ Naar mijn mening kunnen bij deze stellingname vraagtekens worden geplaatst. Uit het arrest is niet af te leiden dat het belang bij de gezamenlijk gedreven onderneming uiteindelijk overeen moet komen met het belang bij de overgedragen zaken. In het arrest was dit wel zo. Belanghebbende en zijn echtgenote waren na de overdracht beiden voor gelijke delen gerechtigd tot het pand en beiden gerechtigd tot 50% van de buitengewone baten en lasten. Het is onzeker hoe de HR zou oordelen als het belang bij het pand en de buitengewone baten uiteindelijk niet gelijk zijn. De overdracht van het pand kan dan nog steeds plaatsvinden met en in het kader van een overdracht van een deel van de onderneming. Of een (gedeelte van het) pand op een ander tijdstip kan worden overgedragen dan de onderneming of een gedeelte daarvan is naar mijn mening nog te bezien.¹⁰⁷ Hoogeveen is van mening dat er tijd kan zitten tussen de overdracht van de onderneming en de overdracht van het pand, mits wordt overgedragen aan dezelfde persoon.¹⁰⁸ Overigens geldt ten aanzien van art. 15, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV 1970 dat op grond van de wettekst een gefaseerde overdracht wordt toegestaan. De overdracht moet wel een zekere planmatigheid kennen.¹⁰⁹ Vanuit een oogpunt van eenduidigheid tussen de diverse bepalingen heeft het mijn voorkeur als de benadering zoals die geldt met betrekking tot de overdrachtsbelasting wordt doorgetrokken naar art. 3.63 Wet IB 2001.

In het zevende lid van art. 3.63 Wet IB 2001 is, conform art. 3.59 en 3.62 Wet IB 2001, opgenomen dat de oudedagsreserve van de overdrager, ondanks dat deze eigenlijk persoonsgebonden is, mag worden doorgeschoven naar de partner. Het door te schuiven deel mag evenwel niet hoger zijn dan het ondernemingsvermogen, in de zin van art. 3.71 Wet IB 2001, waarmee de partner de onderneming voortzet of mede voortzet. Zie voor de toetsing van deze regeling het slot van paragraaf 4.2.2.4.

4.2.3.4.b Legitimiteit

In paragraaf 4.2.3.3.b is aangegeven dat de in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifbepaling niet kon worden verdedigd op basis van onvolkomenheden in de belastingwetgeving. Dit geldt op grond van dezelfde overwegingen voor de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit.

Voor een antwoord op de vraag of de hier te toetsen faciliteit kan worden gelegitimeerd op basis van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt moet een onderscheid gemaakt worden tussen de positie van de overdrager en de overnemer.

De overdrager heeft niet te maken met een financieringsprobleem voor zover deze daarvoor liquide middelen van de overnemer krijgt. Overheidsingrijpen is dan, waar het betreft de positie van de overdrager, niet legitiem. Deze

106. Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 6, BNB 2008/235.

107. Zo ook Cornelisse in zijn noot bij HR 5 januari 2007, nr. 42 683, FED 2007/10.

108. Noot bij HR 5 januari 2007, nr. 42 683, BNB 2007/139.

109. Tweede NvW, Kamerstukken II 2000/01, 27 030, nr. 7, blz. 4.

visie blijkt ook uit een brief van de toenmalige staatssecretaris van Financiën: *'Bij het Ondernemerspakket 2001, dat onder meer tot doel had om bestaande fiscale belemmeringen voor (startende) ondernemers zoveel mogelijk weg te nemen en de kansen voor het ondernemerschap te vergroten, is gezocht naar mogelijkheden om de reikwijdte van de doorschuiffaciliteit bij bedrijfsopvolging te vergroten, zonder daarbij het zogenoemde realisatiebeginsel uit het oog te verliezen. Het realisatiebeginsel houdt in dit verband in, dat belasting moet worden betaald wanneer een onderneming wordt verkocht. Zou dit beginsel volledig worden losgelaten, dan zou een onderneming kunnen worden verkocht zonder dat ooit over de meerwaarde (de stille en fiscale reserves) behoeft te worden afgerekend.'*¹¹⁰

Een andere vorm van bedrijfsoverdracht is die waarbij de overnemer de koopsom schuldig blijft aan de overdrager. Er komen bij de overdrager geen middelen vrij om de belasting te voldoen. De continuïteit van de onderneming kan worden bedreigd. Niet omdat de middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken, maar omdat het risico bestaat dat de overdracht niet doorgaat als de overdracht niet tegen schuldigerkenning kan plaatsvinden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de overnemer de financiering elders niet rond kan krijgen.

Als de onderneming wordt geschonken, komen ook geen middelen vrij om de uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim te voldoen. Dit is naar mijn mening evenwel een andere situatie dan de situatie bij overlijden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze de onderneming te schenken. Het is naar mijn mening niet aan de overheid in dit proces in te grijpen.¹¹¹ Indien de overdracht niet door kan gaan omdat de schenker de inkomstenbelasting niet zou kunnen betalen, zou de overdracht gedeeltelijk tegen schuldigerkenning kunnen plaatsvinden.

De overnemer kan te maken krijgen met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt indien deze de koopsom wenst te financieren. De overnemer heeft, beoordeeld op de korte termijn, baat bij een doorschuiffaciliteit omdat de prijs van de onderneming normaliter lager zal zijn doordat de belastingclaim daarin wordt verdisconteerd. De overnemer hoeft derhalve voor een lager bedrag een beroep te doen op de kapitaalmarkt, hetgeen een financieringsprobleem kan verminderen. Indien aldus een beroep moet worden gedaan op de kapitaalmarkt kan een doorschuiffaciliteit zoals opgenomen in art. 3.63 Wet IB 2001 legitiem zijn. Een doorschuiffaciliteit draagt overigens maar beperkt bij aan het oplossen van een financieringsprobleem. Het gaat dan alleen om het gedeelte van de koopsom dat door toepassing van de doorschuiffaciliteit lager wordt.

4.2.3.4.c Neutraliteit

In paragraaf 4.2.2.3 is de toetsing aan neutraliteit in algemene zin aan de orde geweest. Daar is aandacht besteed aan het argument van de regering dat een

110. Brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 2.

111. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn er wel redenen de faciliteiten voor overlijden en schenkingen op elkaar af te stemmen. Zie hiervoor paragraaf 4.2.2.3.

doorschuiffaciliteit bij leven eraan bijdraagt dat kan worden overgedragen op een passender tijdstip dan bij overlijden. De conclusie was dat de huidige doorschuiffaciliteit bij leven hieraan voldoet. De mogelijke groep van opvolgers aan wie bij leven geruisloos kan worden doorgeschoven is groter dan de groep aan wie bij overlijden geruisloos kan worden doorgeschoven.

In paragraaf 4.2.3.3.c is aan de orde gekomen dat de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden belemmerend kunnen werken, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat pas bij overlijden wordt overgedragen. Ook kunnen belastingplichtigen hun gedrag aanpassen om toch al bij leven de faciliteit te kunnen benutten. Zo kan de voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan om te zijner tijd geruisloos door te kunnen schuiven, belemmerend werken indien partijen anders een dergelijk samenwerkingsverband niet zouden zijn aangegaan. Zowel voor het oprichten van het samenwerkingsverband als tijdens het bestaan van een samenwerkingsverband moeten kosten worden gemaakt, waarbij die middelen anders hadden kunnen worden besteed.

Met ingang van 1 januari 2002 kan onder voorwaarden ook worden doorgeschoven naar een werknemer. De verstoring als gevolg van het moeten aangaan van een samenwerkingsverband kan worden weggenomen indien de potentiële overnemer ook zonder de in art. 3.63, vijfde lid, Wet IB 2001 opgenomen voorwaarde al werknemer was of zou willen worden. Indien dit niet zo is, moet worden geconcludeerd dat de voorwaarden ten aanzien van de vraag aan wie geruisloos kan worden doorgeschoven verstoringend werken.

Indien op ieder moment de belastingclaim zou kunnen worden doorgeschoven naar een ander subject, zou de verstoring minder groot zijn. Het gedrag van belastingplichtigen wordt dan niet beïnvloed door de in de faciliteiten opgenomen voorwaarden. De voorwaarden zijn uiteraard niet voor niets opgenomen. Terecht wees de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling van de Wet ondernemerspakket 2001 op het feit dat zonder voorwaarden de verkoop van een onderneming zonder belastingheffing zou kunnen plaatsvinden. De hoofdregel is dat belasting verschuldigd is en dat vervolgens moet worden nagegaan welke uitzonderingen redelijk worden geacht.¹¹² Bij de toetsing aan doeltreffendheid komen de voorwaarden uitgebreider aan de orde.

4.2.3.4.d *Doeltreffendheid*

De doorschuiffaciliteit bij leven is destijds tegelijkertijd met de doorschuifregeling bij overlijden ingevoerd. Aanvankelijk gold de faciliteit bij leven voor overdracht van een onderneming door ouders aan kinderen, indien deze plaatsvond op of na het 65^e jaar¹¹³ van de ouder.¹¹⁴ De faciliteit werd

112. Handelingen, Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 20, blz. 1558.

113. Later is dit 55 jaar geworden. Ook kon een belastingplichtige van de faciliteit gebruikmaken indien deze voor 45% of meer arbeidsongeschikt was.

114. In het wetsontwerp dat uiteindelijk leidde tot de invoering van de Wet IB 1964 was deze doorschuiffaciliteit opgenomen in art. 16a.

beargumenteed door te stellen dat deze kon bijdragen aan *'het overdragen van de onderneming op een voor de bedrijfsvoering passend tijdstip'*.¹¹⁵

Bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 is nog een andere doelstelling van de regeling genoemd: *'Door de doorschuiffaciliteit kan de prijs van de onderneming bij overdracht aan derden worden verlaagd doordat degene die de onderneming verkoopt, niet hoeft af te rekenen over de belastingclaims op stille reserves en fiscale reserves. Dit kan een rente- en liquiditeitsvoordeel voor de koper opleveren en bedrijfsopvolging vergemakkelijken. De voorgestelde wijziging past derhalve, de leden van de SGP-fractie vragen daarnaar, binnen de doelstelling van het wetsvoorstel, namelijk het zoveel mogelijk wegnemen van bestaande fiscale belemmeringen voor (startende) ondernemers en de vergroting van de kansen voor ondernemerschap.'*¹¹⁶ Hier wordt aldus de focus gelegd op de voortzetter. Deze heeft baat bij een doorschuiffaciliteit.

Er is evenwel aangegeven dat voor de fiscus geen rol is weggelegd als financier van bedrijfsoverdrachten:¹¹⁷ *'Het algemene uitgangspunt is dat de fiscale heffing geen beletsel mag zijn voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten. Indien de liquiditeitspositie van de overdrager niet gelijk opgaat met het moment waarop belasting betaald moet worden, kan sprake zijn van een belemmering. Hieruit volgt echter niet automatisch dat er voor de fiscus een rol is weggelegd als financier van bedrijfsoverdrachten. Terughoudendheid is namelijk gepast als het zou gaan om liquiditeitsproblemen die in wezen neerkomen op financieringsproblemen. Zoals in de rapportage is toegelicht, is de conclusie dat de bestaande faciliteiten grosso modo in lijn zijn met het genoemde uitgangspunt, al is bij de vormgeving van bepaalde faciliteiten uit overwegingen van eenvoud en doelmatigheid gekozen voor een generiek karakter. (...). Daarnaast kan de financiering van de overname van een bestaand bedrijf lastig zijn. Dit is primair de kwestie of de koper in staat is om de financiering rond te krijgen. De fiscale afrekening voor de verkoper van het bedrijf speelt hierbij slechts in afgeleide zin, bij voorbeeld indien de continuïteit van de onderneming in gevaar zou kunnen komen doordat er niet aanstonds liquide middelen van de koper worden ontvangen terwijl de verkoper wel belasting is verschuldigd. Voor deze situatie is de doorschuiffaciliteit in het leven geroepen. Deze is toepasbaar ongeacht de vraag of er liquide middelen worden ontvangen van de koper.'*

Het is naar mijn mening nog maar de vraag of de continuïteit van de onderneming in gevaar komt indien er geen liquide middelen van de koper ter voldoening van de belastingschuld worden ontvangen. De belastingclaim is een privéschuld van de overdrager. Dit is niet anders bij een overdracht tegen schuldigerkenning. De continuïteit van de onderneming kan wel in gevaar komen als de ondernemer niet meer in staat is de onderneming voort te zetten. Ook kan de ondernemer beslissen de overdracht niet door te laten gaan, indien

115. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 38.

116. NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 20.

117. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14, blz. 37. In het betreffende wetsvoorstel was voorgesteld de 36-maandstermijn te verkorten naar een 24-maandstermijn. Dit voorstel heeft het evenwel niet gehaald.

hij niet in staat is de uit de overdracht voortvloeiende belasting te voldoen.¹¹⁸ In deze situaties draagt de faciliteit, gezien vanuit de overdrager, bij aan het bereiken van het doel. Voor deze situaties is het ook legitiem dat wordt ingegrepen. Een gebrekkig werkende kapitaalmarkt vormt immers een reden voor de overheid om in te grijpen.

Ten aanzien van de overnemer kan niet worden ontkend dat deze meeprofitteert van een doorschuiffaciliteit indien het gaat om het financieringsaspect. De overnemer wenst immers in ruil voor overname van de belastingclaim een lagere prijs. Dit aspect komt in het laatst opgenomen citaat niet terug, maar aangenomen mag worden dat de regering nog steeds de eerder in deze paragraaf geciteerde doelstelling steunt.¹¹⁹ Wat betreft de positie van de overnemer kan worden geconcludeerd dat een doorschuiffaciliteit doeltreffend is. Dit is alleen niet zo bij schenking, omdat de overnemer dan geen koopsom te financieren heeft. Hij is alleen schenkbelasting verschuldigd. Deze moet wellicht gefinancierd worden, maar dit speelt in het kader van de toetsing van doorschuiffaciliteiten in de inkomstenbelasting geen rol.

De volgende vraag is of de gestelde voorwaarden passen bij het doel van de regeling. Deze voorwaarden worden door de regering gesteld om onbedoeld gebruik van de regeling te voorkomen. De eerste doelstelling die de regering voor de doorschuiffaciliteit bij leven formuleerde was dat de onderneming op een passender tijdstip kon worden overgedragen. Het stellen van voorwaarden werkt in dit opzicht contraproductief indien niet aan de voorwaarden kan worden voldaan. Dit kan de overdracht belemmeren. Bij de toetsing aan neutraliteit (zie paragraaf 4.2.3.4.c) is evenwel aan de orde geweest dat het stellen van voorwaarden noodzakelijk is omdat anders de onderneming zonder heffing van belasting kan worden overgedragen. Dit is niet de bedoeling. Bij een bedrijfsoverdracht is het uitgangspunt dat belasting is verschuldigd, waarbij bepaalde uitzonderingen redelijk worden geacht.¹²⁰ Met ingang van 1 januari 2001 is de doorschuiffaciliteit toegankelijk voor personen buiten de familiesfeer. Als belangrijkste voorwaarde is toen opgenomen de eis dat de over te dragen onderneming gedurende de 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van de overdracht deel uitmaakt van een samenwerkingsverband met degene die de onderneming voortzet (art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit is gedaan om ervoor te zorgen dat de band tussen de overdrager en de overnemer een voldoende duurzaam karakter heeft en waarmee onbedoeld gebruik (gewone verkooptransacties zonder fiscale afrekening) wordt voorkomen.¹²¹ Verder zijn in dit kader nog de volgende argumenten gegeven voor de eis dat de voortzetter

118. Onder de huidige wetgeving kan ook gebruik worden gemaakt van art. 25, achtste lid, IW 1990. Zie paragraaf 4.3.3.

119. Zie voetnoot 116.

120. Handelingen, Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 20, blz. 1558.

121. MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 8.

reeds een zekere tijd actief betrokken moet zijn bij het drijven van de onderneming.¹²²

1. de continuïteit van de onderneming wordt verbeterd;¹²³
2. de participatie van de overdrager in de onderneming gedurende de driejaarsperiode kan gunstig zijn voor de vermogenspositie van de onderneming en daarmee voor de latere startpositie van de voortzetter;
3. het belang van kennisoverdracht.¹²⁴

Naar mijn mening kunnen vraagtekens worden gesteld bij bovenstaande argumenten. Een overtuigende onderbouwing is in de parlementaire behandeling niet gegeven. Er is, naar mijn weten, ook geen onderzoek naar gedaan. Met name het eerstgenoemde punt valt op. Algemene doelstelling bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is dat de belastingclaim geen bedreiging zou moeten vormen voor het voortbestaan van de onderneming. Hier wordt evenwel bedoeld dat het samenwerkingsverband bijdraagt aan het verbeteren van de continuïteit van de onderneming. Het tegendeel zou ook waar kunnen zijn. Indien de samenwerking niet slaagt, kan dit evenzogoed de continuïteit van de onderneming schaden. Het mag ook bezwaarlijk heten een samenwerkingsverband aan te moeten gaan met een persoon indien daar anders niet voor was gekozen.¹²⁵ Zeker indien de zeggenschap als gevolg van het aangaan van het samenwerkingsverband gedeeltelijk bij een ander komt te rusten.¹²⁶ Het is de vraag of een alternatieve eis in plaats van het aangaan van een driejarig samenwerkingsverband zou kunnen zijn de eis dat de onderneming drie jaren dient te worden voortgezet. Een dergelijk voortzettingsvereiste kennen we ook uit andere wettelijke bepalingen (zie o.a. art. 15, eerste lid, onderdeel e, Wet BRV 1970 jo. art. 4, derde lid, Uitv.besl. BRV 1971). Er hoeft dan niet geforceerd een samenwerkingsverband te worden aangegaan. Ten aanzien van een voortzettingsvereiste is evenwel in de parlementaire behandeling terecht opgemerkt dat het alsnog laten afrekenen van de claim door de overdrager onredelijk kan zijn, omdat hij vaak geen invloed heeft op de beslissingen van de voortzetter. Ook is bij de bepaling van de oorspronkelijke verkoopprijs al rekening gehouden met de belastingclaim.¹²⁷ De overdrager heeft indirect de belasting-

122. MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, blz. 8.

123. Volgens de toenmalige staatssecretaris van Financiën is het in het belang van de continuïteit van de onderneming als wordt overgedragen aan een persoon die reeds geruime tijd bij de onderneming betrokken is geweest (brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 2 en 3).

124. De RvS merkt naar mijn mening terecht op dat het belang van dit argument niet toereikend is omdat de kennis bij de overnemer al aanwezig kan zijn en kennisoverdracht ook op andere manieren kan plaatsvinden. Zie advies RvS, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. A, blz. 6.

125. Zie ook Burgerhart, Hoogeveen en Egger (2009), blz. 34.

126. Dit onderkent ook de toenmalige staatssecretaris van Financiën in zijn brief over de mogelijkheden tot verdere flexibilisering van art. 3.63 Wet IB 2001, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 3.

127. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 21 en de brief van de toenmalige staatssecretaris van Financiën over flexibilisering van de geruisloze doorschuiving aan de Tweede Kamer, 28 188, nr. 1, blz. 4.

claim al betaald. Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een voortzettingstermijn van drie jaren niet wenselijk is. Het risico overigens dat de overdrager na de overdracht toch nog afhankelijk blijft van de overnemer ligt ook besloten in het huidige art. 3.63 Wet IB 2001. Uit het vierde lid van art. 3.63 Wet IB 2001 blijkt dat de overnemer moet gaan voortzetten.¹²⁸ Er wordt overigens geen termijn genoemd waar het gaat om de vraag hoelang moet worden voortgezet. In de parlementaire behandeling¹²⁹ is ten aanzien van het voortzettingsvereiste verwezen naar de toenmalige toelichting op de standaardvoorwaarden bij de geruisloze omzetting in een NV/BV.¹³⁰ Er wordt niet aan het voortzettingsvereiste voldaan indien de overdracht deel uitmaakte van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of liquidatie van de onderneming. Deze eis vind ik redelijk. Indien op het moment van de overdracht al bekend is dat de onderneming wordt doorverkocht, is er ook geen reden een doorschuiffaciliteit te verlenen.

Naar mijn mening gaat de regering te gemakkelijk voorbij aan de bezwaren van het aangaan van een samenwerkingsverband. Een inbreng van een onderneming in een samenwerkingsverband leidt voor de overdrager tot een gedeeltelijke staking voor de heffing van inkomstenbelasting. De doorschuiffaciliteit kan nog niet worden toegepast, aangezien nog niet is voldaan aan de 36-maandseis. Directe afrekening kan alleen worden voorkomen door de gebruikelijke technieken,¹³¹ zoals:

- het voorbehouden van stille reserves en goodwill;
- het tot het buitenvennootschappelijk vermogen rekenen van vermogensbestanddelen;
- de betaling buiten de boeken om;
- de ingroeieregeling.

Het opmerkelijke is aldus dat aan een geruisloze doorschuiving een met inkomstenbelasting belaste inbreng voorafgaat. Deze belastingheffing kan alleen worden voorkomen door toepassing van complexe methoden. Ten aanzien van het voorbehouden van stille reserves wordt dit wel onderkend: *'Het voorbehoud van stille reserves kan onder omstandigheden inderdaad bezwaarlijk zijn. In die situatie kan er echter voor worden gekozen de betreffende vermogensbestanddelen tot het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen te rekenen of een ingroeieregeling toe te passen.'*¹³² Naar mijn mening kleven er evenwel ook bezwaren aan het tot het buitenvennootschappelijk vermogen rekenen van vermogensbestanddelen en aan de ingroeieregeling. Ten aanzien

128. Opmerkelijk is dat in het vijfde lid van art. 3.63 Wet IB 2001 (overdracht aan een werknemer) niet over 'voortzetten' wordt gesproken. Dit komt hierna nog aan orde bij de analyse van dit artikellid.

129. NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 22.

130. Deze eis geldt nog steeds (Besluit van 30 juni 2010, nr. DGB 2010/3599M, Stcrt. 10512, paragraaf 4.2.1 van de toelichting op de standaardvoorwaarden).

131. Zie uitgebreider paragraaf 3.2.4.3.c.

132. NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 24.

van het eerste is het nog maar de vraag of partijen dit ook wenselijk vinden. De overnemer deelt immers niet in de waardeverandering van het desbetreffende vermogensbestanddeel. Het genot van het vermogensbestanddeel wordt dan slechts ingebracht in het samenwerkingsverband, dan wel het vermogensbestanddeel wordt verhuurd aan het samenwerkingsverband. Het nadeel van een ingroeieregeling is dat partijen overeenstemming moeten bereiken over de vraag hoe de waarde van de stille reserves en goodwill wordt vertaald in een hoger winstaandeel voor de overdrager. Het nadeel voor de overdrager is dat hij de overdrachtswinst wel realiseert maar dan alleen via een hoger winstaandeel in de komende jaren. Derhalve kunnen er geen stakingsfaciliteiten worden toegepast. Naar mijn mening stapt de regering te gemakkelijk over deze bezwaren heen. De voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan alvorens art. 3.63 Wet IB 2001 kan worden toegepast, werkt belemmerend. De in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit moet liquiditeitsproblemen bij overdracht voorkomen, maar de voorwaarden creëren in een vroeger stadium liquiditeitsproblemen. Indien deze voorwaarde belastingplichtigen ervan weerhoudt de faciliteit toe te passen, worden de doelstellingen die de overheid ten grondslag heeft gelegd aan de faciliteit niet bereikt. Opmerkelijk is overigens dat geen eisen worden gesteld aan de omvang van het belang van de toetreders (de beoogde voortzetter) en aan het belang dat bij de overdrager achterblijft. Aan het realiteitsgehalte van het samenwerkingsverband kan dus afhankelijk van de omstandigheden (sterk) worden getwijfeld. Indien er geen nadere voorwaarden worden gesteld aan het samenwerkingsverband, heeft het mijn voorkeur de eis van het aangaan van een samenwerkingsverband niet te stellen. In paragraaf 6.3.1.3.c doe ik een aanbeveling ten aanzien van de voorwaarden die voor art. 3.63 Wet IB 2001 zouden moeten gelden. Hier komt dan tevens de vraag aan de orde of de eis van het aangaan van een samenwerkingsverband nog zou moeten worden gesteld.

Gedurende de periode van het samenwerkingsverband gelden nog eisen ten aanzien van de hoedanigheid van de overdrager en de overnemer. De overdrager moet gedurende de periode van het samenwerkingsverband kwalificeren als ondernemer of als medegerechtigde op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 (art. 3.63, eerste lid, Wet IB 2001). Dit betekent dat de overdrager ook als commanditair vennoot in het samenwerkingsverband kan participeren. Dit biedt de overdrager de mogelijkheid toch al in bepaalde mate terug te treden. Hij hoeft niet meer betrokken te zijn bij de dagelijkse gang van zaken. De overnemer moet evenwel gedurende de periode van het samenwerkingsverband kwalificeren als ondernemer (art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001). Met deze keuze van de wetgever kan ik instemmen. Indien het doel van de wetgever met de faciliteit het bijdragen aan de continuïteit van de onderneming is, is het redelijk te eisen dat de overnemer ondernemer is. Naar mijn mening moet daarentegen nog wel een tegemoetkoming worden geboden voor situaties waarbij gedurende de periode van het samenwerkingsverband een terugoverdracht noodzakelijk is. In art. 13a Uittv.reg. IB 2001 is een aantal situaties genoemd waarbij de termijn van 36 maanden wordt verkort als zich één van de in dat artikel genoemde situaties voordoet. Indien de potentiële

overnemer bijvoorbeeld ziek wordt en ten minste één jaar niet in staat is te werken, kan het reëel zijn het belang van de overnemer weer terug over te dragen aan de inbrenger. Dit is evenwel niet mogelijk als de inbrenger in het samenwerkingsverband kwalificeert als commanditair vennoot. Het verdient aanbeveling voor deze situatie iets te regelen. In paragraaf 6.3.1.3.c komt dit aan de orde.

De doeltreffendheid van de faciliteit is met ingang van 1 januari 2002 toegenomen als gevolg van het uitbreiden van de doorschuiffaciliteit met de mogelijkheid door te schuiven naar een werknemer.^{133, 134} *Voor de betrokkenheid bij en de continuïteit van de onderneming behoeft er geen wezenlijk verschil te bestaan tussen een voortzetter die voor de overdracht mede-ondernemer was en een voortzetter die werknemer was. Vanuit die optiek vormt uitbreiding tot werknemers naar mijn oordeel de meest voor de hand liggende vorm van verdere flexibilisering van de regeling.*¹³⁵

Ook voor de overdracht aan een werknemer gelden eisen. De werknemer moet gedurende de 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van de overdracht als werknemer in die onderneming werkzaam zijn geweest. 'In de onderneming werkzaam zijn' moet worden uitgelegd als 'in dienstbetrekking zijn'.¹³⁶ Aldus kan bijvoorbeeld ook worden meegeteld de periode waarin een werknemer onbetaald verlof heeft, zoals ouderschapsverlof. Voor de betekenis van het begrip 'werknemer' wordt aangesloten bij de Wet LB 1964.¹³⁷ Dit betekent dat ook de in art. 3 Wet LB 1964 genoemde fictieve dienstbetrekkingen kwalificeren. Daarentegen wordt doorschuiving aan een persoon die de meewerkaftrek heeft genoten, niet gefaciliteerd.¹³⁸ Naar mijn mening zijn bij dit standpunt kanttekeningen te plaatsen. Indien de partner in een dergelijk geval voldoet aan de 36-maandsperiode valt niet in te zien waarom een geruisloze doorschuiving aan deze persoon niet mogelijk zou moeten zijn. Indien aan een werknemer, zoals hierna uitgebreider aan de orde komt, geen kwalitatieve en kwantitatieve eisen worden gesteld valt niet in te

133. De wettelijke bepaling is opgenomen ingevolge een amendement bij het Belastingplan 2002, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 15, p. 1.

134. Ook uit het onderzoek van Burgerhart, Hoogeveen en Egger (2009), blz. 34 blijkt dat een voorkeur bestaat voor overdracht aan werknemers (in vergelijking tot overdracht aan medeondernemers). Naar mijn mening wordt hierbij nog een terechte kanttekening geplaatst. De overdracht aan medeondernemers kan ook plaatsvinden bij overlijden, waarbij art. 3.62 Wet IB 2001 (doorschuiffaciliteit bij overlijden) kan worden benut.

135. Brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 3.

136. Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 5, BNB 2008/235.

137. Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, onderdeel 5, BNB 2008/235.

138. Besluit van 24 mei 2004, nr. CPP2004/1225M, vraag D4, BNB 2004/302. Dit besluit is inmiddels vervangen door het Besluit van 18 juli 2008 (zie voetnoot 136). Vraag D4 is in dit besluit niet meer opgenomen vanwege het voorlichtende karakter. Overigens geldt de uitsluiting dan ook voor partners die een onder art. 3.90 Wet IB 2001 vallende arbeidsbeloning genieten. Ook zij zijn geen werknemer in de zin van de Wet LB 1964. Ik pleit ervoor dat ook in deze situatie de faciliteit kan worden toegepast.

zien waarom de partner, niet zijnde werknemer, van de faciliteit wordt uitgesloten.

Er worden noch in kwalitatieve noch in kwantitatieve zin eisen gesteld aan de inhoud van het dienstverband. Een vereiste dat de beoogde opvolger bijvoorbeeld organisatorische verantwoordelijkheid heeft gehad, wijst de regering af. Dit zou lastig te formuleren zijn en moeilijk te controleren door de Belastingdienst.¹³⁹ Ook een kwantitatieve eis, zoals het aansluiten bij het urencriterium voor de zelfstandigenaftrek, wordt afgewezen. Volgens de regering is een dergelijke voorwaarde moeilijk te verdedigen omdat een dergelijke eis niet wordt gesteld bij overdracht aan medeondernemers.¹⁴⁰ Daar valt tegen in te brengen dat alvorens fiscaal geruisloos kan worden doorgeschoven naar een medeondernemer er een samenwerkingsverband moet zijn geweest. In dat opzicht zou het verdedigbaar zijn strengere eisen te stellen aan een geruisloze overdracht aan werknemers. In paragraaf 6.3.1.3.c doe ik aanbevelingen omtrent de vraag welke voorwaarden aan een werknemer zouden moeten worden gesteld alvorens aan deze persoon kan worden doorgeschoven. Opmerkelijk is voorts dat op grond van de huidige bepaling niet de eis wordt gesteld dat de overnemende werknemer moet voortzetten. Dit geldt wel voor de overdracht aan een medeondernemer (zie art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001). Naar mijn mening moet de geruisloze overdracht aan een medeondernemer niet anders worden geregeld dan de geruisloze overdracht aan een werknemer.

Het is overigens de vraag hoe bijvoorbeeld wordt omgegaan met de situatie dat iemand eerst gedurende 12 maanden als werknemer in dienst is geweest bij de overdrager en vervolgens gedurende 24 maanden als ondernemer in een samenwerkingsverband heeft samengewerkt met de overdrager. Kan de overdrager in deze situatie geruisloos overdragen op grond van art. 3.63 Wet IB 2001 of blijft de eis gelden dat de overdrager en voortzetter gedurende 36 maanden een samenwerkingsverband hebben gevormd? Naar de letter van de wet geldt het laatste. Het zou echter redelijk zijn indien in deze situatie geruisloos zou kunnen worden doorgeschoven.

4.2.3.4.e Doelmatigheid

Ook voor de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit geldt dat de faciliteit niet doelmatig is, omdat belastingplichtigen van de faciliteit gebruik kunnen maken als er geen liquiditeitsproblemen zijn (cadeaueffect). De kans is dan aanwezig dat belastingplichtigen gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit, terwijl zij deze niet nodig hebben. De overheid verleent een faciliteit waardoor de belastingopbrengsten dalen, terwijl daar geen opbrengst tegenover staat. Er kan alleen sprake zijn van een opbrengst indien de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk wordt bedreigd. Indien dit niet aan de orde is, behoeft de overheid ook niet in te grijpen en wegen de kosten niet op tegen de opbrengsten (zie uitgebreider paragraaf 4.2.2.5). Bij art. 3.63 Wet IB 2001 is dit zelfs nog meer aan de orde dan bij de andere

139. Brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 3 en 4.

140. Brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2001/02, 28 188, nr. 1, blz. 3 en 4.

doorschuifbepalingen in de winstfeer. Dit komt omdat de faciliteit ook kan worden benut indien de overdrager als gevolg van de vervreemding liquide middelen ontvangt. De overdrager kan in een dergelijke situatie de belastingclaim uit de ontvangen koopsom voldoen. In dat geval is art. 3.63 Wet IB 2001 niet doelmatig. Ook hier geldt vervolgens wel weer dat de overheid de kosten terugverdient als gevolg van lagere fiscale afschrijvingen in de toekomst.

Als gevolg van de doorschuiving profiteert de overnemer op korte termijn van het feit dat hij een lagere financiering nodig heeft. Indien de bedrijfsoverdracht zonder toepassing van de doorschuiffaciliteit geen doorgang zou kunnen vinden, kan worden gezegd dat vanuit de positie van de overnemer art. 3.63 Wet IB 2001 doelmatig is.

Bij de toetsing aan doeltreffendheid is aan de orde geweest dat om gebruik te kunnen maken van de doorschuiffaciliteit naar een medeondernemer de onderneming moet worden ingebracht in een samenwerkingsverband. Belastingplichtigen zullen kosten moeten maken om een samenwerkingsverband aan te gaan en dit in stand te houden. Ook zal de inbreng fiscaal tot heffing van inkomstenbelasting leiden, waardoor belastingplichtigen gebruik moeten maken van complexe inbrengtechnieken die wellicht ook niet tot het gewenste resultaat leiden. Deze aspecten verhogen de administratieve lasten voor belastingplichtigen. Dit komt de doelmatigheid niet ten goede. Dit geldt in veel mindere mate voor situaties waarbij wordt overgedragen aan een werknemer. Deze werknemer moet 36 maanden in de onderneming werkzaam zijn geweest alvorens gebruik kan worden gemaakt van de doorschuiffaciliteit. Die voorwaarde is minder belastend, mede omdat geen nadere eisen aan het dienstverband worden gesteld.

4.2.3.5 *Tussenconclusie*

In deze tussenconclusie worden de bevindingen uit deze paragraaf in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan aanbevelingen gedaan teneinde tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. De symbolen hebben de volgende betekenis:

- ++ = overtuigend positief
- + = positief
- +/- = neutraal
- = negatief
- = overtuigend negatief

In het schema is de toetsing aan gelijkheid niet verwerkt. Conclusies aangaande gelijkheid zijn verwerkt in paragraaf 4.2.2.6 (tussenconclusie doorschuiffaciliteiten in algemene zin). Zie voor de argumentatie hiervoor paragraaf 4.2.1.

Art. 3.59 Wet IB 2001		
Legitimiteit	Onderneming wordt fiscaalrechtelijk geheel voor rekening van winstgenieter gedreven. Nu afrekeningsbepaling in art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001 is opgenomen, mag een doorschuifbepaling niet ontbreken.	++
	Doorschuifbepaling is niet legitiem als door overlijden niet-ondernemende echtgenoot diens civielrechtelijke aandeel overgaat op iemand anders dan de bestuursbevoegde winstgenieter. Dit is alleen anders indien de voortzetter een direct opeisbare schuld krijgt aan andere erfgenamen. Als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit zal de overnameprijs voor de voortzetter normaliter lager worden.	-
	Bij verdeling huwelijksgemeenschap bij leven is doorschuifbepaling van toepassing op aandeel niet-ondernemende echtgenoot (1/2 ondernemingsvermogen) indien dat aan deze echtgenoot wordt toegedeeld. Doorschuifbepaling zou niet van toepassing moeten zijn. De ondernemende echtgenoot zou over dit deel moeten afrekenen.	-
Neutraliteit	Het is niet waarschijnlijk dat belastingplichtigen tot ontbinding van de huwelijksgemeenschap overgaan als gevolg van deze doorschuifbepaling.	++
Doeltreffendheid	Afrekeningsbepaling is opgenomen om eventueel lek bij ontbinding huwelijksgemeenschap te dichten. Dit doel wordt bereikt met de faciliteit.	++
Doelmatigheid	Faciliteit is doelmatig indien onderneming na ontbinding huwelijksgemeenschap fiscaalrechtelijk nog steeds door de winstgenieter wordt gedreven. Overkill omdat faciliteit ook van toepassing is indien anderen dan de winstgenieter voortzetten.	+
	Betreft automatische doorschuiffaciliteit. Op verzoek zou moeten kunnen worden afgerekend.	-
Art. 3.62 Wet IB 2001		
Legitimiteit	Vanuit de erflater bezien is de faciliteit legitiem indien de middelen ter voldoening van de belastingclaim uit de onderneming moeten worden gehaald.	+
	Vanuit de voortzetter bezien is de faciliteit alleen legitiem indien de verkrijging leidt tot een schuld aan de andere erfgenamen die direct opeisbaar is. Als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit zal de overnameprijs voor de voortzetter normaliter lager worden.	-
Neutraliteit	Er geldt een ruime doorschuiffaciliteit bij leven (art. 3.63 Wet IB 2001). Indien de voorwaarden daarvoor beperkend werken, is er een mogelijkheid dat belastingplichtigen wachten met de overdracht tot overlijden.	+
Doeltreffendheid	De continuïteit van de onderneming is erbij gebaat als de middelen ter voldoening van de belastingclaim niet uit de onderneming hoeven te worden gehaald.	++

	De eis dat rechtstreeks moet worden voortgezet is onduidelijk.	-
	De eis dat alle voortzetters dezelfde keuze moeten maken tussen doorschuiven dan wel afrekenen lijkt nog steeds te gelden. Deze eis is niet doeltreffend.	-
Doelmatigheid	Er is geen toets of daadwerkelijk sprake is van liquiditeitsproblemen. Aldus kunnen belastingplichtigen gebruikmaken van de faciliteit terwijl ze deze niet nodig hebben. De overheid verdient de kosten wel terug als gevolg van lagere afschrijvingen bij de voortzetter.	-
Art. 3.63 Wet IB 2001		
Legitimiteit	De overdrager kan met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt te maken krijgen indien de onderneming tegen schuldigerkenning wordt verkocht en er geen liquide middelen beschikbaar zijn om de belasting te voldoen. De doorschuiffaciliteit is evenwel niet legitiem indien de overdrager de middelen ontvangt van de koper waaruit de belasting kan worden voldaan.	+/-
	De doorschuiffaciliteit is niet legitiem bij schenking. Een schenking kan worden gepland. Dit betreft een bewuste keuze van de overdrager. Het is niet aan de overheid om in te grijpen.	--
	Als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit zal de koopprijs voor de voortzetter normaliter lager worden. Er behoeft dan voor een lager bedrag een beroep te worden gedaan op de kapitaalmarkt. Dit is overigens niet aan de orde bij schenking.	+
Neutraliteit	Art. 3.63 Wet IB 2001 is een ruime faciliteit. Dit zorgt ervoor dat de kans afneemt dat belastingplichtigen wachten met de overdracht tot het moment van overlijden. Alleen de voorwaarden kunnen beperkend werken (zie doeltreffendheid).	++
	De voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan om te zijner tijd geruisloos door te kunnen schuiven, werkt belemmerend indien partijen anders een dergelijk samenwerkingsverband niet zouden zijn aangegaan.	--
Doeltreffendheid	De continuïteit van de onderneming komt niet in gevaar door de betaling van de belastingclaim. Dit is een privé-schuld van de overdrager.	--
	De continuïteit van de onderneming kan wel in gevaar komen als de overdracht niet doorgaat als gevolg van de belastingclaim.	+
	De voortzetter heeft baat bij een doorschuiffaciliteit. De koopprijs wordt normaliter lager. Dit is bij een schenking niet aan de orde. Het betreft evenwel een kortetermijneffect. In de toekomst moet meer belasting worden betaald als gevolg van lagere afschrijvingen.	+
	De voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan alvorens geruisloos kan worden doorgeschoven, werkt beperkend. Er moet worden gezocht	--

	naar methoden om de belastingheffing op het moment van aangaan van het samenwerkingsverband te voorkomen zodat op termijn geruisloos kan worden doorgeschoven. Dit is tegenstrijdig. Verder draagt naar mijn mening de eis dat eerst sprake moet zijn geweest van een samenwerkingsverband niet bij aan de doelstelling van de bepaling.	
	Als gevolg van de mogelijkheid dat ook geruisloos kan worden doorgeschoven naar een persoon die 36 maanden werknemer is geweest, is de regeling doeltreffender geworden.	+
	Het doel van de regeling is naar mijn mening met de werknemerseis niet gebaat. Dit komt ook omdat er geen kwalitatieve en kwantitatieve eisen worden gesteld aan het dienstverband. Ook wordt niet de eis gesteld dat de overnemende werknemer moet voortzetten.	-
Doelmatigheid	Er kan ook van de faciliteit gebruik worden gemaakt als de overdrager ter zake van de overdracht liquide middelen ontvangt. Er is sprake van een cadeaueffect. De overheid verdient evenwel de kosten terug als gevolg van lagere afschrijvingen bij de voortzetter.	-
	Het aangaan en in stand houden van een samenwerkingsverband om op termijn de doorschuifmogelijkheid te benutten gaat gepaard met kosten voor de belastingplichtige.	- -

4.2.4 Doorschuiffaciliteiten voor ab-houders

4.2.4.1 Inleiding

Voor de ab-houder leidt de vervreemding van ab-aandelen¹⁴¹ in het kader van een bedrijfsoverdracht tot het in aanmerking nemen van een vervreemdingsvoordeel. De omvang van het vervreemdingsvoordeel wordt bepaald aan de hand van art. 4.19 Wet IB 2001, te weten de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen. Om de heffing over het vervreemdingsvoordeel te voorkomen zijn in de Wet IB 2001 de volgende doorschuiffaciliteiten opgenomen:

- doorschuiving bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en de verdeling van een huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden, paragraaf 4.2.4.2 (art. 4.17 Wet IB 2001);
- doorschuiving bij overgang krachtens erfrecht, paragraaf 4.2.4.3 (art. 4.17a Wet IB 2001);

141. Waar hierna over ab-aandelen of aandelen wordt gesproken, wordt daarmee bedoeld alle vermogensbestanddelen die op grond van afdeling 4.3 tot een ab behoren, tenzij uitdrukkelijk een uitzondering wordt gemaakt.

- doorschuiving bij verdeling van de nalatenschap binnen twee jaar, paragraaf 4.2.4.4 (art. 4.17b Wet IB 2001);
- doorschuiving bij overdracht krachtens schenking, paragraaf 4.2.4.5 (art. 4.17c Wet IB 2001).

Doorschuiving in de ab-sfeer verloopt via de verkrijgingsprijs. Hierna komt aan de orde hoe daaraan vorm is gegeven.

De doorschuifbepalingen worden in de volgende paragrafen getoetst op elementen die specifiek voor die bepalingen van belang zijn. Het is hierbij van belang te onderkennen dat de regering te kennen heeft gegeven dat de doorschuifbepalingen in de Wet IB 2001 ten aanzien van schenkingen en verervingen zo veel mogelijk zijn afgestemd op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.¹⁴² Ofschoon het karakter van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 verschilt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956, de eerste betreft een faciliteit waarbij de claim wordt doorgeschoven naar een ander subject terwijl de tweede leidt tot een vrijstelling van belastingheffing, kan ik met deze keuze instemmen. Indien de regering faciliteiten invoert om te voorkomen dat de uit een overdracht voortvloeiende belastingheffing de continuïteit van onderneming bedreigt, is het aan te bevelen de voorwaarden voor het kunnen toepassen van de verschillende faciliteiten zo veel mogelijk op elkaar af te stemmen. Dit maakt de wetgeving beter toepasbaar, hetgeen niet wegneemt dat in bepaalde gevallen aan een faciliteit extra eisen moeten worden gesteld. Dit heeft de regering ook gedaan. Deze extra eisen komen bij de toetsing aan de orde. Hierbij kan worden gedacht aan het specifieke voortzettingsvereiste dat wel geldt voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting maar niet voor de doorschuifbepalingen in de Wet IB 2001. Het op elkaar afstemmen van de voorwaarden voor de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001 en de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting heeft tot gevolg dat bij de analyse van de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 2001, indien relevant, regelmatig wordt verwezen naar de parlementaire behandeling inzake de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 en de literatuur daaromtrent.

De bevindingen worden in paragraaf 4.2.4.6 per faciliteit samengevat in een tussenconclusie.

4.2.4.2 *Doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap anders dan door overlijden*

4.2.4.2.a *Werking bepaling*

Op grond van art. 4.17 Wet IB 2001 wordt een overgang van ab-aandelen als gevolg van het aangaan van een huwelijk waarbij een huwelijksgemeenschap ontstaat, een wijziging van de huwelijksgemeenschap tijdens huwelijk, de

142. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5 en MvA, Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 8.

ontbinding van de huwelijksgemeenschap door echtscheiding en de verdeling van de huwelijksgemeenschap bij het einde van het huwelijk niet als vervreemding aangemerkt. Aangezien een verdeling geen terugwerkende kracht kent, kan ook de gerechtigdheid tot de onverdeelde boedel tot een ab leiden (HR 8 september 1976, nr. 17 943, BNB 1976/226). Een verdeling conform het deel waar op grond van het huwelijksvermogensrecht recht op bestaat, heeft fiscaal geen gevolgen. Als de verdeling evenwel leidt tot een overbedeling houdt dit een vervreemding in door de onderbedeelde belastingplichtige (HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80). Dit is een vervreemding waarop art. 4.17 Wet IB 2001 kan worden toegepast, mits de verdeling van de huwelijksgemeenschap binnen twee jaren na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap plaatsvindt. De verkrijger moet binnenlands belastingplichtig¹⁴³ zijn, waarbij de verkregen aandelen geen deel mogen uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en mogen niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Naar mijn mening is dit een terechte keuze, omdat anders de op de aandelen rustende belastingclaim verloren gaat.

Art. 4.17 Wet IB 2001 is een automatische doorschuifbepaling; dat wil zeggen dat daarvoor geen verzoek behoeft te worden gedaan (zie nader paragraaf 4.2.4.2. e). In tegenstelling tot art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 geldt de doorschuiffaciliteit ook voor beleggingsvermogen.¹⁴⁴ Volgens de regering is *'de aanleiding voor een en ander doorgaans niet gelegen in het tot stand brengen van een bedrijfsoverdracht van de ene echtgenoot op de andere echtgenoot. Daarom wordt de doorschuifregeling voor de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht niet toegesneden op reële bedrijfsopvolgingen'*.¹⁴⁵ Met deze motivering en keuze kan ik instemmen. Dit neemt niet weg dat de ruimere werking van art. 4.17 Wet IB 2001 verstorend kan werken aangezien bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden de mogelijkheid tot doorschuiving wordt beperkt tot ondernemingsvermogen (zie laatste alinea van deze paragraaf).

Op grond van art. 4.39, eerste lid, Wet IB 2001 geldt als verkrijgingsprijs na doorschuiving de prijs die gold voor degene van wiens zijde de ab-aandelen in

143. Indien wordt toegedeeld aan een buitenlandse verkrijger kan op grond van art. 2.8, vierde lid, Wet IB 2001 worden verzocht om een conserverende aanslag. Uitstel van betaling wordt verleend op basis van art. 25, achtste lid, IW 1990). De verkrijgingsprijs van de buitenlandse verkrijger wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer (art. 7.6, eerste lid, Wet IB 2001). Indien zich nadien één van de in art. 4.21, vijfde lid, Wet IB 2001 genoemde situaties voordoet, is in art. 15a Uitv.besl. IB 2001 geregeld hoe moet worden omgegaan met reeds opgelegde conserverende aanslagen en hoe de verkrijgingsprijs moet worden vastgesteld. Het kan zich ook voordoen dat de oorspronkelijke verkrijger (waaraan de conserverende aanslag is opgelegd) weer in Nederland gaat wonen. In dat geval wordt op grond van art. 4.25, zesde lid, Wet IB 2001 jo. art. 16, tiende lid, Uitv.besl. IB 2001 de verkrijgingsprijs vastgesteld en worden regels gegeven hoe de conserverende aanslag wordt verminderd.

144. Ik heb hier art. 4.17b Wet IB 2001 buiten beschouwing gelaten omdat bij overlijden al een onderscheid is gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Bij een latere verdeling hoeft niet opnieuw dit onderscheid te worden gemaakt. Zie nader paragraaf 4.2.4.4.

145. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 40.

de huwelijksgemeenschap zijn gevallen. In het tweede lid is geregeld dat indien bij het ontstaan van de huwelijksgemeenschap art. 4.17 Wet IB 2001 niet is toegepast bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap de verkrijgingsprijs geldt van degene van wie wordt verkregen. Het derde lid geeft aan hoe de verkrijgingsprijs moet worden bepaald indien een genotsrecht wordt gevestigd in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap. De verkrijgingsprijs wordt dan evenredig doorgeschoven.

Indien de gezamenlijke belanghebbenden dit wensen, kunnen zij verzoeken art. 4.17 Wet IB 2001 niet van toepassing te laten zijn (art. 4.38 Wet IB 2001).¹⁴⁶ De gezamenlijke belanghebbenden zijn hier de beide echtgenoten. Naar mijn mening is het logisch dat beide echtgenoten met de keuze instemmen. Voor beide echtgenoten moet het duidelijk zijn welke fiscale gevolgen verbonden zijn aan de ontbinding van de huwelijksgemeenschap. De keuze wordt gemaakt bij de aangifte of aangiften waarin het aldus ontstane vervreemdingsvoordeel is begrepen. Het verzoek kan naar mijn mening worden gedaan zolang het achterwege laten van het verzoek nog niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen (HR 28 april 2006, nr. 42 002, BNB 2007/89¹⁴⁷). Dit betekent dat ook in de bezwaar- en de beroepsfase het verzoek nog kan worden gedaan.¹⁴⁸

Art. 4.17 Wet IB 2001 kan niet worden toegepast als de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Indien in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap de ab-aandelen van de erflater worden toebedeeld aan de langstlevende is de situatie als volgt. Het overlijden leidt allereerst tot een fictieve vervreemding op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001.¹⁴⁹ Op grond van art. 4.17a Wet IB 2001 kan worden doorgeschoven voor zover de waarde van de aandelen ziet op het ondernemingsvermogen (zie paragraaf 4.2.4.3).¹⁵⁰ Indien de aandelen van de erflater vervolgens in het kader van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap worden toegedeeld aan de langstlevende is dit een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Art. 4.17 Wet IB 2001 kan niet worden toegepast. Het betreft immers een verdeling van de huwelijksgemeenschap door overlijden. Ook art. 4.17a Wet IB 2001 is op deze situatie niet van toepassing. De verdeling van de huwelijksgemeenschap betreft geen overgang krachtens erfrecht onder algemene titel of

146. Dit kan niet leiden tot een verlies uit ab. Art. 4.24, vierde lid, Wet IB 2001 verhindert dit. Op grond van het vijfde lid van art. 4.24 Wet IB 2001 geldt voor een aantal fictieve vervreemdingen dat art. 4.24 Wet IB 2001 niet behoeft te worden toegepast.

147. In het arrest (jaar 2001) ging het om de gezamenlijke keuze voor fiscaal partnerschap. Ook daarvoor moest de keuze bij de aangifte worden gedaan.

148. Anders: beschouwing in aant. 4 bij art. 4.38 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

149. Het overlijden leidt fiscaal tot een fictieve afrekening op grond van genoemde bepaling. Civielrechtelijk wordt eerst de huwelijksgoederengemeenschap verdeeld alvorens aan een eventuele verdeling van de nalatenschap wordt toegekomen. De in art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 opgenomen bepaling doorkruist deze civielrechtelijke uitwerking. Zie ook Govers-de Louw en Schuurman-van Nifterik (2011), Heithuis (2010a) en Ganzeveld en Hoeve (2010a).

150. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 24.

bijzondere titel. Dit betekent dat de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap tot gevolg heeft dat op dat moment ook moet worden afgerekend over het in de waarde van de aandelen begrepen ondernemingsvermogen. Op het moment van overlijden van de erflater kon op grond van art. 4.17a Wet IB 2001 dit deel nog worden doorgeschoven.¹⁵¹ Over het beleggingsvermogen is reeds op het moment van overlijden van de erflater afgerekend. Dit betekent dat als gevolg van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap alleen nog wordt geheven indien de waarde van het beleggingsvermogen is gewijzigd tussen het moment van overlijden en de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap.

De keuze van de regering om art. 4.17 Wet IB 2001 niet van toepassing te laten zijn bij overlijden komt nader aan de orde bij de toetsing aan het neutraliteitscriterium (zie paragraaf 4.2.4.2.c).

Indien in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap meer dan 50% van de aandelen wordt toebedeeld aan de nalatenschap van de erflater geldt art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.4.3).

4.2.4.2.b Legitimiteit

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het aangaan van een huwelijk waarbij de ab-aandelen tot de gemeenschap gaan behoren tot een fictieve afrekening leidt. Civielrechtelijk verandert er evenwel niets. De oorspronkelijke ab-houder blijft bestuursbevoegd (art. 1:97, eerste lid, BW). Ook feitelijk bezien zal er niets veranderen. De positie van de aandeelhouder ten opzichte van de vennootschap verandert niet. Naar mijn mening moet dan ook op de fictieve afrekening bij het aangaan van een huwelijk een doorschuifmogelijkheid volgen. In die zin acht ik art. 4.17 Wet IB 2001 legitiem. Art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 kan worden gezien als een onvolkomenheid in de belastingwetgeving.

Ook is het nog maar de vraag of de ab-houder de middelen heeft om de belasting te voldoen. Het is zeer goed mogelijk dat de aandeelhouder de middelen ter voldoen van de belasting uit de vennootschap moet halen. Dit kan de continuïteitspositie van de vennootschap schaden. Vanuit dit oogpunt is een doorschuiffaciliteit eveneens legitiem.

Indien het vervolgens komt tot een ontbinding van de huwelijksgemeenschap en als gevolg van de verdeling van de huwelijksgemeenschap de aandelen van de ene echtgenoot worden toebedeeld aan de andere echtgenoot, is op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 sprake van een fictieve vervreemding door de onderbedeelde echtgenoot. Het is nog maar de vraag of de continuïteit van de onderneming door de belastingheffing wordt bedreigd. Het is immers de onderbedeelde echtgenoot die de belasting is verschuldigd. De continuïteit zou kunnen worden bedreigd indien de overbedeelde echtgenoot genoodzaakt is de middelen uit de vennootschap te halen en deze te gebruiken om een eventuele overbedelingssschuld ter zake van de ab-aandelen (gedeeltelijk) af te lossen.

151. Zie ook Govers-de Louw en Schuurman-van Nifterik (2011).

Ik ben de mening toegedaan dat overheidsingrijpen bij echtscheiding legitiem is als de onderbedeelde echtgenoot uitsluitend ab-houder is geworden als gevolg van het aangaan van het huwelijk. Er verandert feitelijk niets door de echtscheiding, evenals dit het geval was bij het aangaan van het huwelijk. Dit is anders als de aandelen tijdens het huwelijk zijn gekocht en de aandelen tot de gemeenschap zijn gaan behoren, waarbij ook beide echtgenoten bestuursbevoegd zijn. Deze situatie lijkt sterk op de situatie waarbij echtgenoten die onder huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd tijdens de huwelijkse periode ieder de helft van een aandelenpakket kopen. Indien het in een dergelijke situatie tot een echtscheiding komt en het wenselijk is dat alle aandelen bij één van de echtgenoten terechtkomen, wordt dit aangemerkt als een normale vervreemding waarover op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 moet worden afgerekend. Naar mijn mening is een doorschuifmogelijkheid bij een verdeling van een huwelijksgemeenschap niet legitiem indien aan een belastingplichtige meer aandelen worden toebedeeld dan het aantal waartoe hij bestuursbevoegd is. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 6.2.1.2.b.

4.2.4.2.c Neutraliteit

In paragraaf 4.2.4.2.a kwam aan de orde dat art. 4.17 Wet IB 2001 niet kan worden toegepast als de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Op het moment van overlijden van de erflater kan art. 4.17a Wet IB 2001 wel worden toegepast voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. Indien de aandelen vervolgens als gevolg van de verdeling van de huwelijksgemeenschap worden toegedeeld aan de langstlevende volgt echter alsnog afrekening, zowel over het ondernemings- als over het beleggingsvermogen.¹⁵²

In gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten kunnen afrekening over zowel het ondernemings- als het beleggingsvermogen voorkomen door de huwelijksgemeenschap reeds tijdens leven te verdelen. Zo kunnen ze in het zicht van overlijden besluiten nog tijdens leven huwelijkse voorwaarden op te stellen en de huwelijksgemeenschap zodanig te verdelen dat de ab-aandelen worden toegedeeld aan degene die de ander vermoedelijk overleeft.¹⁵³ Dit heeft een versturende werking. Partijen passen hun gedrag aan om een

152. Afrekening over het deel dat ziet op het ondernemingsvermogen kan worden voorkomen door de langstlevende als erfgenaam te benoemen. De aandelen komen dan niet op grond van het huwelijksvermogensrecht toe aan de langstlevende, maar op grond van het erfrecht. Alsdan kan de fiscale claim wel doorgeschoven worden. De versturende werking blijft intact voor het gedeelte betreffende het beleggingsvermogen.

153. Zie ook Mol-Verver (2011). Door de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen (28 867) wordt dit alleen nog maar eenvoudiger. Voor het maken van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk behoeft de rechtbank geen goedkeuring meer te verlenen (art. 1:119 BW is vervallen). De wet is met ingang van 1 januari 2012 in werking getreden (Stb. 2011, 205).

faciliteit te kunnen benutten. Dit levert alleen tijdelijk uitstel van belastingheffing op omdat bij overlijden van de langstlevende in ieder geval afgerekend moet worden over het in de aandelen begrepen beleggingsvermogen. Het gedeelte dat ziet op het ondernemingsvermogen kan bij het overlijden van de langstlevende wel verder worden doorgeschoven op grond van art. 4.17a Wet IB 2001.

Ik ben van mening dat de wetgever geen onderscheid zou moeten maken tussen een ontbinding van de huwelijksgemeenschap bij leven en bij overlijden. Bij een overgang tijdens leven is de regering van mening dat de aanleiding hiervoor niet is het tot stand brengen van een bedrijfsoverdracht van de ene echtgenoot op de andere. Ik zie niet in waarom dit bij overlijden anders is. De regering is evenwel een andere mening toegedaan. Op grond van het draagkrachtbeginsel behoort de erflater bij overlijden over zijn totaalwinst af te rekenen. Hiervoor wordt alleen een uitzondering gemaakt indien het ondernemingsvermogen betreft. Waar het gaat om beleggingsvermogen is er geen reden doorschuiving toe te staan. Ook de verzorgingsbehoefte tussen echtelieden acht de regering geen dragende grond om doorschuiving toe te staan.¹⁵⁴ Naar mijn mening moet de wetgever een duidelijke keuze maken. Er behoort geen verschil in fiscale behandeling te bestaan tussen de ontbinding van een huwelijksgemeenschap door overlijden, dan wel door echtscheiding. Ik ben dan ook van mening dat in beide situaties volledige doorschuiving moet worden toegestaan.¹⁵⁵

4.2.4.2.d Doeltreffendheid

De doorschuiфregeling bij overgangen onder algemene titel is als volgt toegelicht: *'Het gevolg van deze regeling is, dat bij verwerving van aandelen of winstbewijzen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht ook de op die effecten rustende fiscale claims op de verkrijger overgaan, evenals bij de overgang van een onderneming in de in art. 15, derde lid, van het ontwerp genoemde gevallen (doch daar alleen indien de belanghebbenden dit wensen).'*¹⁵⁶ De afrekenbepaling was dus vooral gericht op claimbehoud waarna vervolgens de claim kon worden doorgeschoven. De regering wenst de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en de verdeling van de huwelijksgemeenschap binnen twee jaren na ontbinding van de huwelijksgemeenschap niet te belasten. Als voorwaarden

154. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 23.

155. Zie ook Govers-de Louw en Schuurman-van Nifterik (2011).

156. MvT, Kamerstukken II 1957/58, 5380, nr. 3, blz. 44. Oorspronkelijk was de faciliteit in art. 34 opgenomen. Uiteindelijk is dit art. 39 Wet IB 1964 geworden. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001 is aangegeven dat een inhoudelijke wijziging niet is beoogd (MvT, Kamerstukken II 1998/99, nr. 3, blz. 210).

gelden dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig is en de verkregen aandelen of winstbewijzen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Ook de voorwaarden bepalen of een regeling doeltreffend is. Naar mijn mening kan worden gezegd dat deze voorwaarden bijdragen aan de doeltreffendheid van de bepaling. Indien deze voorwaarden niet zouden zijn gesteld, gaat de belastingclaim verloren. Bij de overgang naar een buitenlandse verkrijger leiden de voorwaarden tot het opleggen van een conserverende aanslag (art. 2.8, vierde lid, Wet IB 2001).

Inmiddels geldt art. 4.17 Wet IB 2001 alleen nog indien de huwelijksgemeenschap bij leven wordt ontbonden. Ten aanzien van deze situatie mag worden aangenomen dat het doel van de regeling niet is gewijzigd. De regering wenst een dergelijke overgang van ab-aandelen onder algemene titel niet te belasten. Het onderscheid tussen ondernemings- en beleggingsvermogen speelt bij art. 4.17 Wet IB 2001 geen rol (zie voor dit onderscheid paragraaf 4.2.4.2.a).

De doorschuifbepaling is alleen van toepassing als de verdeling van de huwelijksgemeenschap binnen twee jaren na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap plaatsvindt. Met ingang van 1 januari 2012 is reeds op het moment dat een verzoek tot echtscheiding wordt ingediend sprake van ontbinding van de huwelijksgemeenschap (art. 1:99 BW). Dit betekent dat de tweejaarstermijn vanaf genoemde datum eerder ingaat. Naar mijn mening is de termijn van twee jaren in een echtscheidingssituatie te kort. Hier is evenwel naar mijn weten nooit onderzoek naar gedaan. Op verzoek is termijnverlenging wel mogelijk, maar wordt dit alleen toegestaan indien sprake is van overmacht of indien de vertraging is veroorzaakt door de Belastingdienst.¹⁵⁷ Hier is de vraag relevant wat onder overmacht moet worden verstaan. Het is de inspecteur die in eerste instantie hierover beslist. Het heeft mijn voorkeur de tweejaarstermijn te verruimen. Het is de bedoeling van de wetgever dat partijen bij een echtscheiding geruisloos kunnen doorschuiven. Een langere termijn komt naar mijn mening de doeltreffendheid van de bepaling alleen maar ten goede. Overigens hebben partijen nog wel de mogelijkheid om binnen de tweejaarstermijn alvast over te gaan tot verdeling van alleen de ab-aandelen (partiële verdeling).¹⁵⁸ Het is alleen de vraag of partijen hierover overeenstemming kunnen bereiken. De verdeling is nu eenmaal een samenhangend geheel. Een partiële verdeling is zeker gecompliceerd indien het ab-pakket een dominante plaats inneemt in de boedel.

157. Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, paragraaf 4.10.

158. Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, paragraaf 5.3.

4.2.4.2.e Doelmatigheid

Naar mijn mening is de toetsing van art. 4.17 Wet IB 2001 aan doelmatigheid van een andere orde dan die van art. 4.17a, 4.17b en 4.17c Wet IB 2001. Het is van oudsher niet de bedoeling tot heffing over te gaan als een huwelijksgemeenschap wordt ontbonden.¹⁵⁹ Dit is met ingang van 1 januari 2010 anders als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden als gevolg van overlijden maar dan alleen voor zover de waarde van de aandelen ziet op beleggingsvermogen. Als uitgangspunt geldt derhalve dat de wetgever niet tot heffing wil overgaan als de huwelijksgemeenschap bij leven wordt ontbonden. In die zin kan worden gezegd dat art. 4.17 Wet IB 2001 doelmatig is. In paragraaf 4.2.4.2.c is evenwel aan de orde gekomen dat art. 4.17 Wet IB 2001 een verstorende werking kan hebben, omdat voor deze bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Partijen zouden ervoor kunnen kiezen in het zicht van overlijden de huwelijksgemeenschap reeds bij leven te ontbinden. Naar mijn mening is dit vooral aan de orde voor zover de waarde van de aandelen betrekking heeft op beleggingsvermogen. Voor zover het ondernemingsvermogen betreft, kan de ab-houder ervoor kiezen de langstlevende als erfgenaam te benoemen. Er bestaat dan geen noodzaak al tijdens leven de huwelijksgemeenschap te ontbinden. Ten aanzien van het beleggingsvermogen ben ik van mening dat de verstorende werking van art. 4.17 Wet IB 2001 de doelmatigheid van de bepaling negatief beïnvloedt. Partijen moeten kosten maken om de faciliteit te kunnen benutten, terwijl de regering van mening is dat een overgang tussen echtgenoten niet moet worden gezien als een bedrijfsoverdracht.¹⁶⁰ Dit zou bij overlijden van één van de echtgenoten niet anders moeten zijn. Door een onderscheid te maken tussen de ontbinding van een huwelijksgemeenschap bij leven en bij overlijden is de regeling nodeloos ingewikkeld. Dit beïnvloedt de doelmatigheid negatief.

Bij de toetsing aan doelmatigheid is verder relevant dat art. 4.17 Wet IB 2001 een automatische doorschuifbepaling is. Dit betekent dat geen kosten behoeven te worden gemaakt om een verzoek tot doorschuiving te doen. Overigens ben ik van mening dat een dergelijk verzoek qua kosten geen zware belemmering is en als zodanig aanvaardbaar zou zijn. Daarnaast kan op grond van art. 4.38 Wet IB 2001 nog worden verzocht om de fiscale claim te voldoen.

4.2.4.3 Doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens erfrecht

4.2.4.3.a Werking bepaling

In art. 4.17a Wet IB 2001 is een doorschuiffaciliteit opgenomen voor de overgang van ab-aandelen¹⁶¹ krachtens erfrecht onder algemene titel of onder

159. Zie citaat behorend bij voetnoot 156.

160. Zie voetnoot 145.

161. Uitzonderd aandelen die op grond van art. 4.10 Wet IB 2001 tot een ab behoren. Zie hiervoor paragraaf 4.2.4.3.d.

bijzondere titel.¹⁶² Het verzoek¹⁶³ tot doorschuiving moet worden gedaan door de gezamenlijke belanghebbenden.¹⁶⁴ De gezamenlijke belanghebbenden zijn de erflater en de erfgenamen. Ten behoeve van de erflater treedt de rechtsgeldige vertegenwoordiger(s), bijvoorbeeld de testamentair-executeur, in diens plaats. Derhalve hoeven niet alle erfgenamen en legatarissen het verzoek te doen.¹⁶⁵ In geval van een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel moet de overgang plaatsvinden binnen twee jaren na het overlijden (art. 4.17a, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001).¹⁶⁶ De doorschuiffaciliteit geldt alleen als de vennootschap een materiële onderneming, zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001, drijft. Hieronder wordt verstaan 'een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid die deelneemt aan het economische verkeer met het oogmerk om winst te behalen'.¹⁶⁷ Er is aangesloten bij art. 3.2 Wet IB 2001 vanuit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit.¹⁶⁸ Het is opmerkelijk dat geen eisen worden gesteld aan de duur van het drijven van de materiële onderneming.¹⁶⁹ Ook had de wetgever ervoor kunnen kiezen de faciliteit alleen van toepassing te laten zijn 'indien en voor zover een onderneming wordt gedreven' (conform art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969). De wetgever heeft evenwel voor een andere benadering gekozen. De doorschuiffaciliteit kan alleen worden toegepast voor zover de overdrachtsprijs toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van

162. De verkrijger moet op grond van art. 4.17a, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 binnenlands belastingplichtig zijn en de verkregen aandelen mogen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit werkzaamheid van hem behoren. Dit is om de heffing te waarborgen. Indien de verkrijger niet in Nederland woont, kan op verzoek een conserverende aanslag worden opgelegd. Zie nader art. 2.8, vijfde lid, Wet IB 2001. Uitstel van betaling wordt verleend op basis van art. 25, achtste lid, IW 1990. Het te conserveren inkomenbestanddeel wordt beperkt tot het deel dat ingevolge art. 4.17a Wet IB 2001 niet als vervreemdingsvoordeel wordt aangemerkt. De verkrijgingsprijs van de buitenlandse verkrijger wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer (art. 7.6, eerste lid, Wet IB 2001). Indien zich nadien één van de in art. 4.21, vijfde lid, Wet IB 2001 genoemde situaties voordoet, wordt in art. 15a Uitv.besl. IB 2001 geregeld hoe moet worden omgegaan met reeds opgelegde conserverende aanslagen en hoe de verkrijgingsprijs moet worden vastgesteld. Het kan zich ook voordoen dat de oorspronkelijke verkrijger (waaraan de conserverende aanslag is opgelegd) weer in Nederland gaat wonen. In dat geval wordt op grond van art. 4.25, zesde lid, Wet IB 2001 jo. art. 16, tiende lid, Uitv.besl. IB 2001 de verkrijgingsprijs vastgesteld en worden regels gegeven hoe de conserverende aanslag wordt verminderd.

163. In tegenstelling tot art. 3.62 en 3.63 Wet IB 2001 is in deze bepaling niet opgenomen dat het verzoek bij de aangifte moet worden gedaan. Overigens maakt dit uiteindelijk geen verschil. Het verzoek kan worden gedaan zolang het achterwege laten van het verzoek nog niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen (zie voetnoot 102).

164. Zie art. 4.17a, negende lid, Wet IB 2001 jo. art. 26a Uitv.reg. Wet IB 2001 bij wie het verzoek moet worden ingediend.

165. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 65. Tot en met 2009 gold nog een automatische doorschuiving bij overlijden (art. 4.17 Wet IB 2001 oud).

166. Dit is gedaan omdat bij afgifte van het legaat na een langere periode dit meer het karakter van een overdracht bij leven door de erfgenamen krijgt (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 41 en 42).

167. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 43.

168. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 43.

169. Zie ook Heithuis (2011), blz. 45-46.

de vennootschap. In het zesde lid van art. 4.17a Wet IB 2001 is bepaald wat onder ondernemingsvermogen wordt verstaan. Dat zijn de bezittingen en schulden voor zover die kunnen worden toegerekend aan de materiële onderneming, alsmede het beleggingsvermogen tot ten hoogste 5% van de waarde in het economische verkeer van het kwalificerende ondernemingsvermogen.¹⁷⁰ De keuze om alleen vermogensbestanddelen die tot een materiële onderneming behoren tot het te faciliteren vermogen te rekenen, komt aan de orde bij de toetsing aan het doeltreffendheids criterium. Overigens is niet de fiscale boekwaarde relevant, maar de waarde in het economische verkeer van de vermogensbestanddelen. Het gaat immers uiteindelijk bij de berekening van het vervreemdingsvoordeel ook om de waarde in het economische verkeer van de aandelen.

De faciliteit is ook van toepassing indien de aandelen betrekking hebben op een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Hieraan worden wel voorwaarden gesteld (art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001). Ook voor preferente aandelen worden nadere voorwaarden gesteld (art. 4.17a, derde lid, Wet IB 2001). De regering verwijst hiervoor naar de overeenkomstige bepalingen in de SW 1956.¹⁷¹ De voorwaarden komen hierna aan de orde bij de toetsing aan neutraliteit en doeltreffendheid.

De overdrager is bij het berekenen van zijn vervreemdingsvoordeel niet verplicht een evenredig gedeelte van zijn verkrijgingprijs te gebruiken, maar mag zijn verkrijgingprijs gebruiken tot maximaal het bedrag van de overdrachtprijs (art. 4.19, tweede lid, Wet IB 2001). Volgens de regering wordt hiermee het meest recht gedaan aan de draagkrachtgedachte.¹⁷² De verkrijgingprijs wordt bepaald op het bedrag dat voor de overdrager als vervreemding heeft te gelden (art. 4.21 Wet IB 2001) vermeerderd met het gedeelte van de verkrijgingprijs hetgeen de overdrager als gevolg van de doorschuiving niet heeft kunnen gebruiken (art. 4.39a, eerste lid, Wet IB 2001). Indien bij de overgang een genotsrecht wordt gevestigd, is in het tweede lid van art. 4.39a Wet IB 2001 bepaald dat de verkrijgingprijs evenredig wordt verdeeld.¹⁷³

Indien de belastingplichtige een ab heeft in een lichaam (holdingvennootschap) dat een belang heeft in een ander lichaam (werkmaatschappij) moeten de bezittingen en schulden van die werkmaatschappij, met inachtneming van de omvang van dat belang, ten behoeve van de toets of sprake is van een onderneming worden toegerekend aan de holdingvennootschap onder de

170. In art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001 is nog overgangsrecht opgenomen voor vorderingen die zijn ontstaan vóór 1 januari 2010 uit hoofde van een overdracht van aandelen.

171. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 42.

172. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 47.

173. Dit is ook aan de orde indien een erfgenaam tijdelijk de vruchten op de aandelen krijgt en een ander het legaat van de aandelen. De erflater vervreemdt in dat geval de aandelen voor een evenredig deel aan de vruchtgebruiker en voor het andere evenredige deel aan de legataris. Op deze vervreemdingen is art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing. De beëindiging van het vruchtgebruik door tijdsverloop leidt voor de vruchtgebruiker tot een fictieve vervreemding (art. 4.16, vierde lid, Wet IB 2001). De bij het overlijden doorgeschoven verkrijgingprijs heeft een verlies in box 2 tot gevolg. Zie ook MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 41.

voorwaarde dat de erflater in de werkmaatschappij een indirect ab¹⁷⁴ heeft (art. 4.17a, vijfde lid, onderdeel a, Wet IB 2001).¹⁷⁵ Ook indien door verwatering als gevolg van overlijden, huwelijk of schenking het indirecte *belang* minder dan 5% doch ten minste 0,5% bedraagt is onder voorwaarden de doorschuif-faciliteit van toepassing (art. 4.17a, vijfde lid, onderdeel b, Wet IB 2001). Het is niet duidelijk wat hier wordt bedoeld met 'belang'.¹⁷⁶ Normaliter gaat het om het belang in het geplaatste aandelenkapitaal (zie o.a. art. 4.6, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). De regering wil met de bepaling in ieder geval voorkomen dat de faciliteit verloren gaat in situaties waarbij het belang onder de 5%-grens zakt uitsluitend door wijzigingen in de privésituatie van de aandeelhouder.¹⁷⁷ Dat het gaat om verwateringssituaties blijkt uit de eis dat het indirecte belang van minder dan 5% ooit een echt indirect ab moet zijn geweest.¹⁷⁸ Ook moet de vennootschap waarin het indirecte belang wordt gehouden voorafgaande aan de verwatering een onderneming hebben ge-dreven, dan wel een medegerechtigdheid hebben gehouden in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

Het aandelenkapitaal van de werkmaatschappij kan uit diverse soorten aandelen bestaan. In dat geval moet de toerekening plaatsvinden met inacht-neming van de waarde in het economische verkeer van die aandelen.¹⁷⁹ Voor indirect gehouden preferente aandelen gelden op grond van art. 4.17a, vijfde lid, laatste volzin, Wet IB 2001 aanvullende voorwaarden (zie art. 26b, derde lid, Uitv.reg. IB 2001). Deze voorwaarden zijn afgestemd op de voorwaarden zoals die gelden voor directe preferente belangen.

Art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 ziet op de situatie waarbij in het kader van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% van de ab-aandelen aan de nalatenschap van de erflater wordt toebedeeld. Op dit meerdere kan art. 4.17 Wet IB 2001 niet worden toegepast, omdat dit artikel niet geldt als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden door overlijden. Tegelijkertijd wordt in art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 bepaald dat hetgeen boven die 50% wordt toebedeeld aan de nalatenschap wordt aangemerkt als vervreemding van de langstlevende waarbij dit kwalificeert als overgang krachtens erfrecht waarvoor vervolgens op grond van art. 4.17a Wet IB 2001

174. Heithuis (2011), blz. 13-14 stelt terecht dat dit geen meetrek ab kan betreffen. Zie de tekst van art. 4.10 Wet IB 2001.

175. Het doel van de regering is indirecte belangen zo veel als mogelijk gelijk te behandelen als directe belangen (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3).

176. Zie ook Van der Kroon (2012).

177. Tweede NvW (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 12.

178. Ik ben het met Van der Kroon (2012) eens dat voor de vraag of sprake is van een indirect ab bij in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten het gezamenlijke belang bepalend is. In andere zin Tweede NvW (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 12, voorbeeld 2.

179. Zie voor een drietal voorbeelden NvW (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, blz. 22-23.

doorschuiving plaats kan vinden voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.¹⁸⁰ Er moet worden uitgegaan van de waarde van de aandelen ten tijde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap, omdat aan de verdeling geen terugwerkende kracht wordt toegekend.¹⁸¹ Aan dit aspect wordt in paragraaf 4.2.4.3.e aandacht besteed. Om door te kunnen schuiven moet de verdeling plaatsvinden binnen twee jaren na ontbinding van het huwelijk. De verkrijgingsprijs wordt doorgeschoven op grond van art. 4.39a Wet IB 2001. Een gevolg van de hiervoor genoemde verwerkingswijze is dat de belastingschuld van de langstlevende die betrekking heeft op het beleggingsvermogen voor de toepassing van art. 20, derde lid, SW 1956 niet wordt aangemerkt als schuld ten laste van de erflater.¹⁸² Dat de langstlevende partner voor de toepassing van art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 als erflater wordt aangemerkt, werkt niet door naar de SW 1956. Dit lijkt onredelijk, maar het is nu eenmaal de realiteit dat de langstlevende in leven is na het overlijden van de ab-houder. Op grond van art. 1 SW 1956 is er geen belastbaar feit voor de erfbelasting. Met een belastingschuld kan dan ook geen rekening worden gehouden.

4.2.4.3.b Legitimiteit

Bij een bedrijfsoverdracht zijn twee partijen relevant: de overdrager en de overnemer. De overdrager kan worden geconfronteerd met kapitaalmarkt-imperfecties waar het betreft de financiering van de verschuldigde belastingclaim als gevolg van een bedrijfsoverdracht. Het is de erflater die op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 de ab-heffing is verschuldigd. Deze belasting moet uit de nalatenschap worden voldaan. Indien er geen middelen beschikbaar zijn om de belasting te voldoen, kan het noodzakelijk zijn de middelen daarvoor aan de vennootschap te onttrekken. Dit kan de continuïteit van de vennootschap in gevaar brengen. Toepassing van een doorschuiffaciliteit lost het liquiditeitsprobleem op. De belastingclaim wordt immers doorgeschoven naar de voortzetter(s). Ten aanzien van de overdrager kan aldus worden geconcludeerd dat doorschuiffaciliteiten legitiem kunnen zijn. Hierbij past de kanttekening dat van de regeling ook gebruik wordt gemaakt door belastingplichtigen die niet te maken hebben met liquiditeitsproblemen. Hiervoor wordt verwezen naar de toetsing aan doelmatigheid.

De toetsing aan legitimiteit is voor de overnemer van een andere orde. De overnemer kan worden geconfronteerd met een liquiditeitsprobleem bij het

180. Indien wordt toegedeeld aan een buitenlandse verkrijger kan om een conserverende aanslag worden verzocht. Op grond van art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 wordt de vervreemding gelijkgesteld met een overgang krachtens erfrecht. Art. 2.8, vijfde lid, Wet IB 2001 stelt als voorwaarde dat sprake moet zijn van een overgang krachtens erfrecht onder algemene titel of onder bijzondere titel. Op grond van HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80 zou sprake zijn van een vervreemding op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 (huidige bepaling). Zie anders Ganzeveld en Hoeve (2010) en Rijkers en Van Dijck (2000), blz. 225 die menen dat een verdeling wel degelijk ook is aan te merken als overgang onder algemene titel. Civielrechtelijk is dit juist. In paragraaf 4.2.4.4.a wordt dit verder uitgewerkt.

181. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 30.

182. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 30.

overnemen van ab-aandelen. Dit betreft evenwel niet zozeer de belastingclaim, maar de financiering van de koopprijs. Aangezien de materie hier hetzelfde is als in de situatie waarbij de IB-ondernemer komt te overlijden, verwijs ik naar paragraaf 4.2.3.3.b. Mijn conclusie was daar dat overheidsingrijpen bezien vanuit de positie van de overnemer alleen legitiem is indien de vordering (gedeeltelijk) opeisbaar is bij overlijden. Dit is afhankelijk van het antwoord op de vraag of er een testament is en zo ja, wat in het testament is bepaald. Dit geldt ten aanzien van de ab-aandelen in overeenkomstige zin. Een doorschuif-faciliteit draagt evenwel beperkt bij aan het oplossen van een financierings-probleem. Toepassing van een doorschuif-faciliteit leidt alleen maar tot een lagere overnamesom.

Er kunnen zich bij het overlijden van de ab-houder ook verstoringen voordoen als gevolg van onvolkomenheden in de belastingwetgeving. Indien de ab-aandelen van een belastingplichtige als gevolg van het aangaan van een huwelijk tot de huwelijksgemeenschap gaan behoren, leidt dit op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 tot een fictieve vervreemding. Civielrechtelijk verandert er evenwel niets. De oorspronkelijke ab-houder blijft bestuursbevoegd (art. 1:97, eerste lid, BW). Ook feitelijk bezien zal er niets veranderen. Bij de toetsing aan legitimiteit van art. 4.17 Wet IB 2001 heb ik dan ook geconcludeerd dat een doorschuifbepaling bij het aangaan van het huwelijk legitiem is. Indien op een later moment de echtgenote van de bestuurs-bevoegde ab-houder komt te overlijden leidt dit ook weer tot heffing (art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001). Indien de aandelen toekomen aan de bestuursbevoegde echtgenoot is het legitiem indien daarop een doorschuif-faciliteit kan worden toegepast.

4.2.4.3.c *Neutraliteit*

Neutraliteit tussen leven en overlijden

In paragraaf 4.2.2.3 is in algemene zin ingegaan op de neutraliteit tussen leven en overlijden. Het uitgangspunt moet zijn dat met het doorschuiven van in casu ab-aandelen niet zou moeten worden gewacht tot het moment van overlijden alleen vanwege het feit dat bij leven niet geruisloos kan worden doorgescho-ven. Dit impliceert immers een verstoringende werking. Belastingplichtigen passen hun gedrag aan als gevolg van een door de overheid ingestelde faciliteit. In genoemde paragraaf is aangegeven dat de verstoring niet is weggenomen in die situaties waarin belastingplichtigen niet in de mogelijkheid verkeren aandelen te schenken.

Neutraliteit tussen verschillende soorten belangen in de vennootschap

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat belastingplichtigen er nog steeds gericht op kunnen zijn de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden (behoudens in geval van schenking). Belastingplichtigen zullen evenwel naar wegen zoeken om anderszins het belang bij de onderneming eerder over te dragen. Om toegang tot de doorschuif-faciliteit te behouden moet sprake zijn van een kwalificerend aandelenbelang. Dit betekent dat belastingplichtigen

erbij gebaat zijn hun belang te laten voldoen aan de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden. Indien bijvoorbeeld een holdingvennootschap een 100%-belang in een dochtervennootschap verkoopt tegen schuldigerkenning, kwalificeert het aandelenbelang in de holdingvennootschap niet voor art. 4.17a Wet IB 2001. De vordering geldt niet als ondernemingsvermogen.¹⁸³ Indien de vennootschap waarin de belastingplichtige een ab heeft als commanditair vennoot bij de onderneming betrokken blijft, kwalificeert deze medegerechtigdheid onder voorwaarden wel als ondernemingsvermogen (art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001). Een belastingplichtige zou er derhalve voor kunnen kiezen om de vennootschap de onderneming in te laten brengen in een CV. De vennootschap gaat fungeren als commanditair vennoot. De beoogd opvolger wordt al dan niet via een holdingvennootschap behorend vennoot in de CV. Bij overlijden van de ab-houder kwalificeren de aandelen in de vennootschap die de medegerechtigdheid houdt voor de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit. De faciliteit beïnvloedt hiermee het gedrag van de belastingplichtige. Dit leidt tot een welvaartsverlies indien de belastingplichtige de voorkeur heeft de ab-aandelen te vervreemden en de daaruit voortvloeiende middelen anderszins te investeren. Ook de toepassing van een structuur met preferente aandelen kan ertoe leiden dat de faciliteit behouden blijft (art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001). De gewone aandelen van de toekomstige overdrager moeten in het verleden zijn omgezet in preferente aandelen. Tegelijk met deze omzetting moeten er gewone aandelen zijn toegekend aan een ander. Degene die de preferente aandelen in de toekomst verkrijgt moet op dat moment reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn van gewone aandelen.¹⁸⁴ Belastingplichtigen die zonder de faciliteit geen gewone aandelen zouden willen hebben, kunnen nu besluiten een dergelijk belang wel te verwerven om zodoende ervoor te zorgen dat bij overlijden van de erfflater de doorschuiffaciliteit kan worden benut.¹⁸⁵ Het gedrag van belastingplichtigen wordt dus beïnvloed door de faciliteit.

Nu is een structuur met preferente aandelen niet ongebruikelijk maar in de regel wordt dat belang wel afgebouwd, bijvoorbeeld door de preferente aandelen op enig moment in te kopen. De belastingplichtige heeft ten gevolge van een inkoop echter geen recht (meer) op toepassing van de faciliteit omdat de tegenprestatie niet meer als ondernemingsvermogen kwalificeert.

Uit het voorgaande blijkt dat het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door de in de doorschuiffaciliteit opgenomen voorwaarden. Dit kan leiden tot een welvaartsverlies. Hier past gelijk de kanttekening dat de analyse niet beperkt kan worden tot eventuele welvaartsverliezen. Om onbedoeld gebruik van een faciliteit tegen te gaan, moet de regering nu eenmaal

183. Zie ook MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7. Indien de vordering evenwel is ontstaan voor 1 januari 2010 geldt op basis van art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001 overgangsrecht.

184. Zie voor de analyse van deze voorwaarde paragraaf 4.2.4.3.d. Dit geldt eveneens voor de situatie dat sprake is van een door de vennootschap gehouden medegerechtigdheid.

185. Zie ook Heithuis (2010).

voorwaarden stellen. Bij de toetsing aan doeltreffendheid komen de voorwaarden nader aan de orde.

4.2.4.3.d Doeltreffendheid

Doel van de bepaling

De eerste wettelijke (automatische) doorschuiffaciliteit was opgenomen in art. 39, negende lid, Wet IB 1964 en werd als volgt beargumenteerd: *'Het gevolg van deze regeling is, dat bij verwerving van aandelen of winstbewijzen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht ook de op die effecten rustende fiscale claims op de verkrijger overgaan, evenals bij de overgang van een onderneming in de in art. 15, derde lid van het ontwerp genoemde gevallen (doch daar alleen indien de belanghebbenden dit wensen).'*¹⁸⁶ Tot dat moment was het onduidelijk of de verkrijger verder moest gaan met de verkrijgingsprijs van de erflater, dan wel met de waarde in het economische verkeer op het moment van overlijden van de erflater. De HR besliste in laatstgenoemde zin (HR 9 oktober 1957, nr. 13 235, BNB 1957/302 en HR 29 april 1959, nr. 13 891, BNB 1959/222). Aangezien dit tot een heffingslek leidde werd besloten tot de invoering van een automatische doorschuifbepaling. Op verzoek kon worden afgerekend (art. 39, tiende lid, Wet IB 1964). Met ingang van 1 januari 1997 is met de wijziging van het ab-regime de wettelijke systematiek gewijzigd. In art. 20a, zesde lid, onderdeel f, Wet IB 1964 werd de overgang onder algemene titel als fictieve vervreemding aangemerkt.¹⁸⁷ Op grond van art. 20a, zevende lid, Wet IB 1964 werd deze vervreemding teruggedragen¹⁸⁸, mits sprake was van een binnenlandse verkrijger en de aandelen geen deel uitmaken van een voor zijn rekening gedreven onderneming. De bepaling was ook van toepassing bij een verdeling van een nalatenschap dan wel verdeling van een huwelijksgemeenschap binnen twee jaren na overlijden, dan wel binnen twee jaren na ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Op verzoek kon worden afgerekend (art. 20d, eerste lid, Wet IB 1964). De doorschuifbepaling werd in de parlementaire behandeling, na een vraag van Kamerleden of Nederland internationaal met een fictieve vervreemding niet te veel uit de pas zou lopen, als volgt toegelicht: *'(...) Naar mijn mening kan het "sluitend" maken van een ab-regime door ook te voorzien in een regeling ter voorkoming van claimverlies bij overgang van aandelen onder algemene titel (krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht) uit het oogpunt van consistentie niet worden gemist.'*¹⁸⁹ Met ingang van 1 januari 2001 is art. 20a, zevende lid, Wet IB 1964 vervangen door art. 4.17 Wet IB 2001. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd.¹⁹⁰ Met de wetwijziging per 1 januari 2010 heeft de wetgever een andere weg ingeslagen. Zo schrijft de RvS in zijn

186. MvT, Kamerstukken II 1957/58, 5380, nr. 3, blz. 44. Oorspronkelijk was de faciliteit in art. 34 opgenomen. Uiteindelijk is dit art. 39 Wet IB 1964 geworden.

187. Met ingang van 1 januari 1998 valt hieronder ook de overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel.

188. De verkrijgingsprijs van de erflater werd op grond van art. 20d, tweede lid, Wet IB 1964 doorgeschoven naar de erfgenaam.

189. NnavV, Kamerstukken II 1996/97, 24 761, nr. 7, blz. 31.

190. MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, blz. 210.

advies dat het wetsvoorstel niet aansluit bij het doel van de bestaande doorschuifregeling omdat deze was gericht op claimbehoud.¹⁹¹ Ook moest een doorschuifbepaling bij overlijden cumulatief met het successierecht verzachten.¹⁹² Deze doelstellingen rijmen niet, aldus de RvS, met de eis in art. 4.17a, eerste lid, Wet IB 2001 dat de vennootschap een materiële onderneming moet drijven. In het NR reageert de staatssecretaris van Financiën als volgt: *'Het toesnijden van de doorschuifregeling bij vererving van ab-aandelen houdt verband met de introductie van de doorschuifregeling bij schenking van ab-aandelen. Achtergrond van deze nieuwe regeling is dat de ab-claim vanwege het belang van de onbelemmerde voorzetting van de economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsopvolgingen.'*¹⁹³ Als gevolg van het ontbreken van een doorschuiffaciliteit bij schenking zou de bedrijfsoverdracht kunnen worden uitgesteld tot het moment van overlijden, hetgeen volgens de regering economisch niet gewenst is. In het NR is vervolgens het volgende te lezen: *'Gegeven de achtergrond van de regeling dient de doorschuifregeling bij schenking te worden toegesneden op het faciliteren van «echt ondernemingsvermogen». Er bestaat geen bedrijfseconomische reden om de doorschuifregeling bij schenking ook open te stellen voor beleggingen omdat dan geen sprake kan zijn van reële bedrijfsopvolgingssituaties. Zoals in onderdeel 2.1 van de memorie van toelichting is aangegeven, is er reden de doorschuifregeling bij overlijden dan ook toe te snijden op de overgang van «echt ondernemingsvermogen» teneinde het beoogde resultaat te bereiken ten aanzien van het overdrachtsmoment.'*¹⁹⁴ Aldus heeft de regering de doelstelling voor de doorschuiffaciliteiten bij overlijden in de ab-sfeer aangescherpt. Alleen reële bedrijfsopvolgingen moeten worden gefaciliteerd. Dit acht ik een juist uitgangspunt. Wat moet evenwel worden verstaan onder een reële bedrijfsopvolging? Ik ben het eens met de regering dat een reële bedrijfsopvolging de overgang van een materiële onderneming moet betreffen. De regering heeft evenwel in de parlementaire behandeling¹⁹⁵ nog andere voorwaarden genoemd waaraan moet worden voldaan om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolging. Deze voorwaarden zijn verwerkt in art. 4.17a Wet IB 2001 en art. 4.17c Wet IB 2001. Bij de bespreking van de voorwaarden beoordeel ik of deze nodig zijn om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken.

191. Advies RvS, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 3.

192. De regering gaat in een voorbeeld wel in op de cumulatie van inkomstenbelasting en erfbelasting (NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 7), maar benoemt de cumulatie niet specifiek als doelstelling van de doorschuiffaciliteit. Naar mijn mening kan op basis van het voorbeeld toch wel worden aangenomen dat deze doelstelling nog steeds geldt. Zie ook Mol-Verver (2011).

193. NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 6.

194. NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 6.

195. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 5.

Ondernemingsvermogen versus beleggingsvermogen (art. 4.17a, tweede lid, Wet IB 2001)

De regering is van mening dat het niet meer mogelijk moet zijn om de belastingclaim van generatie op generatie door te schuiven en zo tot in het oneindige uit te stellen. Het is niet wenselijk dat de heffing wordt beperkt tot heffing van vennootschapsbelasting op het niveau van de vennootschap. Volgens de regering *'bestaat er geen bedrijfseconomische reden om het uitstel van belastingheffing over het in de waarde van de aandelen tot uitdrukking komende beleggingsvermogen na overlijden nog langer uit te stellen'*.¹⁹⁶ De staatssecretaris zoekt later de parallel met werknemers waarbij de heffing jaarlijks plaatsvindt en IB-ondernemers die tijdens hun leven ook moeten afrekenen over ondernemingsvermogen dat verplicht naar het privévermogen moet worden overgebracht.¹⁹⁷ Naar mijn mening is deze vergelijking niet zuiver. Ook de ab-houder die arbeid verricht voor zijn vennootschap is een werknemer die jaarlijks voor zijn loon in de heffing wordt betrokken. Voorts is het niet zo dat het beleggingsvermogen in een vennootschap aanvankelijk heeft moeten kwalificeren als ondernemingsvermogen. Uiteraard kan dit zo zijn, maar het is naar mijn mening beter een vergelijking te maken met duurzaam overvloedige liquide middelen die de IB-ondernemer niet tot zijn ondernemingsvermogen mag rekenen. Dit vormt naar mijn overtuiging evenwel geen argument om beleggingsvermogen uit te sluiten bij toepassing van de doorschuiffaciliteit. Op grond van art. 2, vijfde lid, Wet Vpb 1969 drijft de vennootschap nu eenmaal met het gehele vermogen een onderneming. Naar mijn mening moet het argument zijn dat de wetgever als doelstelling heeft reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Het uitgangspunt is dat het door een ab-houder genoten inkomen uiteindelijk wordt belast. Dat doet recht aan de draagkrachtgedachte, aldus de regering. Bij overlijden moet worden afgerekend (zie paragraaf 4.2.2.2 waar doorschuiffaciliteiten in algemene zin aan het draagkrachtbeginsel zijn getoetst). Vervolgens bestaan er vanwege het belang van de economische bedrijvigheid en vanwege de gebondenheid van het ondernemingsvermogen redenen om de belastingheffing over het in de waarde van de aandelen begrepen ondernemingsvermogen uit te stellen.¹⁹⁸ Dit geldt niet voor beleggingsvermogen.¹⁹⁹ Deze conclusie deel ik.²⁰⁰ Het beleggingsvermogen is niet gebonden aan de vennootschap. Ik realiseer me dat de positie van de ab-houder ten opzichte van de belegger in box 3 hierdoor verslechterd kan zijn. De ab-houder moet immers over de gerealiseerde vermogenswinst

196. NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 6.

197. Nadere MvA (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 13.

198. Hier wordt niet meer ingegaan op de argumenten om uitstel toe te staan voor het in de waarde van de aandelen begrepen ondernemingsvermogen. Dat is bij de toetsing aan legitimiteit aan de orde geweest (zie paragraaf 4.2.4.3.b).

199. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3 en NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 11.

200. Ook Heithuis (2010a) is van mening dat er geen reden bestaat de doorschuiffaciliteit van toepassing te laten zijn op beleggingsvermogen. Zo ook Van den Dool (2009a).

afrekenen in box 2 terwijl de belegger in box 3 wordt belast voor een forfaitair rendement. Naar mijn mening is het evenwel de keuze van de aandeelhouders in hoeverre zij beleggingen in de vennootschap wensen aan te houden. De RvS is van mening dat ten aanzien van het uitsluiten van beleggingsvermogen een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de situatie van schenking en overlijden: *'Het motief om de fiscale behandeling van schenken en vererven van ab aandelen gelijk te schakelen, gaat voorbij aan het belangrijkste verschil tussen erven en schenken dat is gelegen in de omstandigheid dat overlijden niet in de eigen hand ligt en schenken een rechtshandeling is die welbewust en planmatig plaatsvindt. Met het oog op een schenking kan de ondernemingsopzet eerst worden geoptimaliseerd. Daarbij kunnen de beleggingen en het vermogen dat tot de onderneming in enge zin gerekend wordt, voor de schenking worden gescheiden door uitkering of op andere wijze. Dit is bij overlijden in het algemeen niet mogelijk, waardoor een ongestructureerde ondernemingsopzet vererft.'*²⁰¹ Ik ben het eens met de RvS dat de situatie van schenking van een andere orde is dan die van overlijden. Toch meen ik dat voor zover de waarde van de aandelen is toe te rekenen aan beleggingsvermogen daarvoor geen doorschuiffaciliteit behoeft te gelden omdat in principe dat vermogen vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de fiscale claim over die meerwaarden op dat moment te voldoen zonder de continuïteit in gevaar te brengen.²⁰²

Indien de erfgenamen niet in staat zijn de ab-claim te voldoen, kan de vennootschap (een gedeelte van) het beleggingsvermogen vervreemden en tot uitkering van dividend overgaan. Nu kan daar tegenin worden gebracht dat het niet altijd mogelijk is beleggingsvermogen te vervreemden. Dit is juist, maar dat is niet anders voor een belastingplichtige die vermogensbestanddelen bezit die in de rendementsgrondslag van box 3 worden betrokken. Dit is ook de reden voor de regering dat deze geen betalingsfaciliteit wil invoeren voor de claim betreffende het beleggingsvermogen.²⁰³ Wel is het mogelijk aan de erfgenamen dividend uit te keren zonder dat daarover belasting moet worden betaald.²⁰⁴ Het dividend moet worden genoten binnen 24 maanden na het overlijden van de erflater. Dit kan tot maximaal het bedrag dat bij de erflater als inkomen uit een vererfd ab in aanmerking is genomen. Het door de erfgenamen genoten regulier voordeel wordt bij de erfgenamen afgeboekt op de verkrijgingsprijs (art. 4.12a Wet IB 2001). Overigens hebben de erfgenamen geen belang bij de tegemoetkoming als in de vennootschap geen vrije middelen beschikbaar zijn

201. Advies RvS, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 4.

202. Heithuis (2009) schrijft terecht dat dit de vrijgestelde beleggingsinstelling (art. 6a Wet Vpb 1969) weer minder aantrekkelijk maakt waardoor belastingplichtigen hun beleggingen eerder in het buitenland zullen onderbrengen.

203. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 18.

204. De erfgenamen moeten een verzoek doen om art. 4.12a Wet IB 2001 van toepassing te laten zijn. Er zijn geen eisen aan het verzoek gesteld. In art. 4e Wet DB 1965 jo. art. 1ab Uitvoeringsbeschikking DB 1965 is ten aanzien van de dividendbelasting bepaald dat de opbrengstgerechtigde voor het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld jegens de inhoudingsplichtige schriftelijk verklaart dat met betrekking tot het dividend een verzoek zal worden gedaan om toepassing van art. 4.12a Wet IB 2001.

om als dividend uit te keren. Mol-Verver²⁰⁵ bepleit voor deze situatie een betalingsregeling. De betalingsregeling zou vormgegeven moeten worden zoals is gedaan in art. 25, veertiende lid, IW 1990. Deze faciliteit is rentedragend. Dat zou belastingplichtigen er in ieder geval van weerhouden onnodig gebruik te maken van de faciliteit. Ook zou bijvoorbeeld bij een vervreemding van de aandelen, aldus Mol-Verver, het uitstel moeten worden ingetrokken. Het nadeel van dit voorstel is dat het gedrag van belastingplichtigen hierdoor kan worden beïnvloed, hetgeen verstoring werkt. Belastingplichtigen zouden ervoor kunnen kiezen beleggingsvermogen niet onder te brengen in box 3, maar hiervoor een beleggingsvennootschap te gebruiken. Een eventuele betalingsregeling zou naar mijn mening alleen gerechtvaardigd zijn indien de bezittingen van de vennootschap niet in belangrijke mate onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen. In paragraaf 6.2.1.4.a wordt op deze problematiek ingegaan.

Hierna wordt eerst aandacht besteed aan de eisen die aan het belang van de overdrager en voortzetter worden gesteld (kwalificerend ab). Daarna komt de doeltreffendheid van art. 4.17a, zesde lid, Wet IB 2001 aan de orde. In genoemde bepaling is aangegeven hetgeen onder ondernemingsvermogen wordt verstaan.

Kwalificerend ab: een inleiding

De wetgever heeft als uitgangspunt genomen, zo bleek hiervoor, dat pas van een reële bedrijfsopvolging kan worden gesproken indien de kapitaalvennootschap een materiële onderneming drijft. Ik heb aangegeven dat ik dit uitgangspunt onderschrijf. Dat doe ik ook ten aanzien van de eis dat de faciliteit alleen moet gelden voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen (art. 4.17a, tweede lid, Wet IB 2001). De regering noemt daarnaast nog een ander element: er moet worden verkregen van een ondernemer alvorens gesproken kan worden van een reële bedrijfsoverdracht.²⁰⁶ Dit is volgens de regering iemand die voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap.^{207, 208} De vraag is of dit een doeltreffende voorwaarde is. De regering wenst met de doorschuif-faciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet. Het gaat erom dat de continuïteit van de onderneming niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald. Vanuit deze doelstelling is het niet relevant dat de overdrager ondernemer is geweest. Los daarvan ben ik van mening dat de regering het vereiste van 'ondernemer' zijn niet consistent toepast. Zo is in art. 4.7 Wet IB 2001 het

205. Mol-Verver (2011).

206. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 20.

207. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 21.

208. Ik ben het eens met Hoogeveen (2012), blz. 25 dat dit zeker niet opgaat indien sprake is van een beleggings-BV. Voor de toepassing van de doorschuif-faciliteiten wordt dit als gevolg van het uitsluiten van beleggingsvermogen op indirecte wijze gecorrigeerd. Het is niet het type ab dat wordt uitgesloten, maar het vermogen in de vennootschap.

soort ab opgenomen. Indien een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft en de belastingplichtige ten aanzien van zijn totale aandelenpakket in een vennootschap geen zelfstandig ab heeft, heeft deze persoon toch een ab indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect, voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandeelhouder is of rechten heeft om aandelen van een soort te verwerven (art. 4.7, eerste lid, Wet IB 2001).²⁰⁹ Indien aldus bijvoorbeeld één letteraandeel wordt uitgegeven waarbij de gerechtigdheid tot de winst afwijkt van de andere aandelen wordt dit aandeel aangemerkt als een aparte soort en ontstaat een ab op grond van art. 4.7 Wet IB 2001. De overige aandelen worden meegeslept op grond van art. 4.9 Wet IB 2001. De doorschuiffaciliteiten kunnen worden toegepast op alle aandelen, terwijl het totale belang minder bedraagt dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal.

Als een belastingplichtige rechten heeft om direct of indirect aandelen te verwerven tot ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal (art. 4.6, onderdeel b, Wet IB 2001) is sprake van een kwalificerend aandelenbelang voor art. 4.17a Wet IB 2001. De reden voor de regering om koopopties onder het ab-regime te brengen is dat de waardeontwikkeling van de aandelen de houder van de koopoptie aangaat.²¹⁰ Dit betekent dat iemand die op grond van art. 4.6, onderdeel b, Wet IB 2001 kwalificeert als ab-houder bij zijn overlijden de doorschuiffaciliteit kan toepassen. Vanuit de doelstelling van de regering de doorschuiffaciliteit alleen te laten gelden voor 'ondernemers' is het naar mijn mening opmerkelijk dat koopopties op meer dan 5% van de aandelen kwalificeren voor de doorschuiffaciliteit (onder de veronderstelling dat de aandelen zelf kwalificeren voor art. 4.17a Wet IB 2001). Ik vind dit mede opmerkelijk omdat het nog onzeker is of de opties ooit worden uitgeoefend.

Winstbewijzen die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap, dan wel op ten minste 5% van hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd (art. 4.6, onderdeel c, Wet IB 2001) delen ook in de faciliteit. Naar mijn mening kunnen dergelijke winstbewijshouders niet worden gezien als ondernemers. Zeggenschap hebben zij in ieder geval niet.

Ook degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen (vruchtgebruiker) kan, ondanks het ontbrekende bezit aan aandelen, kwalificeren als ab-houder. Op grond van art. 4.3 Wet IB 2001²¹¹ wordt de vruchtgebruiker gelijkgesteld met een aandeelhouder en wordt de gerechtigdheid aangemerkt als aandeel. Het vruchtgebruik moet dan wel betrekking hebben op ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting is bevestigd dat zowel het

209. In HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 is bepaald dat sprake is van een soort ab 'niet alleen indien sprake is van een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien tussen verschillende soorten aandelen uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap'.

210. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 15 en 16.

211. Art. 4.3 Wet IB 2001 is ook van toepassing op winstbewijzen.

vruchtgebruik als het bloot eigendom kwalificeert. Aldaar is aangegeven wat onder 'ondernemer' wordt verstaan: *'Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, behoudens in de een zogenoemde vrucht- gebruik/bloot eigendomsituatie, welke situatie naar haar aard meebrengt dat de waardemutaties en inkomsten bij twee verschillende subjecten liggen.'*²¹² Ik ga ervan uit dat dit ook geldt voor de toepassing van de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuifafaciliteit.²¹³ De regering heeft niet aangegeven dat dit niet zo zou zijn.

Certificaten van aandelen²¹⁴ kwalificeren voor de toepassing van de faciliteit indien zij met de onderliggende aandelen kunnen worden vereenzelvigd.²¹⁵ De aandelen zelf worden door een STAK gehouden voor rekening van de certificaathouders. De certificaten geven recht op de vennootschaps-winst en op de waardemutaties van de aandelen. Het stemrecht komt aan de STAK toe. Ook voert de STAK het bestuur over de vennootschap. Toch kwalificeren certificaten van aandelen voor de doorschuifafaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001. Van certificaathouders kan evenwel moeilijk worden gezegd dat zij ondernemer zijn. Dit geldt ook voor houders van stemrechtloze aandelen (art. 2:228, vijfde lid, BW).

Het meetrek ab wordt daarentegen wel uitgesloten. Aan het meetrek ab wordt hierna afzonderlijk aandacht besteed. Ook heeft de regering nadere voorwaarden willen stellen aan de overdracht van preferente aandelen en de overdracht van aandelen in een kapitaalvennootschap waarin een medege-rechtigdheid wordt gehouden. Deze vormen van overdracht komen hierna ook afzonderlijk aan de orde.

Er worden geen eisen gesteld aan het belang dat de voortzetter krijgt, tenzij sprake is van preferente aandelen of aandelen in een kapitaalvennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden.²¹⁶ Ook indien een belastingplichtige minder dan 5% van de aandelen verkrijgt is doorschuiving mogelijk. De claim gaat niet verloren. Na doorschuiving ontstaat een echt ab dan wel een fictief ab op grond van art. 4.11 Wet IB 2001. Dit neemt niet weg dat de belastingclaim kan worden uitgesteld. Vanuit de doelstelling van de faciliteit, het voorkomen van liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingbetaling bij de overdrager, is het type ab van de voortzetter niet van belang. Toch ben ik

212. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 103.

213. Zie ook De Beer (2010).

214. Aan participaties in open fondsen voor gemene rekening (art. 4.5 Wet IB 2001) en coöperaties (art. 4.6, onderdeel d, Wet IB 2001) wordt gezien het onderwerp van dit onderzoek geen aandacht besteed.

215. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 102. Hiervoor moet worden voldaan aan de voorwaarden van onderdeel 4.5 van het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M.

216. Dit is anders bij schenking. Op grond van art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 moet de verkrijger vóór het moment van schenking gedurende 36 maanden in dienst zijn geweest bij de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben.

het eens met de regering dat pas van een bedrijfsoverdracht kan worden gesproken indien de voortzetter een bepaalde betrokkenheid heeft bij de onderneming. In paragraaf 6.3.1.4.b wordt onderzocht of, en zo ja, welke nadere voorwaarden aan een voortzetter moeten worden gesteld.

Uitsluiting meetrek ab (overdrager)

De wetgever heeft bewust onder het ab-begrip gebracht belastingplichtigen waarvan de eigen aandelen of winstbewijzen niet kwalificeren als ab, maar waarbij de partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een ab heeft (art. 4.10 Wet IB 2001).²¹⁷ Deze aandelen kwalificeren niet voor de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit (art. 4.17a, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001).²¹⁸ De regering motiveert deze keuze als volgt: *'Deze bepaling is in de wet [YT: Wet IB 2001] opgenomen om misbruik te voorkomen. Daarmee zijn deze meegetrokken ab-houders nog geen ondernemers en bestaat er geen reden om hen voor de doorschuiffregeling in aanmerking te laten komen.'*²¹⁹ Ik deel de mening van Dijkstra²²⁰ dat het moeilijk te verkroppen is dat iemand op grond van art. 4.10 Wet IB 2001 wel als ab-houder heeft te gelden, maar geen recht heeft op toepassing van de doorschuiffaciliteit. Het uitsluiten van een meetrek ab heeft overigens weinig zin indien op andere wijze toegang tot de faciliteit kan worden gekregen. Zo noemt Dijkstra²²¹ de mogelijkheid om er via een soort ab (art. 4.7 Wet IB 2001) voor te zorgen dat het meetrek ab wordt meegesleept door art. 4.9 Wet IB 2001. Een andere mogelijkheid is het uitbreiden van het meetrek ab tot boven de 5%.

Nu meetrek ab-houders van de faciliteit zijn uitgesloten, is het de vraag waarom fictief ab-houders wel toegang hebben tot de doorschuiffaciliteiten. Zij bezitten ook minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal. De regering motiveert deze keuze als volgt: *'De fictief ab-houders bezitten per definitie ook een belang van minder dan 5% en zijn dus in economische zin evenmin te vergelijken met ondernemers. De enige reden waarom deze ab-houders niet via box 3, maar via box 2 worden belast, is dat zij er, al dan niet genoodzaakt, voor hebben gekozen de afrekening over hun ab-claim uit te stellen tot bijvoorbeeld het moment waarop zij de meerwaarde van hun aandelen realiseren.'*²²² In een eerdere fase van het wetsvoorstel waren ook fictief ab-houders van de faciliteit uitgesloten. In de NnavV komt de regering dus op deze keuze terug. De fictief

217. Een fictief ab (art. 4.11 Wet IB 2001) heeft geen meetrekkracht (HR 25 september 2009, nr. 43 874, BNB 2010/31).

218. Een indirect meetrek ab kan niet aan de orde zijn. In art. 4.10 Wet IB 2001 ontbreken immers de woorden 'direct of indirect'. Zie ook Heithuis, Kavelaars en Schuver (2013), blz. 569-570.

219. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 40 en 41.

220. Dijkstra (2011).

221. Dijkstra (2011).

222. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 21.

ab-houder is in het verleden ondernemer geweest.²²³ Toch kan een meetrek ab ook ooit een 'echt' ab zijn geweest. Dit kan zich voordoen als het belang van een belastingplichtige onder de 5% zakt, maar tegelijkertijd een meetrek ab²²⁴ ontstaat. Art. 4.16, eerste lid, onderdeel g, Wet IB 2001 is niet van toepassing. Op grond van dit artikellid mag geen sprake meer zijn van een ab. En dat is nu wel aan de orde. Er is immers sprake van een meetrek ab op grond van art. 4.10 Wet IB 2001. Dit laatste punt geeft al aan hoe nauw dit luistert. Voor deze situatie zouden de doorschuiffaciliteiten dan wel opengesteld moeten worden. Naar mijn mening is het argument dat fictief ab-houders ondernemer zijn geweest en meetrek ab-houders niet, onvoldoende om een dergelijk onderscheid op het gebied van toegang tot de doorschuiffaciliteiten te rechtvaardigen. Uit het voorgaande blijkt dat de uitsluiting van het meetrek ab niet goed doordacht is. Ook hier geldt evenwel dat naar mijn mening het type ab van de overdrager niet van belang is. Een meetrek ab hoeft dan ook niet te worden uitgesloten.

Voorwaarden kwalificerende preferente aandelen

In art. 4.17a, derde lid, Wet IB 2001 zijn voorwaarden opgenomen waaraan moet worden voldaan alvorens de doorschuiffaciliteit kan worden toegepast. De regering voert als argument aan dat alleen reële bedrijfsopvolgingen moeten worden gefaciliteerd. In de parlementaire behandeling met betrekking tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting is het volgende te lezen: *'(...) uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Dit wordt om te beginnen gerealiseerd door bij de verkrijging van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen te eisen dat deze moeten zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. De verkrijger van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen kan niet zonder meer worden beschouwd als een bedrijfsopvolger, maar kan veel meer worden gezien als een kapitaalverstrekker. Omdat er alleen in gevallen van een reële bedrijfsopvolging voldoende rechtvaardigingsgrond bestaat om de verkrijger van ondernemingsvermogen een vrijstelling te verlenen, wordt de verkrijging van een medegerechtigdheid of preferente aandelen alleen gefaciliteerd indien zij zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In die situaties fungeert een commanditaire vennootschap (in de winstsfeer) of de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen onder gelijktijdige toekennen van gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger (in de ab-sfeer) als tussenfase voor de uiteindelijke overdracht. De (beoogd) bedrijfsopvolger wordt in die gevallen behorend vennoot onderscheidenlijk houder van de gewone aandelen in de vennootschap. Het doel is dat de overdrager uiteindelijk helemaal zal uittreden en de opvolger alleen verder zal gaan. In dit kader wordt verwezen naar hetgeen is bepaald in artikel 3.65 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en*

223. Of op grond van de bron 'winst uit onderneming' (vóór toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001) of als ab-houder (zie de overige in art. 4.11 Wet IB 2001 genoemde bepalingen).

224. Dit moet een direct belang van de belastingplichtige betreffen. In art. 4.10 Wet IB 2001 komen immers niet de woorden 'direct of indirect' voor. Derhalve kunnen de onder art. 4.17a, vijfde lid, onderdeel b, Wet IB 2001 genoemde situaties nooit een meetrek ab vormen.

artikel 3 129, vierde lid, van die wet. In deze artikelen wordt de faciliteit ook uitsluitend verleend indien de medegerechtigdheid is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.²²⁵ Naar mijn mening is de houder van preferente aandelen niet zomaar een kapitaalverstrekker. Waar het preferente aandelen betreft is het immers zo dat de houder daarvan geen concurrent schuldeiser is (zie hierna de definitie van Asser e.a.). Hij is aandeelhouder en heeft de aan het aandeel verbonden rechten, ook die op het vlak van de zeggenschap. Zo ook de redactie van Vakstudie-Nieuws bij de MvT: *'Het voorstel wordt gemotiveerd met de opmerking dat de verkrijger van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen kan worden gezien als een kapitaalverstrekker. Dat is zeker juist. Echter wel een kapitaalverstrekker die een zeer groot risico loopt ten aanzien van de terugbetaling van zijn kapitaal en het verkrijgen van rendement. Soms zelfs zo groot dat externe financiers het niet zouden willen financieren, zeker niet in de huidige tijd. Het omzetten van cumprefs is vaak de manier om de bedrijfsopvolger de ruimte te geven om resultaten te behalen, zonder zware rentelasten en "wurgcontracten" met banken over de terugbetalingsverplichtingen.'*²²⁶

Wat is nu de civielrechtelijke status van preferente aandelen? Het betreft aandelen waaraan bijzondere statutaire rechten zijn verbonden. Deze rechten kunnen betrekking hebben op de winstverdeling (art. 2:105/216 BW) en/of op de aanspraak op uitkeringen bij vereffening na ontbinding van de vennootschap (art. 2:23b BW). Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen gewone preferente aandelen, preferente winstdelende aandelen en preferente financieringsaandelen.²²⁷ Gewone preferente aandelen geven recht op een vast percentage over veelal het nominale bedrag van de aandelen. De overwinst komt toe aan de gewone aandelen. Als de preferente aandelen daarentegen nog recht geven op een vast percentage van de overwinst, wordt gesproken van preferente winstdelende aandelen. De aandelen zijn cumulatief (winstdelend) preferent indien recht blijft bestaan op een in enig jaar niet uitgekeerd percentage. Volgens Asser e.a.²²⁸ is een preferent aandeel te vergelijken met een obligatie *'indien de voorrang tot een bepaald percentage op de jaarlijkse winst gekoppeld is aan een uitsluiting van verdere winstdeling en aan een beperking van het recht op het liquidatiesaldo tot aan het nominaal volgestorte bedrag van het aandeel (...). De houder van het preferente aandeel is echter geen concurrent schuldeiser; hij is aandeelhouder en heeft de aan het aandeel verbonden rechten, ook die op het vlak van de zeggenschap'*. Er is sprake van financieringspreferente aandelen als er meer op wordt gestort dan de nominale waarde. Het dividend

225. MvT (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43-44.

226. Aantekening bij de artikelsgewijze toelichting op art. 35c SW 1956 uit de MvT (V-N 2009/22.3).

227. Asser/Maeijer, Van Solinge & NieuweWeme 2-II*, hoofdstuk 4, paragraaf 2, 219.

228. Asser/Maeijer, Van Solinge & NieuweWeme 2-II*, hoofdstuk 4, paragraaf 2, 219.

wordt berekend over het totale gestorte kapitaal. De zeggenschapsrechten zijn beperkt ten opzichte van gewone aandelen.^{229, 230}

De regering verwijst ter onderbouwing van haar stelling dat preferent aandelenkapitaal als vreemd vermogen moet worden beschouwd naar de International Financial Reporting Standards (IFRS).²³¹ Onder zowel IFRS als de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) worden (cumulatief) preferente aandelen als vreemd vermogen aangemerkt, indien:

- de uitgevende onderneming de preferente aandelen voor een vast of bepaalbaar bedrag (winstafhankelijk) op een bepaalde of bepaalde datum in de toekomst moet inkopen; of
- de uitgevende onderneming eeuwigdurend vaste of bepaalde (winstafhankelijke) 'dividendbetalingen' moet doen; of
- het preferente dividend op jaarbasis wordt vastgesteld en enkel afhankelijk is van de winst van de onderneming in dat jaar.^{232, 233}

Er is daarentegen sprake van eigen vermogen als het aandeel eeuwigdurend is, zonder plicht voor de uitgevende onderneming het aandeel terug te kopen. De uitkering van het dividend is ter discretie van de directie, commissarissen of op basis van een besluit van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders.²³⁴ Het standpunt dat preferent aandelenkapitaal zonder meer als vreemd vermogen moet worden beschouwd verdient derhalve enige nuancering.

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 4.17a Wet IB 2001 is de volgende omschrijving gegeven²³⁵ *'Met de term preferente aandelen is beoogd aan te sluiten bij de uitleg die daaraan in het spraakgebruik wordt gegeven. Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen.'* Deze omschrijving wijkt sterk af van hetgeen de regering op vragen van CDA-leden ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting heeft geantwoord: *'(...) zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente*

229. Asser/Maeijer, Van Solinge & NieuweWeme 2-II*, hoofdstuk 10, paragraaf 1, 637.

230. Op grond van het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 4.4 kunnen gewone aandelen fiscaal geruisloos worden omgezet in cumulatief preferente aandelen indien het primaire dividend wordt berekend over het nominale kapitaal van de preferente aandelen en de aan deze aandelen verbonden zichtbare en onzichtbare reserves (inclusief goodwill). In dit geval wordt uitgegaan van het nominale bedrag van de aandelen vermeerderd met de zichtbare en onzichtbare reserves.

231. NnavNV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 26.

232. Handboek Jaarrekening (2012), blz. 959-960.

233. Onder de RJ mag in dit geval ook worden gekozen voor eigen vermogen (RJ 290.810), omdat *'uitkeringen op basis van winst feitelijk wezenskenmerken van eigen vermogen zijn'* (Handboek Jaarrekening (2012), blz. 958).

234. Handboek Jaarrekening (2012), blz. 960.

235. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 9-10.

*aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferente aandeel.*²³⁶ Het is allereerst jammer dat hier gebruik wordt gemaakt van het woord 'kan' omdat nu niet duidelijk is wat in dit kader wel en wat niet onder 'preferente aandelen' in de zin van art. 4.17a, derde lid, Wet IB 2001 moet worden verstaan. Het werd de regering ook wel gemakkelijk gemaakt omdat de CDA-leden zelf de bevestiging vroegen of aandelen die volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten niet als preferente aandelen kwalificeren en elke vorm die hiervan afwijkt nu of later door de regering aangemerkt kan worden als preferent aandeel.²³⁷ Waar dus in de eerste omschrijving pas sprake is van preferente aandelen indien de aandelen alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen zou op grond van het laatste hiervoor opgenomen citaat al sprake kunnen zijn van preferente aandelen indien niet volledig wordt gedeeld in de winstreserves en liquidatieopbrengsten. Mijn voorkeur gaat uit naar de eerste omschrijving. Zodra aandelen gedeeltelijk delen in de waardevermeerdering, zou niet van preferente aandelen gesproken moeten worden.²³⁸ Groot bezwaar is nu dat onduidelijk is voor de belastingplichtige of in een voorkomend geval sprake is van preferente aandelen. Dit scheidt een ongewenste rechtsonzekerheid.²³⁹ Wel heeft de staatssecretaris aangegeven, indien nodig, een beleidsbesluit uit te vaardigen hetgeen meer duidelijkheid zou moeten bieden.²⁴⁰

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat preferente aandelen in juridische zin tot het eigen vermogen behoren. De economische realiteit is evenwel dat deze aandelen gelijkenis vertonen met vreemd vermogen.

Wat zou het voorgaande moeten betekenen voor de toegang tot de doorschuiffaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001? Voor de toepassing van de ab-regeling worden preferente aandelen zonder meer als eigen vermogen behandeld. Hoogeveen²⁴¹ plaatst hierbij terecht de kanttekening dat preferente aandelen niet onder het ab-regime zijn gebracht vanwege het feit dat de houder van preferente aandelen als ondernemer zou moeten worden gezien maar veeleer uit antimisbruikoverwegingen. Preferente aandelen worden eveneens voor de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting (art. 13 Wet Vpb 1969) als eigen vermogen behandeld. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting kent dezelfde beperkingen ten aanzien van preferente aandelen (art. 35c, vierde lid, SW 1956).

236. NnavNV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 25.

237. Zie ook de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws bij de NnavNV (V-N 2009/50.2).

238. Zo ook Van der Kroon (2012) en Heithuis (2010a).

239. Zie ook Ganzeveld (2010).

240. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, blz. 98.

241. Hoogeveen (2012), blz. 27-28.

Ondanks dat de regering van mening is dat preferent aandelenkapitaal voor de toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001 niet als eigen vermogen moet worden aangemerkt, wordt de faciliteit toch verleend als sprake is van een gefaseerde bedrijfsoverdracht.^{242, 243, 244} Er is sprake van een gefaseerde bedrijfsoverdracht als wordt voldaan aan de voorwaarden in het derde lid van art. 4.17a Wet IB 2001. Voor de erflater geldt dat de preferente aandelen een omzetting²⁴⁵ moeten vormen van een eerder door deze persoon gehouden ab van gewone²⁴⁶ aandelen.^{247, 248, 249, 250} Hier komt de eis weer terug dat moet worden verkregen van een 'ondernemer'. Vanuit de doelstelling van de faciliteit is het naar mijn mening evenwel niet relevant dat de overdrager

242. MvT (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43-44.
243. Indien de aandelen voor de toepassing van art. 4.17a Wet IB 2001 als preferent hebben te gelden, behouden ze dat karakter voor zover de houder van de preferente aandelen ook houder is van de gewone aandelen die bij het ontstaan van de preferente aandelen zijn toegekend aan de bedrijfsopvolger (art.26b, vierde lid, Uitv.reg. IB 2001).
244. In art. 26b, derde lid, Uitv.reg. IB 2001 is geregeld aan welke voorwaarden moet worden voldaan indien indirecte preferente aandelen vererven. Van Gijlswijk (2010), paragraaf 2.1.6 merkt terecht op dat door de gedetailleerdheid van de wettekst en uitvoeringsregeling er gemakkelijk situaties te bedenken zijn die op grond van de letterlijke tekst niet kwalificeren en waarbij de vraag speelt of de regering dit al dan niet heeft bedoeld. Zie voor een ander voorbeeld Heithuis (2011), blz. 25.
245. Overigens kwalificeert de omzetting van winstbewijzen in preferente aandelen niet (NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 98). Volgens de regering is het in de praktijk niet gebruikelijk in deze situaties winstbewijzen te gebruiken. Om de wettekst niet onnodig complex te maken, is de term winstbewijzen daarom niet gebruikt.
246. Hofstra (NDFR, deel Inkomstenbelasting) schrijft in paragraaf 5.3 naar mijn mening terecht dat het ook een fictief ab of een meetrek ab kan betreffen. De wetgever heeft immers gekozen voor de benaming 'gewone aandelen'.
247. Onder een omzetting wordt ook verstaan de uitgifte van preferente aandelen als gevolg van fusie of splitsing. Zie uitgebreider art. 26b, eerste lid, Uitv.reg. IB 2001. Heithuis (2011), blz. 24-25 merkt terecht op dat de regering vergeten lijkt te zijn art. 3.65 Wet IB 2001 op te nemen. Ook kwalificeert een aandelenfusie in de Vpb niet; die valt immers onder de deelnemingsvrijstelling (Heithuis 2012).
248. Op grond van art. 26b, tweede lid, Uitv.reg. IB 2001 blijven preferente aandelen kwalificeren indien ze worden verkregen van een rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van degene die de betreffende aandelen heeft omgezet. Van der Kroon (2012) merkt op dat deze goedkeuring niet terug komt in art. 26b, derde lid, Uitv.reg. IB 2001 (indirect gehouden preferente aandelen). Dit lijkt onbedoeld te zijn. Heithuis (2010a) constateert verder dat de goedkeuring niet lijkt te gelden voor een medegerechtigdheid. Dit moet een omissie zijn.
249. Ter zake van de omzetting moet wel worden voldaan aan de in het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M opgenomen voorwaarden (onderdeel 4.4).
250. Bij een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen vóór 1 januari 2010 kan het zijn dat geen rekening is gehouden met de na die datum geldende wettelijke voorwaarde dat de omzetting gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander. In het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.5.1 is goedgekeurd dat, onder voorwaarden, de doorschuiffaciliteit toch kan worden toegepast. Tevens is in onderdeel 5.5.2, onder voorwaarden, een goedkeuring opgenomen indien vóór 1 januari 2010 een schuldig gebleven koopsom is omgezet in preferente aandelen.

ondernemer is geweest (zie hiervoor onder kopje *Kwalificerend ab: een inleiding*). Het is voldoende als de overdrager een ab heeft in een kapitaalvennootschap waarin een materiële onderneming wordt gedreven. De eis dat de preferente aandelen moeten zijn ontstaan uit een omzetting van gewone aandelen is onnodig beperkend.²⁵¹

Ik ben het wel eens met de regering dat om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken de verkrijger op een bepaalde manier betrokken moet zijn bij de onderneming.²⁵² Hierbij kunnen vraagtekens worden geplaatst indien iemand na de overdracht alleen preferente aandelen in een kapitaalvennootschap bezit. In paragraaf 6.3.1.4.b doe ik aanbevelingen ten aanzien van de positie van de verkrijger.

Het nadeel voor een erfgenaam die uitsluitend preferente aandelen verkrijgt, en waarbij de doorschuiffaciliteit niet kan worden toegepast, is dat deze de verschuldigde belasting wellicht niet kan betalen en er moet worden overgegaan tot inkoop van de preferente aandelen. Dit kan de continuïteit van de vennootschap schaden.²⁵³ De staatssecretaris heeft in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 aangegeven niet voornemens te zijn dergelijke situaties te faciliteren: '(...) *De bedrijfsopvolgingsregeling is niet bedoeld om familievermogen dat geen ondernemingsvermogen is, onbelast binnen de familie te laten vererven, terwijl de onderneming door een derde of door één familielid wordt gedreven.*'²⁵⁴ Een optie zou nog zijn de doorschuiffaciliteit wel van toepassing te laten zijn om hiermee bovengenoemde liquiditeitsproblemen te voorkomen. Vervolgens zou het redelijk zijn eisen te stellen aan de afbouw

251. Overigens geldt dat er een onduidelijkheid is wat betreft het opnemen van het begrip 'toekennen' in onderdeel b van het derde lid van art. 4.17a Wet IB 2001. Indien het begrip 'toekennen' strikt wordt uitgelegd, voldoet niet de situatie waarbij een belastingplichtige reeds gewone aandelen in de betreffende vennootschap bezit. Naar mijn mening kan dit niet de bedoeling zijn van de regering. Het zou bijvoorbeeld betekenen dat indien ouder en kind beiden een ab hebben in een vennootschap waarbij de ouder zijn gewone aandelen wil omvormen in preferente aandelen, dan de faciliteit niet van toepassing kan zijn als de ouder komt te overlijden. Waarom zou deze situatie anders behandeld moeten worden als de situatie waarbij op het moment van omvorming het kind pas gewone aandelen in de vennootschap verkrijgt. Zie ook De Beer (2009).
252. Op grond van de huidige wettekst (2013) geldt dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b. De verwijzing naar onderdeel b was onduidelijk. Dit is toegelicht in het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.5. Het blijkt niet nodig te zijn dat de verkrijger al bij omzetting voldoet aan de 5%-voorwaarde. De voorwaarde leidt er tevens toe dat de doorschuiffaciliteit niet van toepassing is indien de preferente aandelen vererven naar de langstlevende en deze niet voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen. Heithuis (2011), blz. 27-28 schrijft in dit kader dat juist (cumulatief) preferente aandelen geschikt zijn om een bijdrage te leveren aan het levensonderhoud van de langstlevende. Alhoewel dit sympathiek oogt, ben ik van mening dat het met de doelstelling van de overheid niets van doen heeft.
253. Zie ook de voorbeelden van de redactie van V-N opgenomen in de aantekening bij de artikelsgewijze toelichting op art. 35c SW 1956 in de MvT (V-N 2009/22.3).
254. NnavNV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 26-27.

van het preferente belang. Hiervoor zou kunnen worden aangesloten bij de voorwaarden zoals geformuleerd in het Besluit van 23 december 2005²⁵⁵ ten aanzien van art. 10a Wet Vpb 1969. Daar is aangegeven wanneer geacht wordt sprake te zijn van een geleidelijke bedrijfsoverdracht die voldoende realiteit heeft. Dit zou evenwel betekenen dat de Belastingdienst moet volgen of het preferente belang wordt afgebouwd en zou indien dit niet gebeurt de doorschuiffaciliteit moeten worden teruggenomen. Dit lijkt mij niet wenselijk.

Voorwaarden kwalificerende medegerechtigdheid (art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001)
Zoals hiervoor bij de behandeling van preferente aandelen aan de orde is geweest, heeft de regering voorwaarden gesteld aan belangen in vennootschappen waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden. Als argument wordt aangevoerd dat alleen reële bedrijfsopvolgingen moeten worden gefaciliteerd.²⁵⁶ Waar het betreft een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 is hiervan sprake als de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven materiële onderneming.^{257, 258} Vervolgens geldt dat de vervreemde aandelen of winstbewijzen worden verkregen door een persoon die reeds behorend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig behorend vennoot is.

Het vereiste dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet zijn van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 kan naar mijn mening vervallen. Het is voldoende indien de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben gedurende een bepaalde periode een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 houdt. Er moeten naar mijn mening wel eisen worden gesteld aan de persoon van de verkrijger. Om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken moet de verkrijger kunnen worden gezien als bedrijfsopvolger.²⁵⁹ Hierbij kunnen vraagtekens worden geplaatst indien iemand via zijn aandelen of winstbewijzen na de bedrijfsoverdracht uitsluitend gerechtigd is tot een door de kapitaalvennootschap gehouden medegerechtigdheid. Het is naar mijn mening redelijk te eisen dat de verkrijger anderszins betrokken is bij het samenwerkingsverband. In paragraaf 6.3.1.4.b werk ik dit uit.

255. Besluit van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, onderdeel 1.4.1.

256. Zie citaat behorend bij voetnoot 225.

257. In art. 3.62 Wet IB 2001 en art. 3.63 Wet IB 2001 wordt deze eis niet gesteld. Het is daar voldoende als sprake is van een medegerechtigdheid op het moment van overdracht.

258. Van Gijlswijk (2010) merkt op dat het nog maar de vraag is of aan deze voorwaarde wordt voldaan als de commanditaire participatie met toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001 geruisloos is ingebracht in de BV. De vennootschap heeft dan geen materiële onderneming gedreven. Ik ben het met Van Gijlswijk eens dat in een dergelijke situatie art. 4.17a Wet IB 2001 zou moeten kunnen worden toegepast.

259. Zie citaat behorende bij voetnoot 225.

Indien iemand een ab erft in een vennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden en daarop de doorschuiffaciliteit niet kan toepassen, kan dit een complicatie vormen indien via dit belang als financier wordt opgetreden van de feitelijke onderneming.²⁶⁰ Dit is evenwel niet het financieringsaspect waar de regering zich op richt. De wet is bij overlijden gericht op het voorkomen van liquiditeitsproblemen als gevolg van de door de erflater verschuldigde belastingclaim. Aan het van toepassing zijn van een doorschuiffaciliteit verbindt de regering de voorwaarde dat sprake is van een reële bedrijfsoverdracht. Dat is discutabel als de niet-voortzetter blijvend uitsluitend een belang krijgen in een vennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden.

Als gevolg van art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001 worden andere onder art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 vallende situaties van de faciliteit uitgesloten (zie voor deze situaties uitgebreider paragraaf 3.2.4.3.b).²⁶¹ Hierbij kan allereerst worden gedacht aan de situatie dat de vennootschap waarin het ab wordt gehouden een onderneming verhuurt. De verhuurder van een materiële onderneming zal veelal als medegerechtigde in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 kwalificeren. Dit is aan de orde als hij niet meer rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Deze medegerechtigdheid kan evenwel nooit voldoen aan de in het vierde lid van art. 4.17a Wet IB 2001 genoemde voorwaarden. Deze bepaling is bewust geschreven voor belangen in commanditaire vennootschappen. Ook bij de overdracht van een onderneming tegen een winstrecht zal de oorspronkelijke ondernemer als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming kwalificeren. Ook dan geldt dat de doorschuiffaciliteit als gevolg van de in het vierde lid gestelde voorwaarden niet van toepassing kan zijn.

Van het voorgaande moet worden onderscheiden de situatie dat de verhuur van de onderneming onder art. 3.2 Wet IB 2001 zou vallen. Alsdan moet sprake zijn van het rechtstreeks verbonden worden voor verbintenissen betreffende de onderneming, in casu de verhuur van de onderneming. Het opmerkelijke is dat indien hieraan wordt voldaan belastingplichtigen niet worden geconfronteerd met de in het vierde lid van art. 4.17a Wet IB 2001 gestelde voorwaarden. Er is dan immers geen sprake van een winstgerechtigdheid. Alsdan komen aandelen in een BV waarvan de onderneming wordt verhuurd voor de doorschuiffaciliteit in aanmerking.

Ondernemingsvermogen

In het zesde lid van art. 4.17a Wet IB 2001 wordt bepaald wat onder 'ondernemingsvermogen' wordt verstaan.²⁶² Voor een kapitaalvennootschap geldt dat

260. Zie ook Heithuis (2010a).

261. Zie ook Heithuis (2010a).

262. Als ondernemingsvermogen wordt verder nog aangemerkt een vordering die voor 1 januari 2010 is ontstaan op grond van de overdracht van aandelen of winstbewijzen in een

als ondernemingsvermogen worden aangemerkt de bezittingen en schulden voor zover toerekenbaar aan:

1. een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001, vermeerderd met:
2. het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5% van de waarde in het economische verkeer van de ingevolge onder 1. bedoelde bezittingen en schulden.

De bezittingen en schulden van de kapitaalvennootschap moeten kunnen worden toegerekend aan de door de kapitaalvennootschap gedreven onderneming. Op grond van de regels van de vermogensetikettering uit de winstfeer moet worden nagegaan wat onder het ondernemingsvermogen kan worden begrepen. Naast het ondernemingsvermogen geldt ook het keuzevermogen als ondernemingsvermogen *'omdat een bv naar haar aard die keuze niet maakt'*.²⁶³ Met deze keuze stem ik in. Hoe kan op het moment van overlijden van de abhouder worden bepaald welke keuze de vennootschap destijds zou hebben gemaakt als het een IB-onderneming betrof. In het geval van een IB-onderneming kon immers bij de start van de onderneming worden gekozen tussen ondernemingsvermogen en privévermogen. Dit vraagstuk speelt niet bij een kapitaalvennootschap. Dat één en ander zo uitwerkt is het gevolg van het feit dat de regering uit het oogpunt van rechtsvormneutraliteit heeft willen aansluiten bij het materiële ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001.

Indien sprake is van een structuur waarbij de ab-houder een direct ab heeft in een werkmaatschappij en een direct ab in een vennootschap die uitsluitend onroerende zaken verhuurt aan een andere werkmaatschappij, kwalificeert het vermogen in laatstgenoemde vennootschap niet als ondernemingsvermogen.²⁶⁴ Dit is alleen anders indien een vennootschap tussen de ab-houder en diens vennootschappen wordt geschoven. Alsdan kan gebruik worden gemaakt van art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001. Met deze uitkomst heb ik moeite, omdat in beide situaties een vennootschap een pand verhuurt aan een zustervenootschap. Alhoewel ik moeite heb met de uitkomst, heb ik begrip voor het standpunt van de regering dat een consolidatie op het niveau van een natuurlijk persoon nu eenmaal niet gebruikelijk is.²⁶⁵ Niet kan worden ontkend dat de regering belastingplichtigen er in feite toe verplicht een holdingstructuur op te tuigen, hetgeen extra kosten voor de belastingplichtige met zich brengt. Ook is het bezien vanuit de positie van de overdrager onevenwichtig dat de verhuur

vennootschap waarin zowel op dat moment als bij het overlijden van de erflater een materiële onderneming wordt gedreven. De vordering wordt naar rato van het ondernemingsvermogen van de vennootschap waarop de vordering wordt gehouden in aanmerking genomen (art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001).

263. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 43.

264. MvA, Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 5. Dit geldt eveneens voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.

265. Zie MvA, Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 5.

van een pand vanuit privé wel kwalificeert voor de doorschuiffaciliteit (art. 3.95 jo. art. 3.62 Wet IB 2001).²⁶⁶

Tijdens het bestaan van een kapitaalvennootschap is het niet nodig een onderscheid te maken tussen onderneming- en beleggingsvermogen. Op grond van art. 2, vijfde lid, Wet Vpb 1969 wordt de vennootschap immers geacht de onderneming te drijven met behulp van het gehele vermogen. Als gevolg van overlijden dan wel schenking moet dit onderscheid wel worden gemaakt. Dit betreft tevens de schulden.²⁶⁷ Het betreft een momentopname. Van veel activa is op voorhand duidelijk dat sprake is van ondernemingsvermogen. Denk hierbij aan het pand waarin de onderneming wordt uitgeoefend. Ook goodwill behoort tot het ondernemingsvermogen 'voor zover deze bij verkoop van de aandelen in de waarde van de aandelen tot uitdrukking zou komen'.²⁶⁸

Onder beleggingsvermogen wordt verstaan 'het saldo van de beleggingen en de daarvoor aangegane schulden. De term beleggingsvermogen brengt verder tot uitdrukking dat het moet gaan om vermogen dat blijvend overtollig is'.²⁶⁹ Duurzaam overtollige liquide middelen zijn, aldus de regering, niet nodig voor het drijven van een onderneming. Het al dan niet aanwezig zijn van een concreet investeringsplan vormt een belangrijk element bij het vaststellen of sprake is van ondernemingsvermogen. Als voorbeelden van tijdelijk overtollige middelen wordt gegeven vermogen dat op de balans staat om daarmee een bedrijfspand aan te schaffen of vermogen dat zal worden aangewend om een overname te doen die past bij de bestaande activiteiten.²⁷⁰ Het moge duidelijk zijn dat omtrent het vraagstuk of sprake is van ondernemings-, dan wel beleggingsvermogen de nodige discussies zullen ontstaan tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige. Dit is evenwel niet anders bij een IB-onderneming. Het verschil tussen de situatie van de IB-onderneming en de Vpb-onderneming is wel dat bij de IB-onderneming dit onderscheid voortdurend moet worden gemaakt en bij een Vpb-onderneming alleen op het moment van overlijden van de ab-houder, dan wel bij schenking van ab-aandelen.

Verder is nog specifiek aandacht besteed aan de kwalificatie van pensioenvoorzieningen en daarmee samenhangende activa. Allereerst is van belang dat het navolgende geen betrekking heeft op zogenoemde pensioenlichamen waarin slechts één of een beperkt aantal personen is verzekerd.²⁷¹ Het pensioenlichaam drijft geen materiële onderneming (HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, BNB 2010/286,

266. Dit geldt tevens voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting. Zie art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956.

267. In dit kader moet ook de latente Vpb-verplichting worden toegerekend aan het ondernemings- en beleggingsvermogen. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz 65-66.

268. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz 65-66.

269. MvT (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43.

270. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 12.

271. Zie ook Heithuis (2011), blz. 9.

gewezen voor de toepassing van art. 35b SW 1956).^{272, 273} Indien in de vennootschap wel een materiële onderneming wordt gedreven, geldt als beleggingsvermogen *'dat deel van de waarde van de met de pensioenverplichting verband houdende activa dat de pensioenverplichting overstijgt'*.²⁷⁴ De pensioenvoorziening wordt daarbij gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer,²⁷⁵ zoals ook geldt voor de andere vermogensbestanddelen. Aan de vraag of activa samenhangen met de pensioenvoorziening wordt pas toegekomen als de abhouder komt te overlijden of als hij de ab-aandelen schenkt. De laatste situatie zal zich minder vaak voordoen omdat in de regel niet de aandelen in de vennootschap waarin het pensioen is ondergebracht zullen worden geschonken.²⁷⁶ Bij overlijden van de ab-houder zal het gedeelte van de pensioenvoorziening dat ziet op het ouderdomspensioen vrijvallen. Er resteert eventueel alleen nog een voorziening voor het nabestaandenpensioen. Alleen de activa die tegenover dit nabestaandenpensioen staan, kunnen als ondernemingsvermogen worden aangemerkt. Onvermijdbaar is dat een gedeelte van het vermogen dat eerst op het ouderdomspensioen zag als beleggingsvermogen moet worden aangemerkt. Dit betreft het gedeelte dat niet kan worden omgezet ter dekking van het nabestaandenpensioen. Activa die overigens worden aangehouden ter dekking van het langlevensrisico moeten als beleggingsvermogen worden aangemerkt.²⁷⁷ In de wetsgeschiedenis wordt dit als volgt gemotiveerd: *'Indien de waarde van de beleggingen van de pensioen-bv hoger is dan de waarde van de pensioenverplichting en zou worden afgezien van afrekening over dit surplus, zou een directeur-groootaandeelhouder met een pensioen in eigen beheer worden bevoordeeld ten opzichte van een directeur-groootaandeelhouder die zijn pensioen heeft ondergebracht bij een professionele verzekeraar.'*²⁷⁸ Hiermee kan ik instemmen.

Ook ten aanzien van de rekening-courantverhouding met de dga moet worden vastgesteld of sprake is van beleggings-, dan wel ondernemingsvermogen. Naar mijn mening is het zo dat op het moment van overlijden of schenking de vordering van de vennootschap al snel moet worden geduid als beleggingsvermogen. De vordering wordt niet aangehouden om er in de nabije toekomst ondernemingsactiviteiten mee te ondernemen.

272. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 12. In deze nota wordt in dit kader verwezen naar Hof 's-Hertogenbosch 8 december 1989, nr. 3929/1987, BNB 1991/140 en Hof 's-Gravenhage 7 maart 2002, nr. 00/01326, FED 2002/470. Zie verder nog MvA, Kamerstukken II 1985/86, 19 143, nr. 6, blz. 8.

273. Voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 worden kapitaalvennootschappen op grond van het vijfde lid van art. 2 geacht hun onderneming te drijven met hun gehele vermogen. Dit werkt evenwel niet door naar art. 4.17a, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Hiervoor is op grond van het hiervoor genoemde artikellid het ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001 bepalend.

274. Heithuis (2011) oppert twee benaderingen. Naar mijn mening is slechts één benadering mogelijk. Dat betreft die waarbij de pensioenvoorziening heeft te gelden als ondernemingsvermogen. Overigens kiest Heithuis uiteindelijk ook voor deze benadering.

275. Zie ook NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 8.

276. Overigens kan bij schenking van de ab-aandelen op termijn art. 13a SW 1956 een rol spelen.

277. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 12-13.

278. NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 8.

De NOB²⁷⁹ besteedt aandacht aan het onderscheid tussen financieren met vreemd, dan wel eigen vermogen. Bij vennootschappen die gewoon zijn meer met eigen vermogen te financieren is de kans groot, aldus het NOB, dat meer liquiditeiten worden aangehouden. De NOB pleit ervoor een ruim standpunt in te nemen. Naar mijn mening is het nog maar de vraag of vennootschappen die meer met eigen vermogen zijn gefinancierd meer liquiditeiten aanhouden. Bovendien is het aan de vennootschap rekening te houden met de gevolgen van de keuze voor een bepaalde financieringsstructuur.

Tweejaarstermijn verdeling

Ten aanzien van de voorwaarden geldt in art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 een tweejaarstermijn voor de verdeling. Deze tweejaarstermijn is aan de orde geweest bij de toetsing van art. 4.17 Wet IB 2001. Naar mijn mening is de termijn van twee jaar te kort in situaties waarin na overlijden van de eerst stervende echtgenoot de huwelijksgemeenschap wordt verdeeld.²⁸⁰ Voor de toetsing verwijs ik naar paragraaf 4.2.4.2.d.

4.2.4.3.e Doelmatigheid

In paragraaf 4.2.2.5 is in algemene zin ingegaan op de doelmatigheid van doorschuiffaciliteiten. Hierna wordt specifiek ingegaan op de elementen die voor art. 4.17a Wet IB 2001 van belang zijn. Ook voor art. 4.17a Wet IB 2001 geldt dat de kans aanwezig is dat belastingplichtigen gebruikmaken van de faciliteit terwijl ze deze niet nodig hebben. Er hoeft niet te worden aangetoond dat daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem. In die zin is art. 4.17a Wet IB 2001 niet doelmatig. De doelmatigheid is op dit punt wel verbeterd ten opzichte van de regelgeving zoals die voorheen gold. In de voorgaande paragrafen is al aan de orde geweest dat een ab in een beleggingsvennootschap niet (meer) kwalificeert en dat daarnaast voor actieve vennootschappen een onderscheid moet worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Aldus is de faciliteit alleen van toepassing voor zover de waarde van de aandelen ziet op het ondernemingsvermogen. Toch geldt nog steeds dat het in veel situaties niet nodig zal zijn dat er middelen moeten worden onttrokken aan de vennootschap om de belastingclaim van de erflater te voldoen. Ook geldt bij doorschuiffaciliteiten in de ab-sfeer niet dat de overheid de kosten terugverdient als gevolg van fiscaal lagere afschrijvingen bij de overnemer, zoals dit wel aan de orde is bij doorschuiffaciliteiten in de winstsfeer. In de ab-sfeer vindt de doorschuiving immers plaats via de verkrijgingsprijzen.

Eenzijds is de doelmatigheid derhalve verbeterd als gevolg van het niet meer kwalificeren van beleggingsvermogen voor de faciliteit. Dit betekent minder kosten voor de overheid om dezelfde opbrengst te realiseren. Daarentegen

279. NOB (2009), blz. 14. Betreft commentaar bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting.

280. Zie ook de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws in V-N 2010/45.2 bij NvW, Kamerstukken II 2009/10, 32 401, nr. 5.

nemen de administratieve lasten voor de belastingplichtige toe. Op het moment van overlijden moet voor de vennootschappen waarin een direct ab wordt gehouden worden bepaald welk gedeelte van het vermogen is toe te rekenen aan ondernemingsactiviteiten en welk gedeelte aan de beleggingen. Indien sprake is van een op grond van art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001 kwalificerend indirect ab moeten de bezittingen en schulden van onderliggende vennootschappen worden toegerekend aan de holdingvennootschap. Daarna moet op het niveau van de holdingvennootschap een onderscheid worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. De in art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001 opgenomen bepaling is naar mijn mening goed toepasbaar indien alleen sprake is van gewone aandelen. Onduidelijk is hoe moet worden omgegaan met situaties waarbij op één of meer niveaus sprake is van verschillende soorten aandelen.²⁸¹ Omdat het hier evenwel om de vraag gaat of sprake is van een indirect soort ab ga ik op dit vraagstuk niet verder in. In het kader van dit onderzoek gaat het erom of het ab kwalificeert als aandelenbelang waarop een doorschuiffaciliteit van toepassing is. Indien vastgesteld kan worden dat een indirect belang kwalificeert als indirect ab kan de doorschuiffaciliteit worden toegepast voor zover verder aan de voorwaarden wordt voldaan.

Het aanbrengen van het onderscheid tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen is, zo blijkt uit paragraaf 4.2.4.3.d, niet altijd gemakkelijk.²⁸² Ook is het lastig vast te stellen aan welke activa schulden moeten worden toegerekend. Ook voor de overheid levert het voorgaande uitvoeringskosten op. De fiscus moet controleren of het onderscheid juist is gemaakt.

De regering heeft met art. 4.17a, zesde lid, ten tweede, Wet IB 2001 een doelmatigheidsmarge geïntroduceerd. Het beleggingsvermogen wordt tot ten hoogste 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen aangemerkt als ondernemingsvermogen. De regering heeft hierbij het oog gehad op situaties waarin *'in één oogopslag duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is'*.²⁸³ Indien deze situatie zich voordoet, is de marge inderdaad doelmatig. De doelmatigheidsmarge heeft evenwel een veel breder bereik. De als ondernemingsvermogen in aanmerking te nemen beleggingen worden hoger naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt. Dit verhoogt de kosten die de overheid moet maken, hetgeen naar mijn mening niet opweegt tegen de voordelen waarbij de beleggingen op het eerste oog al gering zijn. Ik ben van mening dat art. 4.17a, zesde lid, ten tweede, Wet IB 2001 moet vervallen.

De wetgeving is voorts ingewikkeld te noemen omdat bepaalde tot het ab behorende belangen worden uitgesloten in art. 4.17a Wet IB 2001. Voor preferente aandelen en aandelen in een vennootschap waarbij deze laatste commanditair vennoot is, geldt dat voldaan moet worden aan specifieke

281. Zie ook Van der Kroon (2012), paragraaf 3.1.

282. Zie ook Van den Dool (2009a).

283. NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 97.

voorwaarden om toegang te krijgen tot art. 4.17a Wet IB 2001. Zo moet voor het antwoord op de vraag of preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging teruggegaan worden naar het (soms verre) verleden, hetgeen de regeling er qua uitvoering niet eenvoudig op maakt.

Daarnaast worden belangen van minder dan 5% in het geplaatste aandelenkapitaal verschillend behandeld. Zo kwalificeren een soort ab (art. 4.7 Wet IB 2001), mits deze niet als preferent heeft te gelden, en een fictief ab (art. 4.11 Wet IB 2001) wel voor de doorschuiffaciliteit, maar een meetrek ab (art. 4.10 Wet IB 2001) weer niet. De uitsluiting van bepaalde belangen van de doorschuiffaciliteit is aan de orde geweest in paragraaf 4.2.4.3.d. Daar is tevens aangegeven dat in hoofdstuk 6 aanbevelingen worden gedaan met betrekking tot de vraag aan welke voorwaarden de overdrager en overnemer zouden moeten voldoen om in aanmerking te komen voor de doorschuiffaciliteit.

Bij de toetsing van art. 4.17 Wet IB 2001 is aan de orde geweest dat dit artikel uitsluitend geldt als de huwelijksgemeenschap bij leven wordt ontbonden. Bij overlijden kan uitsluitend art. 4.17a Wet IB 2001 worden toegepast. Dit geldt evenwel niet voor de situatie dat in het kader van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% van de aandelen worden toebedeeld aan de nalatenschap. Dit betreft immers ook aandelen van de langstlevende. Voor die situatie geldt art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001. Ook voor die bepaling geldt overigens dat alleen kan worden doorgeschoven voor zover het ondernemingsvermogen betreft. Er moet worden uitgegaan van de waarde van de aandelen ten tijde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap, omdat aan de verdeling geen terugwerkende kracht wordt toegekend.²⁸⁴ Hier kan strikt genomen weinig tegen in worden gebracht. Toch is het opmerkelijk dat dit in het in de volgende paragraaf te behandelen art. 4.17b Wet IB 2001 (uitzondering bij verdeling nalatenschap binnen twee jaar) anders is geregeld. Om redenen van doelmatigheid wordt de waardeontwikkeling van de aandelen die ziet op het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en de verdeling van de nalatenschap niet in de heffing betrokken.²⁸⁵ De vraag is waarom dit niet geldt waar het betreft de waardeontwikkeling tussen het moment van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden en de verdeling van de huwelijksgemeenschap. Ik zie geen reden waarom het in de ene situatie (bij een verdeling van de nalatenschap) vanuit doelmatigheidsoogpunt wenselijk is met de waardeontwikkeling geen rekening te houden en in de andere situatie (bij een verdeling van de huwelijksgemeenschap door overlijden) wel. Het heeft mijn voorkeur om beide situaties gelijk te behandelen.

Dat het geheel er niet gemakkelijker op wordt blijkt wanneer de aandelen van de overledene in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap worden toegeedeeld aan de langstlevende. Ook dan is art. 4.17 Wet IB 2001 niet

284. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 30.

285. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7 en 44.

van toepassing. Op het moment van overlijden kon nog worden doorgeschoven voor zover het de aandelen van de erflater betrof. Op het latere moment van de verdeling van de huwelijksgemeenschap geldt evenwel, zoals al eerder aan de orde is geweest, dat in deze situatie geen doorschuifmogelijkheid van toepassing is. Dit heeft tot gevolg dat in feite de doorschuiving bij overlijden wordt teruggenomen. Nu is het zo dat belastingplichtigen hierop kunnen inspelen door de langstlevende als erfgenaam te benoemen, maar dit neemt niet weg dat de gehele materie rond overlijden en verdeling van de huwelijksgemeenschap, onnodig, uitermate complex is geworden.²⁸⁶ De administratieve lasten voor de belastingplichtige nemen hierdoor toe. Bovengenoemde problemen worden weggenomen indien art. 4.17 Wet IB 2001 (weer) zou gelden ten aanzien van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap als gevolg van overlijden. Zie ook paragraaf 4.2.4.2.c.

4.2.4.4 *Doorschuiving ab-claim bij verdeling nalatenschap*

4.2.4.4.a *Werking bepaling*

In art. 4.17a Wet IB 2001 is de doorschuifbepaling opgenomen voor de overgang van ab-aandelen krachtens erfrecht onder algemene titel of onder bijzondere titel.

Indien de erflater meer dan één erfgenaam nalaat, kan een onverdeeldheid ontstaan.²⁸⁷ De nalatenschap moet worden verdeeld. Aangezien de verdeling geen terugwerkende kracht kent, kan ook de gerechtigdheid tot de onverdeelde boedel tot een ab leiden (HR 8 september 1976, nr. 17 943, BNB 1976/226). Een verdeling conform het erfdeel heeft fiscaal geen gevolgen. Als de verdeling evenwel leidt tot een overbedeling houdt dit een vervreemding in door de onderbedeelde erfgenaam (HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80). Dit is zowel een vervreemding op grond van art. 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 als een overgang onder algemene titel. Het is tevens een overgang onder algemene titel omdat in art. 3:186, tweede lid, BW is bepaald: *'hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden'*. Mijnsen concludeert dan ook dat de deelgenoot heeft verkregen als erfgenaam en dus onder algemene titel.²⁸⁸ Indien evenwel de verdeling als overgang onder algemene titel moet worden gezien zou bij doorschuiving art. 4.17a Wet IB 2001 naar de letter van de wet

286. Zie ook de drie voorbeelden in de parlementaire behandeling waarbij de in de huwelijks-gemeenschap vallende aandelen uiteindelijk allemaal toekomen aan het kind van de erflater en de langstlevende. De uitkomsten zijn in deze drie situaties verschillend terwijl alleen de weg ernaartoe verschilt. Dit is afhankelijk van de inrichting van het testament en de wijze van verdeling van de huwelijksgemeenschap en de nalatenschap (NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 24).

287. Er vindt geen verdeling plaats bij een horizontale ouderlijke boedelverdeling (zonder 'tenzij-clausule') en een wettelijke verdeling (zonder ongedaanmaking ex art. 4:18 BW). Het openvallen van de nalatenschap en de verdeling vallen samen. Zie ook Ganzeveld en Hoeve (2010).

288. Asser/Mijnsen, De Haan & Van Dam 3-I, hoofdstuk XI, paragraaf 4, 466.

van toepassing moeten zijn. Art. 4.17b Wet IB 2001 is dan overbodig. Daarmee zou ook de tweejaarstermijn niet relevant zijn. Dit kan niet de bedoeling zijn. Tot deze conclusie komen ook Rijkers en Van Dijck.²⁸⁹

Voor de vervreemding door de onderbedeelde erfgenaam geldt de in art. 4.17b Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit, mits de verdeling van de nalatenschap plaatsvindt binnen twee jaren na het overlijden van de erflater.²⁹⁰ De verkrijger moet binnenlands belastingplichtig²⁹¹ zijn en de verkregen aandelen of winstbewijzen mogen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming, noch tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Het verzoek om door te schuiven moet worden gedaan door de gezamenlijke belanghebbenden.²⁹² Dit zijn de vervreemder en de verkrijger.

Aangezien de verdeling tot een nieuwe vervreemding leidt, zou men verwachten dat op het moment van verdeling weer een onderscheid moet worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Over de waardeontwikkeling van het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en het moment van verdeling zou moeten worden afgerekend. Hiervan wordt echter om redenen van doelmatigheid afgezien.²⁹³ Aan dit aspect wordt hierna nog aandacht besteed als wordt getoetst aan doelmatigheid.

Indien gebruik wordt gemaakt van de in art. 4.17b Wet IB 2001 genoemde doorschuifmogelijkheid wordt op grond van art. 4.39b, eerste lid, Wet IB 2001 de verkrijgingsprijs van degene van wie in het kader van de verdeling wordt verkregen doorgeschoven. Indien bij de verdeling een vruchtgebruik wordt gevestigd, wordt de verkrijgingsprijs evenredig verdeeld (art. 4.39b, derde lid, Wet IB 2001).

289. Rijkers en Van Dijck (2000), blz. 225-226. Zie ook Ganzeveld en Hoeve (2010).

290. Dit mag ook een partiële verdeling betreffen (Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.3).

291. Indien in het kader van een verdeling wordt toegedeeld aan een buitenlandse erfgenaam kan de onderbedeelde erfgenaam op grond van art. 2.8, zesde lid, Wet IB 2001 verzoeken om een conserverende aanslag. Uitstel van betaling wordt verleend op basis van art. 25, achtste lid, IW 1990. Het te conserveren inkomensbestanddeel wordt beperkt tot het deel dat ingevolge art. 4.17b Wet IB 2001 niet als vervreemdingsvoordeel wordt aangemerkt. De verkrijgingsprijs wordt bij de buitenlandse verkrijger gesteld op de waarde in het economische verkeer (art. 7.6, eerste lid, Wet IB 2001). Indien zich nadien één van de in art. 4.21, vijfde lid, Wet IB 2001 genoemde situaties voordoet, wordt in art. 15a Uitv.besl. IB 2001 geregeld hoe moet worden omgegaan met reeds opgelegde conserverende aanslagen en hoe de verkrijgingsprijs moet worden vastgesteld. Het kan zich ook voordoen dat de oorspronkelijke verkrijger (waaraan de conserverende aanslag is opgelegd) weer in Nederland gaat wonen. In dat geval wordt op grond van art. 4.25, zesde lid, Wet IB 2001 jo. art. 16, tiende lid, Uitv.besl. IB 2001 de verkrijgingsprijs vastgesteld en worden regels gegeven hoe de conserverende aanslag wordt verminderd.

292. Zie art. 4.17b, vierde lid, Wet IB 2001 jo. art. 26a Uitv.reg. IB 2001 bij wie het verzoek moet worden ingediend.

293. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7 en 44.

In het tweede lid van art. 4.17b Wet IB 2001 is de situatie aan de orde dat het ab krachtens erfrecht overgaat op een niet in Nederland wonende verkrijger maar dat dit binnen twee jaren na het overlijden wordt hersteld voor zover sprake is van een verdeling van de nalatenschap waarbij het ab wordt toegedeeld aan een binnenlandse belastingplichtige. In dat geval is bepaald dat art. 4.17a, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 op verzoek van de gezamenlijke belanghebbenden niet geldt. De gezamenlijke belanghebbenden zijn hier de rechtsgeldige vertegenwoordiger(s) van de erflater en de verkrijger. In art. 4.39b, tweede lid, Wet IB 2001 is geregeld welke verkrijgingsprijs de verkrijger moet aanhouden.

In het derde lid van art. 4.17b Wet IB 2001 wordt geregeld dat indien door het overlijden van de erflater preferente aandelen²⁹⁴ (mede) worden geërfd door anderen dan de bedrijfsopvolger de doorschuiffaciliteit toch van toepassing is indien de preferente aandelen binnen twee jaren na het overlijden van de erflater worden toebedeeld aan de bedrijfsopvolger. Het verzoek moet worden gedaan door de rechtsgeldige vertegenwoordiger(s) van de erflater en de verkrijger.

4.2.4.4.b *Legitimiteit*

De in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid ziet op het vervreemdingsvoordeel voortvloeiende uit het overlijden van de erflater (art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001). Dit wordt wel het eerste heffingsmoment genoemd. Art. 4.17b Wet IB 2001 bevat de doorschuiffaciliteit voor de situatie waarbij een onderbedeling tot een tweede heffingsmoment leidt. Voor de toetsing aan legitimiteit verwijs ik naar de toetsing aan legitimiteit voor art. 4.17a Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.4.3.b). Ik schreef daar dat twee partijen relevant zijn: de overdrager en de overnemer. De overdrager is hier niet de erflater, maar de onderbedeelde erfgenaam. De onderbedeelde erfgenaam moet de ab-heffing voldoen en kan hierdoor met een liquiditeitsprobleem worden geconfronteerd. De onderbedeelde erfgenaam krijgt alleen met liquiditeitsproblemen te maken indien de vergoeding schuldig wordt gebleven. Er bestaat dan een mogelijkheid dat de middelen ter voldoening van de belastingschuld aan de vennootschap moeten worden onttrokken, hetgeen de continuïteit kan schaden. In een dergelijk geval is overheidsingrijpen legitiem. De overnemer is hier de overbedeelde erfgenaam. Deze moet de koopprijs financieren.

Ook geldt hier hetgeen in paragraaf 4.2.4.3.b is geschreven voor de situatie waarbij de echtgenote van de bestuursbevoegde ab-houder komt te overlijden en de aandelen als gevolg van de verdeling worden toebedeeld aan de bestuursbevoegde echtgenoot. Een doorschuiffaciliteit is dan legitiem.

294. Deze bepaling is ook van toepassing op de in art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001 genoemde vordering die is ontstaan als gevolg van een overdracht van aandelen.

4.2.4.4.c Neutraliteit

Waar het gaat om een versturende factor, is vooral van belang of de belastingplichtige als gevolg van een faciliteit de overdracht bij leven uitstelt tot het moment van overlijden. Dit is hiervoor al aan de orde geweest bij de toetsing van art. 4.17a Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.4.3.c). De in die paragraaf getrokken conclusie geldt ook hier. Het ontbreken van een algemene doorschuifmogelijkheid bij leven kan belastingplichtigen ertoe aanzetten de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden. Dit werkt ook door naar een latere verdeling.

4.2.4.4.d Doeltreffendheid

Destijds is de doorschuifregeling bij overgangen onder algemene titel als volgt toegelicht: *'Het gevolg van deze regeling is, dat bij verwerving van aandelen of winstbewijzen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht ook de op die effecten rustende fiscale claims op de verkrijger overgaan, evenals bij de overgang van een onderneming in de in art. 15, derde lid, van het ontwerp genoemde gevallen (doch daar alleen indien de belanghebbenden dit wensen).*²⁹⁵ De afrekenbepaling was dus vooral gericht op claimbehoud waarna vervolgens de claim kon worden doorgeschoven. De regering wenst de overgang krachtens erfrecht en de verdeling van de nalatenschap binnen twee jaren na het overlijden van de erflater niet te belasten. Als voorwaarden hebben te gelden dat de verkrijger binnenlands belastingplichtig is en de verkregen aandelen of winstbewijzen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem behoren. Ook de voorwaarden bepalen of een regeling doeltreffend is. Naar mijn mening kan worden gezegd dat deze voorwaarden bijdragen aan de doeltreffendheid van de bepaling. Indien deze voorwaarden niet zouden zijn gesteld, gaat de belastingclaim voor de (Nederlandse) overheid verloren. Bij de overgang naar een buitenlandse verkrijger biedt de regering de mogelijkheid te verzoeken om een conserverende aanslag (art. 2.8, zesde lid, Wet IB 2001).

Ook voor deze vorm van verdeling geldt een tweejaarstermijn. Deze tweejaarstermijn is aan de orde geweest bij de toetsing van art. 4.17 Wet IB 2001. Naar mijn mening is de termijn van twee jaar te kort in situaties waarin een onverdeeldheid ontstaat na overlijden. Zie nader paragraaf 4.2.4.2.d.

4.2.4.4.e Doelmatigheid

Bij de toetsing van doorschuifaciliteiten in algemene zin was mijn conclusie dat de kans op weglekeffecten groot is. Belastingplichtigen kunnen gebruikmaken van doorschuifaciliteiten ook indien daarvoor geen noodzaak is. Dit is bij art. 4.17b Wet IB 2001 niet anders als bij art. 4.17a Wet IB 2001.

295. MvT, Kamerstukken II 1957/58, 5380, nr. 3, blz. 44. Oorspronkelijk was de faciliteit in art. 34 opgenomen. Uiteindelijk is dit art. 39 Wet IB 1964 geworden.

Een element dat nog wel aandacht behoeft is het feit dat bij de vervreemding als gevolg van de verdeling van de nalatenschap geen onderscheid meer hoeft te worden gemaakt tussen het ondernemings- en het beleggingsvermogen. Hiervan wordt om redenen van doelmatigheid afgezien.²⁹⁶ Indien de waarde van het beleggingsvermogen stijgt tussen het moment van overlijden en het moment van de verdeling hoeft de belastingplichtige over deze waardevermeerdering niet af te rekenen. Een voorbeeld toont het voordeel voor de belastingplichtige aan: stel de waarde in het economische verkeer van de aandelen is op het moment van overlijden € 500.000 (verkoopprijs € 150.000). Van de waarde van de aandelen is aan het beleggingsvermogen toe te rekenen € 100.000. Het vervreemdingsvoordeel van de erflater bedraagt na toepassing van art. 4.19, tweede lid, Wet IB 2001 nihil. De erfgenaam gaat verder met een verkoopprijs van € 50.000 (art. 4.39a, eerste lid, Wet IB 2001). Vervolgens stijgt de waarde van het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en de verdeling met € 100.000 tot € 200.000. Aangenomen wordt dat de waarde van het ondernemingsvermogen niet wijzigt. De onderbedeelde erfgenaam zou dan een vervreemdingsvoordeel genieten van € 150.000. Aangezien evenwel op het moment van de verdeling met de waardevermeerdering van het beleggingsvermogen geen rekening meer hoeft te worden gehouden, volgt geen heffing. De erfgenaam kan op grond van art. 4.17b verzoeken om door te schuiven en gaat verder met de verkoopprijs van € 50.000. Dit is in beginsel een voordeel voor de belastingplichtige waar geen goede reden voor lijkt te bestaan. Indien overigens de waarde van het beleggingsvermogen daalt tussen het moment van overlijden en de verdeling is de situatie anders. Ook dan moet de erflater afrekenen over het deel van de waarde van de aandelen dat toe te rekenen is aan het beleggingsvermogen. Het is dan evenwel waarschijnlijk dat de onderbedeelde erfgenaam wederom op grond van art. 4.17b Wet IB 2001 kiest om door te schuiven. Indien geen verzoek wordt gedaan om door te schuiven, moet immers ook over de waarde van de aandelen toerekenbaar aan het ondernemingsvermogen worden afgerekend. Uiteraard is de precieze uitwerking afhankelijk van de verhouding tussen het ondernemings- en het beleggingsvermogen en de hoogte van de verkoopprijs.

In paragraaf 4.2.4.3.e heb ik aangegeven het opmerkelijk te vinden dat de tegemoetkoming voor de waardeverandering van het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en de verdeling van de nalatenschap niet geldt voor de in art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 opgenomen situatie. Dit artikellid is van toepassing indien in het kader van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% van de aandelen worden toebedeeld aan de nalatenschap. Er moet worden uitgegaan van de waarde van de aandelen ten tijde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap, omdat aan de verdeling geen terugwerkende kracht wordt toegekend. Naar mijn mening

296. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7 en 44.

moet geen onderscheid worden gemaakt tussen de verdeling van een nalatenschap en de verdeling van een huwelijksgemeenschap als gevolg van overlijden. Op zich kan ik instemmen met het doelmatigheidsargument van de regering, maar alleen als dit consequent wordt toegepast.

4.2.4.5 Doorschuiving *ab-claim* bij overdracht krachtens schenking

4.2.4.5.a Werking bepaling

In art. 4.17c Wet IB 2001 is een doorschuiffaciliteit opgenomen voor die gevallen waarbij sprake is van schenking van *ab-aandelen*²⁹⁷ aan een werknemer²⁹⁸ die gedurende 36 maanden²⁹⁹ in dienst is geweest bij de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben.^{300, 301} Het is aldus niet mogelijk de aandelen met toepassing van de doorschuiffaciliteit te schenken aan de holdingvennootschap van de begiftigde.³⁰² Het

297. Uitgezonderd aandelen die op grond van art. 4.10 Wet IB 2001 tot een *ab* behoren. Zie voor een oordeel over deze uitsluiting paragraaf 4.2.4.3.d.

298. De begiftigde moet op grond van art. 4.17c, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 binnenlands belastingplichtig zijn en de verkregen aandelen mogen geen deel uitmaken van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en niet tot het resultaat uit werkzaamheid van hem behoren. Dit is om de heffing te waarborgen. Indien de begiftigde niet in Nederland woont, kan de schenker om een conserverende aanslag verzoeken. Zie nader art. 2.8, zevende lid, Wet IB 2001. Uitsluiting van betaling wordt verleend op basis van art. 25, achtste lid, IW 1990. Het te conserveren inkomensbestanddeel wordt beperkt tot het deel dat ingevolge art. 4.17c Wet IB 2001 niet als vervreemdingsvoordeel wordt aangemerkt. De verkrijgingsprijs van de begiftigde wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer (art. 7.6, eerste lid, Wet IB 2001). Indien zich nadien één van de in art. 4.21, vijfde lid, Wet IB 2001 genoemde situaties voordoet, wordt in art. 15a Uitv.besl. IB 2001 geregeld hoe moet worden omgegaan met reeds opgelegde conserverende aanslagen en hoe de verkrijgingsprijs moet worden vastgesteld. Het kan zich ook voordoen dat de oorspronkelijke verkrijger (waaraan de conserverende aanslag is opgelegd) weer in Nederland gaat wonen. In dat geval wordt op grond van art. 4.25, zesde lid, Wet IB 2001 jo. art. 16, tiende lid, Uitv.besl. IB 2001 de verkrijgingsprijs vastgesteld en worden regels gegeven hoe de conserverende aanslag wordt verminderd.

299. Zie art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001. In art. 4.17c, vierde lid, Wet IB 2001 jo. art. 26c Uitv.reg. IB 2001 is aangegeven in welke gevallen een verkorte termijn geldt.

300. Op grond van het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.6 is onder voorwaarden goedgekeurd dat een overdracht tegen schuldigerkenning onmiddellijk gevolgd door een (gedeeltelijke) kwijtschelding van de koopschuld ook kwalificeert voor de doorschuiffaciliteit. Bij een gefaseerde kwijtschelding geldt de goedkeuring niet voor de tweede en volgende kwijtscheldingen.

301. Op grond van art. 4.17c, vierde lid, Wet IB 2001 jo. art. 26d Uitv.reg. IB 2001 mag iemand in geval van schenking van aandelen in een holding ook werknemer zijn geweest bij een werkmaatschappij.

302. Dit lijkt te kunnen worden bereikt door de aandelen te schenken aan de begiftigde, waarna de begiftigde de aandelenfusiefaciliteit uit art. 4.41, eerste lid, Wet IB 2001 jo. art. 3.55 Wet IB 2001 toepast. Zie Hoogwout (2010a). Heithuis (2011) is een andere mening toegedaan. Er moet worden voldaan aan de in art. 3.55 Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden. Eén van de eisen is dat de holdingvennootschap eigen aandelen uitreikt (art. 3.55, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). Dit is niet aan de orde indien sprake is van een informele kapitaalbreng in de holdingvennootschap. In de parlementaire behandeling zijn hier geen woorden aan gewijd, zodat onduidelijk is of e.e.a. zonder heffing van inkomstenbelasting kan verlopen.

verzoek³⁰³ moet worden gedaan door de gezamenlijke belanghebbenden, zijnde de vervreemder en de verkrijger(s).³⁰⁴ Iedere verkrijger kan zelf beslissen of hij al dan niet wil doorschuiven.³⁰⁵ De doorschuiffaciliteit geldt alleen als de vennootschap een materiële onderneming drijft, dan wel een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 (art. 4.17c, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). De vennootschap fungeert in de laatste situatie als commanditair vennoot in een commanditaire vennootschap.

De faciliteit is alleen van toepassing, zoals ook in art. 4.17a Wet IB 2001, voor zover de overdrachtprijs toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de vennootschap. Dit is evenwel nooit meer dan de overdrachtprijs minus een eventuele tegenprestatie.³⁰⁶ Aldus is de faciliteit ook toepasbaar als de aandelen worden overgedragen tegen een lagere prijs dan de waarde in het economische verkeer.³⁰⁷ De tegenprestatie wordt zo veel mogelijk toegerekend aan het beleggingsvermogen.³⁰⁸ De overdrager is bij het berekenen van zijn vervreemdingsvoordeel niet verplicht een evenredig gedeelte van zijn verkrijgingprijs te gebruiken, maar mag zijn verkrijgingsprijs gebruiken tot maximaal het bedrag van de overdrachtprijs (art. 4.19, tweede lid, Wet IB 2001). In de parlementaire behandeling wordt omtrent de maximering tot de overdrachtprijs opgemerkt dat het de bedoeling is te voorkomen dat bij de erflater of schenker een verlies uit ab ontstaat.^{309, 310}

In art. 4.17c, derde lid, Wet IB 2001 is verder bepaald dat art. 4.17a, derde tot en met zesde lid, Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing is. Dit betreft de beperkingen voor preferente aandelen en voorwaarden waaronder sprake is van een kwalificerende medegerechtigdheid, alsmede wetgeving voor indirecte belangen en wetgeving wanneer sprake is van ondernemingsvermogen.

4.2.4.5.b *Legitimiteit*

Voor de beantwoording van de vraag of de overdrager dan wel overnemer wordt geconfronteerd met liquiditeitsproblemen moet tussen beide personen een onderscheid worden gemaakt. Het is de overdrager die de belastingclaim voortvloeiend uit de vervreemding moet voldoen. Naar mijn mening is het niet

303. In tegenstelling tot art. 3.62 en 3.63 Wet IB 2001 is in deze bepaling niet opgenomen dat het verzoek bij de aangifte moet worden gedaan. Overigens maakt dit uiteindelijk geen verschil. Het verzoek kan worden gedaan zolang het achterwege laten van het verzoek nog niet heeft geleid tot onherroepelijke fiscale gevolgen (zie voetnoot 102).

304. MvT, Kamerstukken II 2010/11, 32 129, nr. 3, blz. 47. Zie ook het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.

305. Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.1. De vervreemder moet uiteraard instemmen.

306. Als de tegenprestatie schuldig wordt gebleven kan mogelijk gebruik worden gemaakt van de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen betalingsregeling. Zie over deze betalingsregeling paragraaf 4.3.4.

307. Civielrechtelijk wordt dit een gift genoemd (art. 7:186, tweede lid, BW).

308. Zie voor een voorbeeld MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 4.

309. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 47.

310. Zie voor voorbeelden MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 4.

aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Dit is een andere situatie bij overlijden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze de ab-aandelen te schenken. Onder de Wet IB 1964 was dit ook het uitgangspunt van de regering: *'Bij veelal geheel vrijwillige schenking van aanmerkelijkbelangaandelen is er geen reden de afrekening uit te stellen. De schenker is een vervreemder, die op het ogenblik van de schenking mede over de vennootschappelijke reserves, waarop een inkomstenbelastingclaim rust, zij het om niet, beschikt. (...)*³¹¹ Ook als de potentiële overdrager zou beslissen de aandelen niet over te dragen indien geen doorschuiffaciliteit bij schenking zou gelden, is het naar mijn mening niet aan de overheid om in te grijpen.³¹² Een optie is dan de ab-aandelen gedeeltelijk tegen schuldigerkenning over te dragen.

Ook vanuit de positie van de overnemer is er geen reden voor overheidsingrijpen. Omdat de overnemer de aandelen geschonken krijgt, krijgt hij uitsluitend te maken met een financieringsprobleem waar het betreft de schenkbelasting. Indien sprake is van een partiële schenking kan voor het gedeelte waarvoor een tegenprestatie geldt wel sprake zijn van een liquiditeitsprobleem. Daarop is de doorschuiffaciliteit niet van toepassing (art. 4.17c, tweede lid, Wet IB 2001). Er kan op grond van art. 25, negende lid, IW 1990 wel uitstel van betaling worden verkregen mits de tegenprestatie schuldig wordt gebleven (zie nader paragraaf 4.3.4).

4.2.4.5.c Neutraliteit

In paragraaf 4.2.2.3 is in algemene zin ingegaan op de neutraliteit tussen leven en overlijden. Het uitgangspunt moet zijn dat met het doorschuiven van in casu de verkrijgingsprijs van ab-aandelen niet zou niet moeten worden gewacht tot het moment van overlijden alleen vanwege het feit dat bij leven niet geruisloos kan worden doorgeschoven.³¹³ Dit impliceert immers een versturende werking. Belastingplichtigen passen hun gedrag aan als gevolg van een door de overheid ingestelde faciliteit. In genoemde paragraaf is aangegeven dat de verstoring niet is weggenomen in die situaties waarin belastingplichtigen niet in de mogelijkheid verkeren aandelen te schenken.

Indien partijen dan toch de doorschuiffaciliteit willen benutten, moet er worden gewacht met de overdracht tot het moment van overlijden. Aldus kan het ontbreken van een ruimere doorschuifmogelijkheid bij leven (zoals art. 3.63 Wet IB 2001) tot een welvaartsverlies leiden.

4.2.4.5.d Doeltreffendheid

Het doel van art. 4.17c Wet IB 2001 is *'dat de aanmerkelijkbelangclaim vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van de economische bedrijvigheid*

311. MvA, Kamerstukken I 1964/65, nr. 13a, blz. 10.

312. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn er wel redenen de faciliteiten voor overlijden en schenkingen op elkaar af te stemmen. Zie hiervoor paragraaf 4.2.2.3.

313. Zie ook MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3 en NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 22.

geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsopvolgingen'.³¹⁴ Ook hier geldt dat met een doorschuiffaciliteit wordt voorkomen dat de ab-claim tot liquiditeitsproblemen leidt. De belastingclaim wordt immers doorgeschoven naar de begiftigde.

Vervolgens is het de vraag of de in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden bijdragen aan het bereiken van het door de overheid geformuleerde doel. Hiervoor kan grotendeels worden verwezen naar de toetsing van art. 4.17a Wet IB 2001. De in art. 4.17c, eerste lid, onderdelen a-c, Wet IB 2001 gestelde voorwaarden komen overeen met de in art. 4.17a, eerste lid, onderdelen a-c, Wet IB 2001 genoemde voorwaarden. Verder verwijst art. 4.17c, derde lid, Wet IB 2001 naar art. 4.17a, derde tot en met zesde lid, Wet IB 2001.³¹⁵ Deze zijn van overeenkomstige toepassing. Voor de toetsing van deze bepalingen wordt dan ook verwezen naar paragraaf 4.2.4.3.d. Alleen in art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 wordt een aanvullende voorwaarde gesteld. Deze eis is dat de verkrijger reeds gedurende de 36 maanden³¹⁶ die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van de vervreemding in dienstbetrekking³¹⁷ is van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben.^{318, 319, 320} Dit is een soortgelijke voorwaarde zoals we die ook al kennen uit art. 3.63 Wet IB 2001. De regering beargumenteert deze voorwaarde als volgt: *'Door de gestelde termijn van drie jaar wordt gestimuleerd dat de overdrager niet alleen de aandelen in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven overdraagt, maar ook zijn kennis van die onderneming. Voorts wordt bereikt dat de relatie tussen de overdrager en opvolger voldoende duurzaam is. Zoals eerder aangegeven, zijn dit elementen die voor een*

314. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 3.

315. Op het in art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001 opgenomen overgangsrecht voor vorderingen voortvloeiend uit een overdracht van aandelen kan bij schenkingen geen beroep worden gedaan. Mij is niet duidelijk waarom de regering hiervoor heeft gekozen. Het zou mijn voorkeur hebben dit overgangsrecht ook voor art. 4.17c Wet IB 2001 te laten gelden.

316. In art. 26c Uitv.reg. IB 2001 zijn situaties opgenomen waarin de 36-maandseis wordt verkort.

317. Voor het begrip dienstbetrekking mag worden aangesloten bij de betekenis van het gelijk-luidende begrip uit de Wet LB 1964 en in het bijzonder art. 3 en 4 (de fictieve dienstbetrekking). Zie het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.2. Zie uitgebreider over dit onderdeel van het besluit Heithuis (2012).

318. Hieraan is ook voldaan als de begiftigde in dienst is bij zijn eigen holdingvennootschap die al een pakket aandelen in de werkmaatschappij heeft en deze laatste vennootschap een managementfee betaalt aan de holdingvennootschap van de begiftigde (MvA, Kamerstukken II 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 4). Uiteindelijk is hiervoor ook een goedkeuring gegeven in het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.5.

319. In het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 5.4.3 en 5.4.4 zijn nog goedkeuringen verleend indien sprake is geweest van een samenwerkingsverband en tevens voor sabbaticals. Een goedkeuring is niet verleend indien sprake is van een samenwerkingsverband waarin een kind als privépersoon heeft deelgenomen. Er kan dan geen sprake zijn van een dienstbetrekking. Zie Heithuis (2012).

320. Burgerhart en Hoeve (2012) roepen de vraag op of aan art. 4.17c Wet IB 2001 wel wordt toegekomen indien aandelen worden geschonken aan een werknemer. Op grond van de rangorderegeling moet eerst worden nagegaan of het voordeel is aan te merken als loon uit dienstbetrekking. Zie voor het standpunt van de regering NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 5-6. Zie ook de redactie van Vakstudie Nieuws in V-N 2013/5.31.

*adequate bedrijfsopvolging belangrijk zijn.*³²¹ Later wordt tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat *'met de de dienstbetrekkingseis wordt gewaarborgd dat de verkrijger betrokkenheid heeft bij de onderneming. Bovendien ontstaat hierdoor gelijkheid met de doorschuifregeling bij leven in de winstsfeer ex artikel 3.63 van de Wet inkomstenbelasting 2001'*.³²² Dat niet kan worden doorgeschoven aan een niet-werknemer is beoogd en wordt gerechtvaardigd door de doelstelling van de regeling.³²³ Naar mijn mening is de dienstbetrekkingseis niet doeltreffend. Er wordt gesteld dat de overdrager naast de aandelen gedurende de 36-maandsperiode ook zijn kennis kan overdragen. Het is uiteraard zeer de vraag of dit ook daadwerkelijk gebeurt. Dit valt ook niet te controleren. Daarnaast kan de uiteindelijk begiftigde de kennis ook op andere wijze opdoen.³²⁴ Ik ben de mening toegedaan dat een voortzettingsvereiste voor de begiftigde meer recht zou doen aan de gedachte van een adequate bedrijfsopvolging. Dit past evenwel niet bij doorschuiffaciliteiten. Indien bijvoorbeeld een voortzettingstermijn van vijf jaren zou gelden (zoals opgenomen in art. 35e SW 1956), zou de overdrager gedurende een periode van vijf jaren na de overdracht nog kunnen worden geconfronteerd met de belastingclaim ter zake van de eerdere overdracht van zijn aandelen. De doorschuiffaciliteit zou dan worden teruggenomen als gevolg van gedragingen van de overnemer. Dit heeft niet mijn voorkeur. Het niet hanteren van een voortzettingseis werkt mogelijk misbruik in de hand. Zo geeft De Beer³²⁵ als voorbeeld de situatie waarbij vader de aandelen in de werkmaatschappij zou willen verkopen aan zijn zoon. Vader behoudt vervolgens het belang in zijn holdingvennootschap. Deze holdingvennootschap drijft dan evenwel geen materiële onderneming meer. Vader wordt bij zijn overlijden geconfronteerd met een ab-claim. Dit kan worden voorkomen als vader zijn aandelen in de holdingvennootschap schenkt aan de zoon (die voldoet aan de werknemerseis). Vervolgens kan de zoon de aandelen in de werkmaatschappij verkopen. Vervolgens beschikt de zoon over de beleggingsvennootschap en is aldus de ab-claim over het beleggingsvermogen doorgeschoven. Misbruik kan nooit worden uitgesloten. De regering moet derhalve keuzes maken. Het heeft, zoals al eerder aangegeven, niet mijn voorkeur een voortzettingsvereiste op te nemen in doorschuifbepalingen. In het gegeven voorbeeld is het overigens nog maar de vraag of vader in de gelukkige omstandigheid verkeert zijn aandelen te kunnen schenken en ook of de aandelen in de holdingvennootschap zo maar kunnen worden geschonken. Zo kan in de holdingvennootschap het pensioen van vader zijn ondergebracht.

321. Derde NvW, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 14, blz. T en brief van de staatssecretaris van Financiën van 13 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 128, nr. 20, blz. 16.

322. Nadere MvA (bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting), Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 11.

323. Zie voetnoot 322.

324. Zie ook De Beer (2010).

325. De Beer (2010).

Alsdan zou de holdingvennootschap moeten worden gesplitst (zie paragraaf 4.3.5.4) of zou het pensioen moeten worden afgestort bij een verzekeringsmaatschappij. Het is dan nog maar de vraag of vader de in het voorbeeld van De Beer gegeven route zou bewandelen.

Toch ben ik van mening dat de werknemerseis zou moeten vervallen. Er worden immers in het geheel geen kwalitatieve en kwantitatieve vereisten aan het dienstverband gesteld. Zo kan ervoor worden gezorgd dat de beoogde begiftigde voor een beperkt aantal uren op de loonlijst komt te staan, waarbij geen werk wordt gedaan op het niveau waarop deze persoon na de schenking moet gaan functioneren. Zo luidt mijn conclusie dat het beter is geen voorwaarde te stellen dan een voorwaarde die niet bij het doel past. Overigens worden bij overlijden van de ab-houder ook geen voorwaarden gesteld. De regering beargumenteert dit door te stellen dat deze eis ook niet wordt gesteld in art. 3.62 Wet IB 2001 (overlijden in de winstsfeer).³²⁶

Tijdens de parlementaire behandeling is nog de vraag aan de orde geweest waarom voor een dividenduitkering na schenking geen soortgelijke bepaling als art. 4.12a Wet IB 2001 is opgenomen. De regering antwoordt hierop het volgende: *'Dat deze maatregel is beperkt tot situaties van vererven, is gelegen in het onvoorziene karakter van het moment van overlijden. Schenken is daartegen een rechtshandeling die welbewust en planmatig plaatsvindt. Zoals ook de Raad van State in zijn advies heeft opgemerkt kunnen in dat geval de beleggingen voorafgaand aan de overdracht krachtens schenking door middel van een dividenduitdeling aan de vennootschap worden onttrokken. Eenzelfde maatregel voor andere gevallen dan overlijdensgevallen is dan ook niet nodig.'*³²⁷ Ik deel dit standpunt. Bij overlijden bestaat de mogelijkheid dat erfgenamen middelen aan de vennootschap moeten onttrekken om de door de erflater verschuldigde belasting te voldoen. Het is dan redelijk de erfgenamen een tegemoetkoming te bieden voor de over het dividend verschuldigde inkomstenbelasting. Bij een schenking is het de schenker die de belastingheffing moet voldoen. Deze kan alvorens tot schenking te besluiten maatregelen treffen hoe de inkomstenbelasting te betalen over het uit de schenking voortvloeiende vervreemdingsvoordeel.³²⁸

326. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 6.

327. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 64.

328. Heithuis (2011), blz. 47-48 verwijst in dit kader nog naar de winstbonusroute. Een belastingplichtige kan op basis van art. 4.13, tweede lid, Wet IB 2001 winstreserves onbelast omzetten in aandelenkapitaal en dit aandelenkapitaal vervolgens onbelast terugbetalen (mits wordt voldaan aan de in art. 4.13, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden). Heithuis vindt het vreemd dat de belastingplichtige dan toch een dividendfaciliteit zoals opgenomen in art. 4.12a Wet IB 2001 wordt onthouden. Ik ben het niet eens met Heithuis. De belastingplichtige moet immers nog wel aan de in art. 4.13, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 opgenomen voorwaarden voldoen. Zo kan de verkrijgingsprijs niet hoog genoeg zijn om aandelenkapitaal onbelast terug te betalen.

4.2.4.5.e *Doelmatigheid*

Voor de toetsing aan doelmatigheid wordt grotendeels verwezen naar paragraaf 4.2.4.3.e (art. 4.17a Wet IB 2001). Ik volsta hier dan ook met de in die paragraaf getrokken conclusies.

Het komt de doelmatigheid ten goede dat alleen het ondernemingsvermogen in de kapitaalvennootschap voor de doorschuiffaciliteit kwalificeert. Dit vermindert de kosten voor de overheid. Daarentegen nemen de administratieve lasten voor de belastingplichtige en de overheid toe. Op het moment van schenking moet, zoals ook bij het overlijden van een ab-houder, een onderscheid worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Dit is een onderscheid dat bij kapitaalvennootschappen buiten de situatie van schenking en overlijden niet hoeft te worden gemaakt.

De doelmatigheid van de faciliteit wordt negatief beïnvloed als gevolg van het feit dat belastingplichtigen gebruikmaken van de faciliteit terwijl er geen liquiditeitsproblemen spelen. Het is zeer de vraag of belastingplichtigen die aandelen schenken, middelen aan de vennootschap moeten onttrekken om de belasting te kunnen betalen.

De in art. 4.17c, derde lid jo. art. 4.17a, zesde lid, ten tweede, Wet IB 2001 opgenomen doelmatigheidsmarge wijs ik af, omdat voor de bepaling hiervan toch de waarde van het ondernemingsvermogen moet worden bepaald.

4.2.4.6 *Tussenconclusie*

In deze tussenconclusie worden de bevindingen uit deze paragraaf in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan aanbevelingen gedaan teneinde tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. De symbolen hebben de volgende betekenis:

- ++ = overtuigend positief
- + = positief
- +/- = neutraal
- = negatief
- = overtuigend negatief

Art. 4.17 Wet IB 2001		
Legitimiteit	De doorschuifmogelijkheid is legitiem indien sprake is van het aangaan van een huwelijk en de aandelen tot een gemeenschap gaan behoren. De oorspronkelijke aandeelhouder blijft bestuursbevoegd.	++
	Bij een echtscheiding is een doorschuifmogelijkheid alleen legitiem indien de aandelen worden toebedeeld aan de echtgenoot die bestuursbevoegd is ten aanzien van de aandelen.	+/-

Neutraliteit	De faciliteit werkt verstorend omdat geen onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Dit geldt wel bij overlijden (art. 4.17a Wet IB 2001).	- -
	Het werkt verstorend dat de langstlevende echtgenoot als erfgenaam moet worden benoemd om bij overlijden van de erflater de doorschuiffaciliteit toe te kunnen passen voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. De langstlevende mag de aandelen niet toegerekend krijgen in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap.	-
Doeltreffendheid	De voorwaarden ten aanzien van de verkrijger (binnenlands belastingplichtig en aandelen mogen niet tot vermogen van onderneming of resultaat uit werkzaamheid gaan behoren) zijn doeltreffend, omdat anders de claim verloren gaat.	+ +
	De termijn van twee jaren waarbinnen de faciliteit kan worden toegepast, acht ik te kort.	-
Doelmatigheid	Indien tot het vermogen van de kapitaalvennootschap beleggingsvermogen behoort, kunnen partijen ertoe worden aangezet de huwelijksgemeenschap reeds tijdens leven te ontbinden om de doorschuiffaciliteit te kunnen benutten. Dit leidt tot onnodige kosten.	- -
	Het is een automatische doorschuifbepaling (met mogelijkheid tot afrekening op grond van art. 4.38 Wet IB 2001). De andere doorschuifbepalingen zijn op verzoek. Naar mijn mening is het duidelijker als alle doorschuifbepalingen op verzoek kunnen worden toegepast.	-
Art. 4.17a Wet IB 2001		
Legitimititeit	Indien geen middelen beschikbaar zijn om de belastingheffing te voldoen, kan het nodig zijn de middelen aan de vennootschap te onttrekken. Dit kan de continuïteit van de vennootschap nadelig beïnvloeden. Aldus is de doorschuiffaciliteit bezien vanuit de overdrager legitiem.	++
	Vanuit de voortzetter bezien is de faciliteit alleen legitiem indien de verkrijging leidt tot een schuld aan de andere erfgenamen die direct opeisbaar is. Het effect is beperkt omdat de toepassing van een doorschuiffaciliteit alleen maar tot een lagere overnamesom leidt.	-
	Indien als gevolg van het overlijden van de echtgenoot van de bestuursbevoegde ab-houder de aandelen toekomen aan deze bestuursbevoegde ab-houder is een doorschuiffaciliteit legitiem.	++
Neutraliteit	Voor ab-houders geldt geen algemene doorschuifmogelijkheid bij leven. Indien er geen mogelijkheid tot schenken is, bestaat de mogelijkheid dat wordt gewacht met de overdracht tot overlijden. Dit werkt verstorend.	- -
	De doorschuiffaciliteit werkt verstorend omdat belastingplichtigen hun gedrag zodanig aanpassen dat sprake is van een kwalificerend aandelenbelang op het moment van overdracht.	- -

Doeltreffendheid	De continuïteit van de vennootschap is erbij gebaat als de middelen ter voldoening van de belastingclaim niet uit de vennootschap hoeven te worden gehaald.	++
	De eis dat de vennootschap een materiële onderneming moet drijven of een medegerechtigdheid moet houden als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 acht ik doeltreffend. Alleen in dat geval speelt het continuïteitsargument een rol.	++
	Het uitsluiten van beleggingsvermogen draagt bij aan de doeltreffendheid van de bepaling. In principe is beleggingsvermogen vrij beschikbaar of kan beschikbaar worden gemaakt.	++
	Vanuit de overdrager bezien is het type ab niet relevant. Het gaat om de continuïteit van de onderneming.	--
	Met de voorwaarde dat bij een overgang krachtens erfrecht onder bijzondere titel de afgifte plaats moet vinden binnen een bepaalde termijn na het overlijden van de erflater, kan ik instemmen.	+
	De voorwaarde dat sprake moet zijn van een binnenlandse verkrijger en dat de aandelen niet mogen gaan behoren tot het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming dan wel tot het resultaat van een werkzaamheid is doeltreffend. De claim voor de Nederlandse overheid gaat anders verloren.	+
	De uitsluiting van preferente aandelen acht ik niet doeltreffend. Het is voldoende als de kapitaalvennootschap gedurende bepaalde periode een materiële onderneming heeft gedreven. Er moeten wel eisen worden gesteld aan de verkrijger.	--
	De uitsluiting van een ab in een kapitaalvennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden acht ik niet doeltreffend. Het is voldoende als de medegerechtigdheid gedurende een bepaalde periode is gehouden. Er moeten wel eisen worden gesteld aan de verkrijger.	--
Doelmatigheid	Ook als er wel middelen in de nalatenschap aanwezig zijn om de belastingheffing te voldoen, kan de doorschuif-faciliteit worden toegepast. De kosten voor de overheid zijn dan hoger dan de opbrengsten. De faciliteit is wel doelmatiger geworden door beleggingsvermogen van de faciliteit uit te sluiten.	--
	Het onderscheid moeten maken op het moment van overlijden tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen maakt de doorschuif-faciliteit ingewikkelder.	-
	De uitsluiting van verschillende aandelenbelangen maakt de regeling gecompliceerd.	-
	De beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen is doelmatig indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag	--

	aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.	
	Ook ten aanzien van art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 zou vanuit doelmatigheidsoogpunt moeten gelden dat met de waardeontwikkeling tussen het moment van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden en de verdeling van de huwelijksgemeenschap (conform art. 4.17b Wet IB 2001) geen rekening hoeft te worden gehouden.	- -
	Art. 4.17b Wet IB 2001	
Legitimiteit	Nu een onderbedeling van een erfgenaam tot een nieuwe vervreemding leidt, kan een doorschuifbepaling niet ontbreken. Voor de eerdere overgang geldt op grond van art. 4.17a immers ook een doorschuifbepaling.	++
	Zie de toetsing bij art. 4.17a Wet IB 2001. De overdrager is hier de onderbedeelde erfgenaam.	
Doeltreffendheid	Zie de toetsing bij art. 4.17a Wet IB 2001.	
	De termijn van twee jaren waarbinnen de faciliteit kan worden toegepast, acht ik te kort.	-
Doelmatigheid	De doorschuiffaciliteit kan worden toegepast indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing. Zie ook de toetsing bij art. 4.17a Wet IB 2001.	- -
	Dat op het moment van de verdeling van de nalatenschap niet opnieuw een onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen acht ik doelmatig.	+
	Art. 4.17c Wet IB 2001	
Legitimiteit	Een schenking kan worden gepland. Dit betreft een bewuste keuze van de overdrager. Het is niet aan de overheid om hier in te grijpen. Ook vanuit de positie van overnemer is er geen reden om in te grijpen. Deze wordt alleen geconfronteerd met schenkbelasting.	- -
Neutraliteit	Een doorschuiffaciliteit bij schenking zorgt ervoor dat belastingplichtigen niet wachten tot het moment van overlijden alvorens over te dragen.	++
	Niet iedere belastingplichtige verkeert in de situatie aandelen te kunnen schenken. In die situatie wordt de versterking niet weggenomen. Belastingplichtigen stellen de overdracht dan wellicht toch uit tot het moment van overlijden.	- -
Doeltreffendheid	Met de doorschuiffaciliteit wordt voorkomen dat een ab-claim tot liquiditeitsproblemen leidt.	++
	De in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen werknemerseis is niet doeltreffend. Er worden geen kwalitatieve of kwantitatieve eisen gesteld. Het is ook nog maar de vraag of zo veel waarde moet worden toegekend aan kennisoverdracht gedurende de driejaarsperiode.	-

Doelmatigheid	Ook als er wel middelen aanwezig zijn om de belastingheffing te voldoen, kan de doorschuiffaciliteit worden toegepast. De kosten voor de overheid zijn dan hoger dan de opbrengsten. De faciliteit is wel doelmatiger geworden door beleggingsvermogen van de faciliteit uit te sluiten.	- -
	Het maken van onderscheid op het moment van overlijden tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen maakt de doorschuiffaciliteit ingewikkelder.	-
	De uitsluiting van verschillende aandelenbelangen maakt de regeling gecompliceerd.	-
	De beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen is doelmatig indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.	- -

4.3 Invorderingsfaciliteiten

4.3.1 Inleiding

Onder invorderingsfaciliteiten worden in dit onderzoek verstaan faciliteiten op basis waarvan uitstel van betaling kan worden verkregen voor belastingschulden voortvloeiend uit bedrijfsoverdrachten. Deze faciliteiten zijn opgenomen in art. 25 IW 1990. In het kader van dit onderzoek zijn alleen die invorderingsfaciliteiten relevant die betrekking hebben op bedrijfsoverdrachten. De toetsing vindt eerst plaats voor de voor de winstgenieter geldende invorderingsfaciliteiten. Dit betreft allereerst de in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 invorderingsfaciliteit voor overlijdenswinst (paragraaf 4.3.2). Daarnaast geldt op grond van art. 25, achttiende lid, IW 1990 voor de winstgenieter een faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling kan worden verkregen indien de onderneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning (paragraaf 4.3.3). De ab-houder krijgt op basis van art. 25, negende lid, IW 1990 allereerst uitstel van betaling voor de belastingschuld indien hij aandelen verkoopt tegen schuldigerkenning (paragraaf 4.3.4). Vervolgens geldt op grond van art. 25, elfde lid, IW 1990 een faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling wordt geboden bij een indirecte overdracht van ab-aandelen indien de overdracht plaatsvindt tegen een tegenprestatie lager dan de waarde in het economische verkeer (paragraaf 4.3.5). De hiervoor genoemde belastingschulden kwalificeren op grond van art. 5.3, derde lid, onderdeel b, Wet IB 2001 niet als schuld in box 3, overigens naar mijn mening ten onrechte. In een belastingheffing naar draagkracht moet met dergelijke schulden in box 3 rekening worden gehouden.

De invorderingsfaciliteiten betrekking hebbende op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting komen in hoofdstuk 5 aan de orde. Met

een verplichting inzake de erfbelasting mag in box 3 wel rekening worden gehouden (art. 5.3, derde lid, onderdeel c, Wet IB 2001).

In de volgende paragrafen worden de hiervoor genoemde faciliteiten, zoals dat hiervoor ook is gedaan voor doorschuiffaciliteiten, getoetst aan de in paragraaf 1.4 benoemde criteria. Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 4.3.6). In deze tussenconclusie zijn de bevindingen per invorderingsfaciliteit opgenomen.

4.3.2 *Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst winstgenieter*

4.3.2.1 *Werking bepaling*

Op grond van art. 3.58, eerste lid, Wet IB 2001 moet bij overlijden worden afgerekend over de in de onderneming begrepen stille reserves (inclusief goodwill) en fiscale reserves (zie paragraaf 3.2.4.3.b). In paragraaf 4.2.3.3 is aan de orde geweest dat de belastingplichtige in een dergelijke situatie, onder voorwaarden, gebruik kan maken van een doorschuiffaciliteit (art. 3.62 Wet IB 2001). Door in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 ook een invorderingsfaciliteit op te nemen, is het aan de belastingplichtige van welke faciliteit hij gebruik wil maken. Art. 25, zeventiende lid, IW 1990 is opgenomen als vervanging van het bijzondere tarief van 20% onder de Wet IB 1964 (zie de analyse hierna). Uit de parlementaire behandeling die heeft geleid tot de invoering van genoemde bepaling in de IW 1990 heb ik niet kunnen afleiden of de regering overwogen heeft om een keuze te maken tussen beide typen faciliteiten. In paragraaf 6.3.1.3.b beoordeel ik of het wenselijk is dat beide faciliteiten naast elkaar bestaan.

Omdat in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 wordt verwezen naar art. 3.58 Wet IB 2001 kan ook de medegerechtigde (art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001) en, via de verwijzing in art. 3.95 Wet IB 2001, degene die onder art. 3.90 Wet IB 2001 dan wel onder de terbeschikkingstellingsbepalingen (art. 3.91 en 3.92 Wet IB 2001) valt gebruikmaken van deze invorderingsfaciliteit.

De erfgenamen moeten een schriftelijk verzoek doen om uitstel van betaling te verkrijgen. Het uitstel eindigt uiterlijk op de dag waarop sedert de vervaldag van de voor de belastingaanslag geldende enige of laatste betalingstermijn tien jaar is verstreken. Het uitstel wordt niet beëindigd als zich een omstandigheid voordoet als bedoeld in art. 10 IW 1990 (versnelde invordering).³²⁹

Er wordt gedurende de periode van het uitstel geen invorderingsrente berekend (art. 28, derde lid, IW 1990). Het al dan niet in rekening brengen van invorderingsrente is een belangrijk element bij invorderingsfaciliteiten. Bij de toetsing komt het al dan niet renteloos zijn van de invorderingsfaciliteit aan de orde.

4.3.2.2 *Legitimiteit*

Invorderingsfaciliteiten zijn bij uitstek instrumenten die aansluiten bij liquiditeitsproblemen. Ze lossen, in ieder geval tijdelijk, een uit de belastingheffing

329. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.1.5.

voortvloeiend liquiditeitsprobleem op. Belastingplichtigen wordt de tijd geboden ervoor te zorgen dat voldoende liquide middelen beschikbaar komen om de belasting te voldoen. Aldus geldt dat invorderingsfaciliteiten in essentie legitiem zijn. Dit geldt ook voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit indien de winstgenieter komt te overlijden.

Voorts is bij de toetsing aan legitimiteit van belang of gedurende de periode dat uitstel wordt verleend invorderingsrente is verschuldigd. De hoofdregel is dat invorderingsrente verschuldigd is.³³⁰ Op grond van art. 28, derde lid, IW 1990 is dit niet het geval voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit. Het renteloos uitstel van betaling verlenen moet worden gezien als overheidsingrijpen.³³¹ Dit is ook in deze situatie alleen gerechtvaardigd indien sprake is van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Om een gebrekkig werkende markt te corrigeren, is het renteloos zijn van een faciliteit evenwel niet nodig. In het geval van art. 25, zeventiende lid, IW 1990 ligt de situatie iets anders. Met de faciliteit heeft de regering naast het feit dat belastingplichtigen langer de tijd hebben de belastingschuld te voldoen ook als doel genoemd het verminderen van de belastingdruk.³³² De regering heeft de invorderingsfaciliteit ingevoerd ter vervanging van het bijzondere tarief van 20%. Dit aspect komt hierna nog aan de orde bij de toetsing aan het doeltreffendheids criterium. Nadeel van renteloze invorderingsfaciliteiten is voorts nog dat zij een aanzuigende werking hebben. Belastingplichtigen gaan van de faciliteit gebruikmaken terwijl zij dit niet gedaan zouden hebben indien de faciliteit rentedragend zou zijn. Naar mijn mening moet de renteloosheid van invorderingsfaciliteiten daarom worden afgewezen.

4.3.2.3 Gelijkheid

Toetsing aan mensenrechtenverdragen

In deze paragraaf is allereerst de vraag aan de orde of belastingplichtigen die geen onderneming drijven en daarom geen toegang hebben tot deze invorderingsfaciliteit kunnen stellen dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Of sprake is van gelijke gevallen moet worden beoordeeld vanuit het doel van de regeling. De faciliteit geldt met ingang van 1 januari 2001 en is ingevoerd ter compensatie van het vervallen van het zogenoemde bijzondere overlijdens-tarief voor ondernemers (was destijds 20%).³³³ Het bijzondere tarief had tot doel de gelijktijdige heffing van inkomsten- en erfbelasting te matigen.³³⁴

Zijn andere belastingplichtigen waarbij bij overlijden vermogenswinsten in de heffing worden betrokken, en waarbij art. 25, zeventiende lid, IW 1990 niet kan worden toegepast, aan te merken als gelijke gevallen? Dit kan alleen

330. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 17.

331. Zie ook McDaniel en Surrey (1985), blz. 44-45.

332. NR, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 5.

333. MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, blz. 47.

334. Brief van het Ministerie van Financiën van 5 juni 2001, nr. WDB 2001/370 inzake kabinets-standpunt herziening Successiewet 1956, paragraaf 2.3.3.5, V-N 2001/33.3 en NR, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 5.

belastingplichtigen betreffen waarbij de vermogenswinsten worden begrepen in het belastbaar inkomen uit ab.³³⁵

Vanuit het doel van de regeling zijn winstgenieters en ab-houders naar mijn mening aan te merken als gelijke gevallen. Ab-houders hadden tot 1 januari 2001 ook toegang tot een speciale faciliteit voor krachtens erfrecht opgekomen niet ter beurse genoteerde eigen aandelen.³³⁶ Het tarief bedroeg 20%. Met ingang van 1 januari 2001 worden alle voordelen tegen een tarief van 25% in de heffing betrokken. Voor de stijging van het tarief van 20% naar 25% zijn destijds geen voorzieningen getroffen. Naar mijn mening is er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van winstgenieters en ab-houders. Voor winstgenieters werd het proportionele tarief van 20% vervangen door een progressief tarief. Dit is niet te vergelijken met de stijging van het proportionele tarief van 20% naar 25% waarmee ab-houders werden geconfronteerd. Ook kunnen ab-houders met ingang van 1 januari 2010 gebruikmaken van art. 4.12a Wet IB 2001. Op grond van deze bepaling worden in het geval van een vererfd belang reguliere voordelen binnen een periode van twee jaar na overlijden niet in de heffing betrokken, maar op de verkrijgingsprijs afgeboekt (zie voor deze faciliteit nader paragraaf 4.2.4.3.d). Ondanks dat geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel wordt in paragraaf 6.2.1.4. a ingegaan op de vraag of een invorderingsfaciliteit bij overlijden van de abhouder op andere gronden aanvaardbaar is.

Toetsing aan het draagkrachtbeginsel

De vraag die in dit onderdeel aan de orde komt, is of een invorderingsfaciliteit de toets aan het draagkrachtbeginsel kan doorstaan. Hierbij is van belang dat de belastingplichtige in tegenstelling tot situaties waarbij gebruik wordt gemaakt van een doorschuiffaciliteit uiteindelijk zelf de belastingclaim moet voldoen. Op dit punt kunnen invorderingsfaciliteiten de toets aan het draagkrachtbeginsel doorstaan.

Negatief element is dat geen invorderingsrente is verschuldigd. Het renteloos maken van een invorderingsfaciliteit maakt de belasting degressief van karakter. De effectieve belastingdruk wordt verlaagd.

4.3.2.4 *Neutraliteit*

Art. 25, zeventiende lid, IW 1990 is een renteloze invorderingsfaciliteit. Het renteloos zijn van een invorderingsfaciliteit heeft een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen de faciliteit vaker gaan benutten dan wanneer de desbetreffende invorderingsfaciliteit rentedragend zou zijn. Verder zijn er naar

335. Belastingplichtigen die op grond van afdeling 3.4 Wet IB 2001 resultaat uit werkzaamheid genieten worden bij overlijden eveneens belast op grond van art. 3.58 Wet IB 2001. Zij kunnen dus ook een beroep doen op de in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit.

336. Zie uitgebreid Heithuis (1999), paragraaf 5.10.1.

mijn mening geen elementen te onderkennen die de neutraliteit negatief beïnvloeden.

4.3.2.5 Doeltreffendheid

De in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit dient ter compensatie van het vervallen van het bijzondere tarief van 20% voor overlijdenswinsten. In de parlementaire behandeling bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 is aangegeven dat de bijzondere tarieven mede konden vervallen omdat over de gehele linie de tarieven verlaagd werden.³³⁷ In dat kader is het opmerkelijk dat het bijzondere tarief toch is vervangen door een invorderingsfaciliteit voor winstgenieters.³³⁸ Vanuit dit gezichtspunt is de faciliteit niet doeltreffend. Indien een bijzonder tarief wenselijk wordt geacht, moet dit naar mening niet op een indirecte wijze worden geregeld.³³⁹ Overigens ben ik geen voorstander van een bijzonder tarief (zie voor de onderbouwing paragraaf 3.2.5).³⁴⁰ In ieder geval heeft de regering met de combinatie van het uitstel en het renteloze karakter van de faciliteit beoogd het bijzondere tarief te benaderen. Gerekend met een rekenrente van 4% is het effectieve tarief, uitgaande van een uitstelperiode van tien jaar, volgens het kabinet 35%.³⁴¹ Effectief is dit tarief hoger, omdat met de belastingschuld geen rekening mag worden gehouden in box 3 (zie paragraaf 4.3.1). Bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel is ook nog aan de orde geweest dat het bijzondere tarief mede tot doel had de gelijktijdige heffing van inkomsten- en (de inmiddels zogenoemde) erfbelasting te matigen.³⁴² In dit kader kan worden opgemerkt dat als gevolg van de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting (art. 35b SW 1956) het heel goed mogelijk is dat ter zake van de verkrijging van het ondernemingsvermogen geen heffing van erfbelasting plaatsvindt. In dat opzicht is de faciliteit minder doeltreffend.

Het uitstel wordt verleend voor de duur van tien jaar. Het is moeilijk te zeggen of een periode van tien jaar doeltreffend is. Naar mijn weten is de keuze voor een periode van tien jaar niet onderbouwd. Ik conformeer me hier aan de periode van tien jaar, omdat iedere andere termijn eveneens discutabel is.

De vraag is vervolgens wat de invloed is van de in een faciliteit opgenomen voorwaarden op de doeltreffendheid. In art. 25, zeventiende lid, IW 1990 wordt als enige voorwaarde gesteld dat moet worden ingestemd met door de ontvanger nader te stellen voorwaarden. Hieraan is, zo ver ik dat heb kunnen nagaan, tot op heden geen uitvoering gegeven. Er hoeft ook geen zekerheid te

337. NR, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. A, blz. 99-100.

338. Zo ook advies RvS, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 4.

339. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 100.

340. Anders Essers (2003b).

341. Brief van het Ministerie van Financiën van 5 juni 2001, nr. WDB 2001/370 inzake kabinetsstandpunt herziening Successiewet 1956, paragraaf 2.3.3.5, V-N 2001/33.3.

342. Brief van het Ministerie van Financiën van 5 juni 2001, nr. WDB 2001/370 inzake kabinetsstandpunt herziening Successiewet 1956, paragraaf 2.3.3.5, V-N 2001/33.3 en NR, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 5.

worden gesteld.³⁴³ Het feit dat de overheid geen zekerheid eist, vergroot het risico voor de overheid dat de belasting niet kan worden betaald. In paragraaf 6.2.1.3.a wordt aan dit aspect aandacht besteed.

4.3.2.6 *Doelmatigheid*

De regering heeft, zoals hiervoor aangegeven, berekend dat bij een rekenrente van 4% het effectieve tarief voor overlijdenswinsten in box 1 35% bedraagt. Uitgaande van het doel het bijzondere tarief van 20% te vervangen door een renteloze invorderingsfaciliteit is de faciliteit in dat opzicht doelmatig.

De doelmatigheid van de faciliteit wordt negatief beïnvloed omdat ook uitstel van betaling kan worden verkregen indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen. Idealiter zou alleen uitstel van betaling moeten worden verleend indien geen liquide middelen vrijkomen of kunnen worden gemaakt om de belasting te voldoen. Indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen is een invorderingsfaciliteit ook niet nodig. Probleem is hier evenwel vast te stellen welke voorwaarden gesteld moeten worden indien invorderingsfaciliteiten alleen zouden worden verleend bij liquiditeitsproblemen. Dit is niet eenvoudig. In paragraaf 6.2.1.3.a worden hiertoe aanbevelingen gedaan.

De doelmatigheid van de faciliteit wordt verder negatief beïnvloed als gevolg van het feit dat de Belastingdienst de belastingschuld gedurende een lange periode moet blijven volgen. Dit is bij een bijzonder tarief niet aan de orde.

4.3.3 *Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende een IB-onderneming*

4.3.3.1 *Werking bepaling*

In de vorige paragraaf is de renteloze invorderingsfaciliteit aan de orde geweest waarop bij overlijden van een winstgenieter, waaronder de medegerechtigde,³⁴⁴ aanspraak kan worden gemaakt. Een andere in het kader van een bedrijfsoverdracht geldende invorderingsfaciliteit is die waarbij een onderneming (of een gedeelte van een onderneming) wordt overgedragen en de overdrachtprijs (gedeeltelijk) schuldig wordt gebleven. De faciliteit is opgenomen in art. 25, achtttiende lid, IW 1990. Het uitstel geldt alleen voor de belasting die is toe te rekenen aan vermogensbestanddelen die worden overgedragen aan de voortzetter (natuurlijk persoon).

De belastingschuldige moet een schriftelijk verzoek doen om uitstel van betaling te krijgen³⁴⁵ en zekerheid stellen. Het uitstel geldt voor de duur van

343. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.10.

344. Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 3.

345. Op grond van art. 5b, eerste lid, Uitv.reg. IW 1990 moet een afschrift worden overgelegd van de op de overdracht betrekking hebbende overeenkomst. Uit de overeenkomst moet blijken welk deel van de overdrachtprijs is schuldig gebleven, wat de duur van de overeengekomen aflossingsperiode is en in welke termijnen de overdrachtprijs wordt voldaan.

de overeengekomen aflossingsperiode maar uiterlijk tot het begin van het tiende jaar na afloop van het kalenderjaar waarop de belastingaanslag betrekking heeft. Het uitstel wordt beëindigd op basis van de in het negentiende lid van art. 25 IW 1990 weergegeven regels. Allereerst gebeurt dit aan het begin van elk kalenderjaar voor een evenredig gedeelte. Verder is dit aan de orde bij faillissement van de belastingschuldige, indien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van de belastingschuldige van toepassing is en in geval van overlijden van de belastingschuldige (art. 25, negentiende lid, onderdelen a-c, IW 1990). Deze beëindigingsgronden komen ook voor in sommige andere invorderingsfaciliteiten. Opmerkelijk is wel dat deze niet zijn opgenomen in de in de volgende paragrafen te behandelen invorderingsfaciliteiten voor ab-houders. De specifiek voor de in deze paragraaf te toetsen faciliteit geldende beëindigingsgronden, en de andere voor dit artikellid geldende voorwaarden, komen bij de toetsing aan doeltreffendheid aan de orde.

Er wordt gedurende de periode van het uitstel geen invorderingsrente berekend (art. 28, derde lid, IW 1990).

4.3.3.2 Legitimiteit

Bij een overdracht tegen schuldigerkenning komen bij de overdrager geen of onvoldoende middelen uit de bedrijfsoverdracht vrij om de belasting te voldoen. Dit kan de uiteindelijke overdracht belemmeren als deze om die reden geen doorgang kan vinden. Overheidsingrijpen kan legitiem zijn als de overnemer elders de financiering niet rond kan krijgen.

Voorts speelt bij de toetsing aan legitimiteit een belangrijke rol of gedurende de periode dat uitstel wordt verleend invorderingsrente is verschuldigd. Ook voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit geldt dat deze renteloos is (art. 28, derde lid, IW 1990). Bij de toetsing van de invorderingsfaciliteit voor winstgenieters bij overlijden heb ik geconcludeerd dat het renteloos zijn van invorderingsfaciliteit niet legitiem is. Zie voor de motivering hiervoor paragraaf 4.3.2.2.

4.3.3.3 Gelijkheid

Toetsing aan mensenrechtenverdragen

Het is hier eerst relevant of belastingplichtigen die geen IB-onderneming drijven en daarom geen toegang hebben tot een invorderingsfaciliteit bij overdracht tegen schuldigerkenning kunnen stellen dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Hier wordt allereerst de vergelijking getrokken met ab-houders. Voor deze groep geldt op grond van art. 25, negende lid, IW 1990 een invorderingsfaciliteit indien een ab wordt overgedragen en de koper de tegenprestatie schuldig blijft (zie paragraaf 4.3.4). De voorwaarden om deze faciliteit toe te kunnen passen wijken af van die voor winstgenieters. Zo gelden andere regels voor beëindiging van het uitstel. Vanuit het doel van de regeling zijn ab-houders en winstgenieters aan te merken als gelijke gevallen. De vraag is

vervolgens of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling. Daarbij dient het oordeel van de regering te worden geëerbiedigd tenzij dat van redelijke grond ontbloomt is (EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, zaak M.A. en anderen tegen Finland, V-N 2003/52.2). In de hier aan de orde zijnde situatie is daarvan naar mijn mening geen sprake. Beide groepen hebben recht op een invorderingsfaciliteit; het zijn alleen de voorwaarden die verschillen. Er is geen strijd met het gelijkheidsbeginsel. Een andere groep die in de vergelijking behoort te worden betrokken zijn personen die vallen onder het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (resultaatgenieters). Dit betreft belastingplichtigen die op grond van art. 3.90 Wet IB 2001 werkzaamheden verrichten en belastingplichtigen die vermogensbestanddelen ter beschikking stellen op grond van art. 3.91 dan wel art. 3.92 Wet IB 2001. Naar mijn mening zijn winstgenieters en resultaatgenieters geen gelijke gevallen. De in art. 25, achtste lid, Wet IB 2001 opgenomen faciliteit is gericht op bedrijfsoverdrachten. Daarvan is bij resultaatgenieters geen sprake. Voor belastingplichtigen die onder de terbeschikkingstellingsbepalingen vallen geldt een invorderingsfaciliteit indien een terbeschikkingstelling van een zaak wordt beëindigd en deze zaak is vervreemd waarbij de koper de overdrachtprijs is schuldig gebleven (art. 25, veertiende lid, onderdeel b, IW 1990).³⁴⁶ Voor deze invorderingsfaciliteit geldt dat uitstel van betaling wordt verkregen voor de duur van ten hoogste tien jaar. Van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen is naar mijn mening geen sprake. Beide groepen hebben recht op een invorderingsfaciliteit; het zijn alleen de voorwaarden die verschillen. Overigens geldt voor art. 25, veertiende lid, IW 1990 dat wel invorderingsrente is verschuldigd gedurende de periode van het uitstel. Aangezien deze faciliteit hier niet wordt getoetst, wordt aan dit aspect verder geen aandacht geschonken. Van schending van het gelijkheidsbeginsel is naar mijn mening ook geen sprake indien winstgenieters worden vergeleken met resultaatgenieters die onder art. 3.90 Wet IB 2001 vallen. Voor deze groep geldt geen invorderingsfaciliteit indien vermogensbestanddelen worden vervreemd. Het verschil met het drijven van een onderneming is evenwel te groot om van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen te kunnen spreken.

Toetsing aan het draagkrachtbeginsel

Het is de overdrager die de belasting uiteindelijk moet voldoen. Ook deze invorderingsfaciliteit kan de toets aan het draagkrachtbeginsel doorstaan. Dit geldt niet voor het renteloze karakter van de faciliteit. Zie uitgebreider paragraaf 4.3.2.3.

346. De invorderingsfaciliteit geldt ook in andere situaties, maar die zijn in dit kader niet relevant. Zie daarvoor de tekst van art. 25, veertiende lid, IW 1990.

4.3.3.4 Neutraliteit

In paragraaf 4.3.2.4 is aangegeven dat het renteloos maken van invorderingsfaciliteiten een aanzuigende werking heeft. Dat geldt ook voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit waarbij een onderneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning. Voorts werkt de faciliteit naar mijn mening verstorend omdat belastingplichtigen ertoe worden aangezet de aflossingstermijn op tien jaren te stellen. Het maximale aantal jaren waarvoor uitstel wordt verleend is tien, maar dit wordt minder indien de aflossingsperiode korter wordt gesteld.

4.3.3.5 Doeltreffendheid

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat *'met deze regeling wordt beoogd een faciliteit in het leven te roepen die enerzijds is gericht op de overdragende partij en anderzijds op de overnemende partij die als gevolg van de faciëring bij de overdragende partij in staat moet worden geacht eenvoudiger de financiering van de koopsom te kunnen realiseren'*.³⁴⁷ Voor de overnemer kan een financieringsprobleem worden opgelost en de overdrager wordt voor de bereidheid tot het overdragen tegen schuldigerkenning gecompenseerd met de mogelijkheid tot uitstel van betaling van de inkomstenbelasting. Het renteloze karakter van de faciliteit maakt het beroep op de invorderingsfaciliteit voor de overdrager aantrekkelijker. In dit opzicht is de faciliteit doeltreffend. Toch is het bereik van de faciliteit beperkt. Buiten de familiekring ligt het als gevolg van de daaraan verbonden risico's minder voor de hand een onderneming tegen schuldigerkenning over te dragen.

Bij de in de vorige paragraaf besproken invorderingsfaciliteit bij overlijden van de winstgenieter is aan de orde geweest dat indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen een invorderingsfaciliteit ook niet nodig is (paragraaf 4.3.2.6). De continuïteit van de onderneming wordt niet bedreigd. Er hoeven geen middelen aan de onderneming te worden onttrokken. Voor de hier te toetsen faciliteit is de analyse evenwel een andere. Hier kan zich de situatie voordoen dat de onderneming niet kan worden overgedragen indien de overnemer de koopprijs niet schuldig kan blijven. Dit kan de continuïteit van de onderneming schaden. Het kan nog wel zo zijn dat de overdrager over andere middelen beschikt waarmee de belastingclaim kan worden betaald. In paragraaf 6.2.1.3.b wordt een voorstel gedaan op welke wijze naar mijn mening hiermee rekening zou moeten worden gehouden.

Vervolgens is het de vraag of de in de faciliteit opgenomen voorwaarden bijdragen aan de doeltreffendheid van de regeling. De eerste voorwaarde is dat voldoende zekerheid wordt gesteld. De hoogte van de zekerheidsstelling moet steeds gelijk zijn aan de actuele waarde van de fiscale claim.³⁴⁸ In de toelichting op het amendement dat heeft geleid tot de invoering van de hier te toetsen

347. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. C, blz. 8.

348. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.1.4.

faciliteit is aangegeven dat in voorkomende gevallen ook zekerheid kan worden gesteld door het aan de ontvanger verpanden van (een deel van) de vordering op de koper.^{349, 350} Daarmee zal de voorwaarde dat zekerheid moet worden verstrekt niet tot al te veel problemen leiden.³⁵¹ Met deze vorm van zekerheid loopt de overheid wel risico. In paragraaf 6.2.1.3.b wordt aan dit element aandacht besteed.

De faciliteit geldt alleen indien wordt overgedragen aan een natuurlijk persoon. Indien de onderneming ook aan een kapitaalvennootschap tegen schuldigerkenning zou kunnen worden overgedragen zou tevens een ruisende inbreng in een eigen vennootschap worden gefaciliteerd. Dit sluit niet aan bij de bedoeling van de faciliteit, zijnde het faciliteren van de overgang naar een, in economisch opzicht, ander subject, aldus de parlementaire geschiedenis.³⁵² Hier kan ik mee instemmen. In dat kader is het te prefereren de overdracht aan een kapitaalvennootschap alleen dan niet toe te staan indien de oorspronkelijke ondernemer direct of indirect aandeelhouder wordt in de kapitaalvennootschap waaraan wordt overgedragen. Naar mijn mening moet daarentegen elke andere overnemer zelf kunnen beslissen in welke rechtsvorm deze de onderneming gaat uitoefenen. In art. 25, negentiende lid, derde volzin, IW 1990 is evenwel bepaald dat ingeval de overnemer de onderneming staakt de ontvanger het uitstel kan beëindigen. De vraag is hoe het begrip staking moet worden uitgelegd. Bij een ruisende inbreng in een kapitaalvennootschap wordt immers gestaakt. Dit zou betekenen dat de overnemer de onderneming gedurende de periode van het uitstel niet ruisend zou kunnen inbrengen zonder dat de overdrager de faciliteit verliest. In de Leidraad Invordering 2008 is evenwel opgenomen dat *'(...) als de onderneming na de overdracht wederom is gestaakt en de overnemer als gevolg daarvan voldoende liquide middelen heeft verkregen om de verschuldigde overdrachtprijs te kunnen voldoen'* de ontvanger het uitstel beëindigt.³⁵³ Dit duidt erop dat het inbrengen door de overnemer van de onderneming in een kapitaalvennootschap geen gevolgen zou hebben voor het uitstel van de overdrager, mits dit tegen schuldigerkenning gebeurt. Dat het uitstel van betaling wordt beëindigd indien de overnemer de ondernemingsactiviteiten daadwerkelijk staakt is overigens reëel. Er mag in die situatie worden verondersteld dat de overnemer zijn schuld aan de overdrager aflost. Het is aan de overdrager contractueel te regelen dat de overnemer bij staking van de onderneming zijn schuld aflost.

In de parlementaire behandeling is verder nog aangegeven dat voor de beperking van een overdracht aan een natuurlijke persoon bewust is aangesloten

349. Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 3.

350. Zie ook nog paragraaf 34.2.1 van de Instructie en Belastingdeurwaarders waar andere vormen van zekerheid worden genoemd (http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/instructie_invordering_en_belastingdeurwaarders_ov0211z336fd.pdf), geraadpleegd op 15 juli 2013.

351. Zie ook Poot (2005).

352. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. C, blz. 9-10.

353. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.11.

bij de systematiek van art. 3.63 Wet IB 2001 (doorschuiffaciliteit aan een medeondernemer of werknemer).³⁵⁴

De mogelijkheid tot het verkrijgen van uitstel is beperkt tot de in het kader van de overdracht begrepen vermogensbestanddelen (art. 25, achttiende lid, tweede volzin, IW 1990). Het uitstel geldt dus allereerst niet voor vermogensbestanddelen die onttrokken zijn naar privé. De regering heeft een faciliteit willen verlenen voor de situatie waarbij de onderneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning. Het is dan in lijn met het doel van de regeling geen uitstel te verlenen voor de belastingclaim rustende op niet-overgedragen vermogensbestanddelen. Dit geldt ook voor de fiscale reserves (art. 3.53 Wet IB 2001) en de terugkeerreserve (art. 3.54 a Wet IB 2001).³⁵⁵ De herinvesteringsreserve en de egalisatiereserve kunnen nog wel betrekking hebben op in de overdracht begrepen vermogensbestanddelen. Ze kunnen zelf evenwel niet worden overgedragen. Het uitstel ziet dan ook naar mijn mening terecht niet op de stakingswinst toerekenbaar aan de vrijval van de fiscale reserves en terugkeerreserve.

De duur van het uitstel wordt in principe bepaald door de aflossingsperiode maar dit geldt uiterlijk tot het begin van het tiende jaar na afloop van het jaar waarin de stakingswinst is verantwoord (art. 25, achttiende lid, derde volzin, IW 1990). Ik schrijf hier in principe omdat de duur van het uitstel ook afhankelijk is van het moment van de voor de belastingaanslag geldende enige of laatste betalingstermijn.³⁵⁶ Op het moment van het verstrijken van deze betalingstermijn moet het op dat moment schuldig gebleven gedeelte van de overdrachtsprijs worden gedeeld door de totale overdrachtsprijs en de uitkomst hiervan worden vermenigvuldigd met het bedrag van de belastingsschuld. Vervolgens wordt het uitstel evenredig beëindigd, te beginnen bij de aanvang van het eerste kalenderjaar volgend op het kalenderjaar waarin de voor de aanslag geldende enige of laatste betalingstermijn vervalt (art. 25, negentiende lid, eerste volzin, IW 1990). Indien versneld wordt afgelost, heeft dit gevolgen voor het uitstel (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel d, IW 1990).³⁵⁷ Na de versnelde aflossing moet opnieuw worden berekend hoeveel het uitstel op dat moment mag bedragen. Verder ziet art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel e, IW 1990 nog op de situatie waarbij de overnemer minder aflost dan het wettelijk veronderstelde evenredige aflossingsschema en de belastingschuldige pas later een belastingaanslag krijgt opgelegd.³⁵⁸

Naar mijn mening dragen bovengenoemde bepalingen bij aan de doeltreffendheid van de invorderingsfaciliteit. De regering wil alleen uitstel van betaling verlenen bij overdracht tegen schuldigerkenning en veronderstelt

354. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. C, blz. 9.

355. Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 3.

356. Zie de voorbeelden 4 en 5 in Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 5-6.

357. Op grond van art. 5b, derde lid, Uitv.reg. IW 1990 moet de ontvanger bij versnelde aflossing hiervan onverwijld schriftelijk in kennis worden gesteld.

358. Zie voorbeeld 6 in Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 6-7.

daarbij een maximale aflossingsperiode. Een maximale aflossingsperiode van tien jaar acht ik een goede keuze. Dit is in de praktijk niet ongebruikelijk. Indien er vervolgens versneld wordt afgelost of minder wordt afgelost, heeft dit gevolgen voor het bedrag waarvoor uitstel wordt gekregen.

De in art. 25, negentiende lid, IW 1990 opgenomen voorwaarde dat het uitstel wordt beëindigd indien de belastingschuldige overlijdt, acht ik niet doeltreffend. Indien partijen blijven voldoen aan de voorwaarden is het niet nodig het uitstel te beëindigen.³⁵⁹ In paragraaf 6.2.1.3.b wordt een aanpassing voorgesteld.

4.3.3.6 *Doelmatigheid*

In algemene zin geldt dat invorderingsfaciliteiten doelmatig zijn. De belastingclaim blijft in stand. Dit is alleen anders indien de belastingplichtige op een later moment niet meer in staat is aan zijn verplichtingen te voldoen. In die zin loopt de overheid een risico indien een belastingplichtige bij het ontstaan van de belastingschuld wel in staat zou zijn geweest aan zijn verplichtingen te voldoen en op een later moment niet meer. De doelmatigheid van deze faciliteit wordt verder negatief beïnvloed door het renteloze karakter van de faciliteit. Het doel van de overheid is de belastingschuldige uitstel van betaling te bieden om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen. Door geen invorderingsrente te berekenen, krijgt de belasting-schuldige een voordeel dat niet nodig is om het doel te bereiken.

Negatief op de doelmatigheid van de faciliteit werkt nog het gegeven dat uitstel van betaling kan worden verkregen ook indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen bij de belastingschuldige. Zie uitgebreider paragraaf 4.3.2.6.

Verder geldt vanuit het oogpunt van de belastingplichtige dat aan de doelmatigheid van de faciliteit afbreuk wordt gedaan door het ingewikkelde karakter van de regeling. Dit betreft de in art. 25, negentiende lid, IW 1990 genoemde situaties waarvoor geldt dat het uitstel (gedeeltelijk) wordt beëindigd. Vanuit de gedachte dat de regering bij het verlenen van uitstel van betaling rekening wil houden met de aflossingen is deze keuze begrijpelijk. Veelal betekent dit dat de wetgeving ingewikkelder wordt.

Conform hetgeen in paragraaf 4.3.2.6 uiteen is gezet, geldt dat de doelmatigheid van de faciliteit verder negatief wordt beïnvloed als gevolg van het feit dat de Belastingdienst de belastingschuld gedurende een lange periode moet blijven volgen.

359. Dit is anders indien de erfenis door geen van de erfgenamen wordt aanvaard. Dit is echter bij andere belastingschulden niet anders.

4.3.4 *Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende ab-aandelen*

4.3.4.1 *Werking bepaling*

Ook voor ab-houders geldt dat zij in bepaalde situaties gebruik kunnen maken van invorderingsfaciliteiten. In deze paragraaf is aan de orde de faciliteit op basis waarvan, onder voorwaarden, uitstel van betaling kan worden verkregen indien tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen worden vervreemd³⁶⁰ waarbij de tegenprestatie schuldig wordt gebleven (art. 25, negende lid, IW 1990). De koper moet een natuurlijk persoon zijn of een rechtspersoon waarvan alle aandelen worden gehouden door een natuurlijk persoon. Deze eis komt aan de orde bij toetsing aan doeltreffendheid. In tegenstelling tot de in de Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteiten voor ab-houders behoeft bij toepassing van deze invorderingsfaciliteit geen onderscheid te worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen (dit geldt ook voor de in de volgende paragraaf te toetsen invorderingsfaciliteit voor indirecte belangen).

De belastingschuldige moet een schriftelijk verzoek doen om uitstel van betaling te krijgen en instemmen met door de ontvanger nader te stellen voorwaarden (art. 3, eerste lid, Uitv.reg. IW 1990). Het uitstel houdt in dat de verschuldigde belasting kan worden voldaan in tien gelijke jaarlijkse termijnen, waarvan de eerste termijn zes weken na dagtekening van het aanslagbiljet vervalt en elk van de volgende termijnen telkens een jaar later (art. 3, derde lid, Uitv.reg. IW 1990). Versnelde invordering vindt plaats als zich een situatie voordoet als genoemd in paragraaf 25.1.4 Leidraad Invordering 2008. Dit is onder andere aan de orde als zich een omstandigheid voordoet als bedoeld in art. 10 IW 1990.³⁶¹

Het uitstel wordt beëindigd indien aflossingen plaatsvinden dan wel de koper de aandelen of winstbewijzen vervreemdt of wanneer daaruit reguliere voordelen van substantiële omvang worden genoten. Zie nader de toetsing aan doeltreffendheid.

4.3.4.2 *Legitimiteit*

Bij een overdracht tegen schuldigerkenning komen bij de overdrager geen of onvoldoende middelen uit de bedrijfsoverdracht vrij om de belasting te voldoen. Dit kan een reden zijn voor de overheid om in te grijpen. De continuïteit van de onderneming kan worden bedreigd. Niet omdat de middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken, maar omdat het risico bestaat dat de overdracht niet doorgaat als de overdracht niet tegen schuldigerkenning kan plaatsvinden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de overnemer de financiering elders niet rond kan krijgen.

360. In art. 25, tiende lid, IW 1990 wordt toegelicht hetgeen onder 'vervreemding' moet worden verstaan.

361. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.1.5.

Voorts speelt bij de toetsing aan legitimiteit een belangrijke rol of gedurende de periode dat uitstel wordt verleend invorderingsrente is verschuldigd. Ook voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit geldt dat deze renteloos is. In de parlementaire behandeling is specifiek voor de hier te toetsen faciliteit het volgende aan de orde geweest: *‘Verder wordt afgeweken van de hoofdregel als daar een bijzondere reden voor is en waarbij ook de budgettaire gevolgen een rol spelen. Zo is het uitstel van betaling op grond van artikel 25, negende lid, van de Invorderingswet 1990 renteloos gemaakt omdat dat volgens de wetgever strookt met de aard van de uitstelregeling.’*³⁶² Het is mij onduidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Indien het doel is een liquiditeitsprobleem op te lossen is het niet nodig de faciliteit renteloos te maken. Zie voor de motivering paragraaf 4.3.2.2.

4.3.4.3 Gelijkheid

Toetsing aan mensenrechtenverdragen

Het is eerst weer relevant of belastingplichtigen die geen ab hebben en daarom geen toegang hebben tot een invorderingsfaciliteit bij overdracht tegen schuldigerkennning kunnen stellen dat dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De vergelijking kan worden getrokken met winstgenieters. In paragraaf 4.3.3.3 is deze toetsing al gedaan. Daar is geconcludeerd dat alhoewel ab-houders en winstgenieters vanuit het doel van de regeling zijn aan te merken als gelijke gevallen er geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Beide groepen hebben recht op een invorderingsfaciliteit; het zijn alleen de voorwaarden die verschillen. Een andere groep die in de vergelijking behoort te worden betrokken zijn personen die vallen onder het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden (resultaatgenieters). Dit betreft belastingplichtigen die op grond van art. 3.90 Wet IB 2001 werkzaamheden verrichten en belastingplichtigen die vermogensbestanddelen ter beschikking stellen op grond van art. 3.91 dan wel art. 3.92 Wet IB 2001. Naar mijn mening zijn winstgenieters en resultaatgenieters geen gelijke gevallen. Er is geen sprake van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Van schending van het gelijkheidsbeginsel is geen sprake. Zie voor de argumentatie paragraaf 4.3.3.3.

Toetsing aan het draagkrachtbeginsel

Het is de overdrager die de belasting uiteindelijk moet voldoen. Hij wordt zelf belast voor de door hem genoten winst en aldus wordt er meer recht gedaan aan het draagkrachtbeginsel dan het geval is bij doorschuiffaciliteiten. Dit is niet anders dan bij de in de vorige paragraaf besproken invorderingsfaciliteit voor winstgenieters (art. 25, achtttiende en negentiende lid, IW 1990). Ook hier geldt weer dat het renteloze karakter van de faciliteit in strijd is met het draagkrachtbeginsel.

362. MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, blz. 24 en NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 17.

4.3.4.4 Neutraliteit

In paragraaf 4.3.2.4 is aangegeven dat het renteloos maken van invorderingsfaciliteiten een aanzuigende werking heeft. Dat geldt ook voor de onderhavige invorderingsfaciliteit waarbij tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen worden overgedragen tegen schuldigerkenning.

4.3.4.5 Doeltreffendheid

De faciliteit is destijds ingevoerd om een 'soepele overdracht van aanmerkelijkbelangpakketten in de directe familiesfeer' mogelijk te maken.³⁶³ Inmiddels is de beperking tot de familiesfeer losgelaten om zodoende de faciliteit ook toegankelijk te maken als de overdracht buiten de familiesfeer plaatsvindt.³⁶⁴ Ook werd de faciliteit gemotiveerd door te wijzen op de in art. 17 Wet IB 1964 (huidige art. 3.63 Wet IB 2001) opgenomen doorschuifmogelijkheid voor winstgenieters.³⁶⁵ Een dergelijke doorschuiffaciliteit gold nog niet voor abhouders, maar aldus bestond wel recht op een invorderingsfaciliteit indien de aandelen of winstbewijzen werden overgedragen tegen schuldigerkenning dan wel indien deze vermogensbestanddelen werden geschonken. Inmiddels geldt de invorderingsfaciliteit niet meer voor schenkingen, omdat met ingang van 1 januari 2010 een doorschuiffaciliteit voor schenkingen in de wet is opgenomen. De overdrager kan door de invorderingsfaciliteit worden gemotiveerd de aandelen of winstbewijzen over te dragen tegen schuldigerkenning. Hierbij speelt ook een rol dat voor zover de waarde van de aandelen ziet op beleggingsvermogen geen doorschuiffaciliteit kan worden toegepast.

Het renteloze karakter van de faciliteit maakt het beroep op de invorderingsfaciliteit voor de overdrager aantrekkelijker. Voor de overnemer kan een financieringsprobleem worden opgelost. Toch is het bereik van de faciliteit beperkt. Buiten de familiekring ligt het als gevolg van de daaraan verbonden risico's minder voor de hand dat een ab tegen schuldigerkenning wordt overgedragen.

Vervolgens is het de vraag of de in de faciliteit opgenomen voorwaarden bijdragen aan de doeltreffendheid van de regeling. De eerste voorwaarde is dat voldoende zekerheid wordt gesteld. De hoogte van de zekerheidsstelling moet steeds gelijk zijn aan de actuele waarde van de fiscale claim.³⁶⁶ In de parlementaire behandeling is het volgende geantwoord op vragen van het RB omtrent het stellen van zekerheid: *'Het niet stellen van zekerheid zou grote gevolgen hebben voor de schatkist. Met het stellen van zekerheid wordt het risico afgedekt dat op termijn blijkt dat de belasting niet zal (kunnen) worden betaald en de schatkist dus schade lijdt. Verder speelt de rol van de ontvanger hier met*

363. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 23.

364. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7.

365. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 23.

366. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.1.4.

*betrekking tot de bestaande concurrentieverhoudingen waarin banken ook zekerheid eisen bij het verlenen van krediet. Het eisen van zekerheid doet daarbij niet af aan het uitgangspunt van de diverse regelingen, namelijk het creëren van invorderingsfaciliteiten teneinde liquiditeitsproblemen te voorkomen.*³⁶⁷

Ook geldt dat alleen uitstel van betaling kan worden verkregen indien de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap uitmaken. Naar mijn mening zou deze grens niet hoeven te worden gesteld. De vervreemder kwalificeert als ab-houder en zou zodoende recht op de faciliteit moeten hebben ongeacht het percentage aandelen dat wordt vervreemd. Ik acht deze voorwaarde niet doeltreffend. Bovendien is het op grond van de letterlijke tekst nu zo dat op een vervreemding van winstbewijzen de invorderingsfaciliteit niet van toepassing is indien niet tevens een 5%-belang aan aandelen wordt vervreemd. Dit is naar mijn mening een onjuiste gang van zaken. Op grond van art. 4.6, onderdeel c, Wet IB 2001 kan een bepaald bezit aan winstbewijzen zelfstandig kwalificeren voor een ab. Op een vervreemding van winstbewijzen zou dan ook de invorderingsfaciliteit van toepassing moeten zijn.

Een andere in art. 25, negende lid, IW 1990 gestelde voorwaarde is dat de bezittingen van de vennootschap waarop het ab betrekking heeft niet in belangrijke mate (meer dan 30%) onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen. Volgens de regering mag worden aangenomen *'dat de middelen om de bij overdracht van de aandelen verschuldigde belasting te voldoen in dat geval aan de vennootschap kunnen worden onttrokken'*.³⁶⁸ Deze voorwaarde is in essentie doeltreffend. Zoals ook aan de orde is geweest bij de toetsing van de in art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteiten is een faciliteit voor beleggingsvermogen niet nodig. Het probleem is hier dat de gekozen grens arbitrair is. Indien de bezittingen voor bijvoorbeeld 31% bestaan uit beleggingen kan de faciliteit niet worden toegepast, terwijl dit wel mogelijk is bij 29%. Een alternatief is aan te sluiten bij de in art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 opgenomen regels. Er wordt dan alleen uitstel van betaling verleend voor zover de waarde van de aandelen is toe te rekenen aan ondernemingsvermogen. De regeling wordt dan wel complexer. Een andere optie is nog steeds aan te sluiten bij de grens van 30% maar dat indien dit percentage wordt overschreden tot dit percentage nog wel uitstel van betaling wordt verleend. In paragraaf 6.2.1.4.b worden aanbevelingen gedaan.

Verder geldt dat niet een gedeelte van de overdrachtprijs mag worden voldaan (HR 7 december 2012, nr. 12/02062, NTFR 2013/45). In genoemd arrest heeft de overnemer een derde deel van de koopsom voldaan.³⁶⁹ Winstgenieters kunnen bij een overdracht tegen schuldigerkenning nog wel gebruikmaken van art. 25, achttiende lid, IW 1990 indien een gedeelte van de overdrachtprijs wordt voldaan. Dit verschil acht ik niet verdedigbaar.

367. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 60.

368. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 96.

369. De overnemer had ook nog een derde deel geschonken gekregen. Het arrest had betrekking op het belastingjaar 2008.

Op grond van art. 3, derde lid, Uitv.reg. IW 1990 moet de belasting in tien jaarlijkse gelijke termijnen worden voldaan. De regering heeft aansluiting willen zoeken bij de in art. 17 Wet IB 1964 opgenomen doorschuifmogelijkheid voor winstgenieters (het huidige art. 3.63 Wet IB 2001). Indien deze doorschuiffaciliteit wordt toegepast, gaat de opvolger gedurende een aantal jaren afschrijven over een lager bedrag. Dit resulteert jaarlijks in een hoger te betalen bedrag aan belasting.³⁷⁰ In feite wordt de belasting dan ook in termijnen betaald.

Vervolgens wordt het uitstel verminderd indien aflossingen plaatsvinden dan wel de koper van de aandelen of winstbewijzen deze vervreemdt of wanneer daaruit reguliere voordelen van substantiële omvang worden genoten (art. 25, negende lid, laatste volzin, IW 1990). In art. 3, vierde lid, Uitv.reg. IW 1990 is bepaald hoe het bedrag van de vermindering moet worden berekend. Ten aanzien van de aflossingen en reguliere voordelen geldt dat dit alleen gebeurt indien de in een kalenderjaar gedane aflossingen of genoten reguliere voordelen uitgaan boven het dubbele van de belasting die in dat jaar moet worden voldaan en dan wel voor de helft van hetgeen erboven uitgaat.³⁷¹ Voor de beoordeling van de doeltreffendheid van deze voorwaarde geldt dat dit een vertroebeld beeld oplevert omdat het uitstel jaarlijks al voor een tiende gedeelte wordt verminderd (als gevolg van de vergelijking met de doorschuiffaciliteit uit de winstsfeer) en vervolgens het uitstel nog wordt verminderd als er wordt afgelost of als de overnemer reguliere voordelen geniet. Naar mijn mening is het wat betreft de aflossingen zuiverder aan te sluiten bij de vormgeving van art. 25, achttiende en negentiende lid, IW 1990. Op grond van deze bepalingen wordt het uitstel jaarlijks ook verminderd en daarnaast nog indien extra aflossingen plaatsvinden. Als gevolg van de door de verkrijger genoten reguliere voordelen behoeft het uitstel naar mijn mening niet te worden verminderd. Het is in deze opzet voldoende alleen rekening te houden met de aflossingen.

Wel moet het uitstel worden verminderd indien de verkrijger de aandelen vervreemdt. Daarvoor voldoet de huidige in art. 3, vierde lid, onderdeel b, Uitv.reg. IW 1990 opgenomen bepaling. Het uitstel wordt verminderd voor zover aandelen of winstbewijzen worden vervreemd die aan het uitstel ten grondslag liggen.

De beëindigingsgrond met betrekking tot het genieten van reguliere voordelen van substantiële omvang acht ik niet doeltreffend. Naar mijn mening moet het uitstel van de overdrager niet afhankelijk worden gemaakt van het genieten van reguliere voordelen van de overnemer.

370. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 17.

371. Om te voorkomen dat het uitstel ter zake van een bepaalde gebeurtenis tweemaal tot vermindering leidt, is in het vijfde lid van art. 3 Uitv.reg. IW 1990 bepaald dat indien een vervreemdingsvoordeel of een regulier voordeel binnen zes maanden wordt aangewend voor een aflossing op de schuldig gebleven tegenprestatie, alleen de aflossing in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de op grond van het vierde lid van art. 3 Uitv.reg. IW 1990 geldende vermindering.

4.3.4.6 *Doelmatigheid*

Zoals in paragraaf 4.3.3.6 is aangegeven zijn invorderingsfaciliteiten in essentie doelmatig. De belastingclaim blijft in stand. Er is evenwel gebleken dat de doelmatigheid van deze faciliteit negatief wordt beïnvloed door het renteloze karakter van de faciliteit. Daarnaast kan ook uitstel van betaling worden verkregen indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen bij de belasting-schuldige. Ook het feit dat de Belastingdienst de schuld voor een langere periode moet volgen doet afbreuk aan de doelmatigheid.

Bij de toetsing aan doeltreffendheid is al aan de orde geweest dat de faciliteit alleen geldt indien de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal uitmaken. Als reden wordt hiervoor gegeven de uitvoerbaarheid van de regeling. Het uitstel moet niet gelden voor overdrachten van kleine pakketten aandelen.³⁷² Er geldt evenwel vanuit het oogpunt van doelmatigheid nog een andere voorwaarde. Op grond van art. 3, tweede lid, Uitv. reg. IW 1990 wordt alleen uitstel verleend indien de belasting het bedrag van € 2.269 te boven gaat. Deze voorwaarde is naar mijn mening voldoende.³⁷³ Indien een belastingplichtige 1% van zijn ab-aandelen vervreemdt kan dit qua waarde hetzelfde zijn als de situatie waarbij een andere belastingplichtige 25% van de ab-aandelen vervreemdt.

Verder is de faciliteit minder doelmatig als gevolg van de omslachtige manier van berekenen of een aflossing op een schuldvordering of de genoten reguliere voordelen door de koper van substantiële omvang zijn.

4.3.5 *Invorderingsfaciliteit overdracht indirect ab*

4.3.5.1 *Werking bepaling*

In de vorige paragraaf was aan de orde de situatie dat een direct gehouden ab werd overgedragen tegen schuldigerkenning. Voor de hieruit voortvloeiende belastingschuld kan een beroep worden gedaan op de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit. Voor een indirect ab is dit anders. Onder een indirect ab wordt verstaan de situatie waarin een belastingplichtige via een holdingvennootschap een belang³⁷⁴ heeft van ten minste 5% in een andere vennootschap (aanhef art. 4.6 Wet IB 2001).³⁷⁵ Indien een belastingplichtige inkomen uit ab geniet omdat de holdingvennootschap waarop het ab ziet aandelen in een andere vennootschap tegen schuldigerkenning heeft overgedragen is daarvoor geen invorderingsfaciliteit nodig. Wanneer een holdingvennootschap immers een werkmaatschappij tegen schuldigerkenning overdraagt is dit geen vervreemding in box 2, maar een vervreemding die

372. MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, blz. 96.

373. Zo ook Hoogeveen (2011), blz. 108.

374. Met belang bedoel ik hier de in art. 4.6 Wet IB 2001 onder a-d genoemde vermogenstitels.

375. Op grond van een toezegging in de parlementaire behandeling kan pas sprake zijn van een indirect ab indien de belastingplichtige een direct ab heeft in de holdingvennootschap (MvA, Kamerstukken I 1996/97, 24 761, nr. 62b, blz.5).

onder de werkingssfeer van de vennootschapsbelasting valt. De overdracht van een indirect ab heeft wel gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting van de ab-houder indien de vennootschap de aandelen in de werkmaatschappij schenkt aan de opvolger (schenking bovenlangs). Dit leidt voor de ab-houder tot een dividenduitkering in box 2. Het bedrag van de dividenduitkering wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer verminderd met de tegenprestatie. Ook voor deze situatie heeft de regering een faciliteit willen creëren. De regering heeft daarbij gekozen voor een invorderingsfaciliteit. Voor de schenking van een direct ab geldt de in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit. De keuze van de regering voor een invorderingsfaciliteit in plaats van een doorschuiffaciliteit komt aan de orde bij de toetsing aan doeltreffendheid. De koper moet, conform de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen bepaling, een natuurlijk persoon zijn of een rechtspersoon waarvan alle aandelen worden gehouden door een natuurlijk persoon. Overigens is het opmerkelijk dat in de eerste volzin van art. 25, elfde lid, IW 1990 uitsluitend aandelen worden genoemd die door de vennootschap op verzoek van haar aandeelhouder worden overgedragen. Er wordt niet gesproken over winstbewijzen. Dit aspect komt ook terug in de tweede volzin. Ook daar wordt alleen over aandelen gesproken. Pas in de laatste volzin van art. 25, elfde lid, IW 1990 worden winstbewijzen genoemd.³⁷⁶

De belastingschuldige moet een schriftelijk verzoek doen om uitstel van betaling te krijgen voor de op de dividenduitkering betrekking hebbende belastingschuld (art. 3a, eerste lid, Uitv.reg. IW 1990). In dit artikellid ontbreekt de voorwaarde dat moet worden ingestemd met door de ontvanger te stellen nadere voorwaarden (deze eis wordt wel gesteld in art. 3, eerste lid, IW 1990). Het is mij niet duidelijk waarom deze eis voor deze invorderingsfaciliteit niet geldt.

Het uitstel houdt in dat de verschuldigde belasting kan worden voldaan in tien gelijke jaarlijkse termijnen, waarvan de eerste termijn zes weken na dagtekening van het aanslagbiljet vervalt en elk van de volgende termijnen telkens een jaar later (art. 3a, derde lid, Uitv.reg. IW 1990).

Het uitstel wordt beëindigd indien de begiftigde aandelen of winstbewijzen welke aan het uitstel ten grondslag liggen, vervreemdt of wanneer daaruit reguliere voordelen van substantiële omvang worden genoten. Zie nader de toetsing aan doeltreffendheid.

Er wordt gedurende de periode van het uitstel geen invorderingsrente berekend (art. 28, derde lid, IW 1990).

De voorwaarden in art. 25, elfde lid, IW 1990 zijn voor een groot gedeelte afgestemd op de voorwaarden zoals opgenomen in art. 25, negende lid, IW 1990. Dit ligt ook voor de hand omdat art. 25, negende lid, IW 1990 ziet op de vervreemding van een direct ab en het hier te bespreken elfde lid op de

376. Dit speelt ook in art. 25, negende lid, IW 1990. In paragraaf 4.3.4.5 is er al op gewezen dat het uitstel alleen wordt verleend indien de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal uitmaken. Indien een belastingplichtige uitsluitend winstbewijzen houdt, kan aan deze voorwaarde nooit worden voldaan.

vervreemding van een indirect ab. In deze paragraaf worden uitsluitend nog de voorwaarden getoetst die niet reeds aan de orde zijn gekomen bij de toetsing van art. 25, negende lid, IW 1990.

4.3.5.2 *Legitimiteit*

Is het legitiem dat de overheid een invorderingsfaciliteit voor de schenking van een indirect ab heeft ingevoerd? Bij de schenking van een indirect ab komen bij de overdrager geen middelen vrij om de belasting te voldoen. Naar mijn mening is het dan evenwel niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden (zie ook de doorschuiffaciliteit bij schenking van een direct ab in paragraaf 4.2.4.5.b). De schenker maakt bewust de keuze de ab-aandelen in de werkmaatschappij te schenken. Indien ervoor wordt gekozen de aandelen in de werkmaatschappij te schenken, moet de ab-houder ook in staat worden geacht de inkomstenbelasting te kunnen betalen.³⁷⁷ Een optie is anders nog dat de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij gedeeltelijk overdraagt tegen schuldigerkenning.

Ook vanuit de positie van de overnemer is er geen reden voor overheidsingrijpen. Omdat de overnemer de aandelen geschonken krijgt, heeft hij uitsluitend te maken met een financieringsprobleem waar het betreft de schenkbelasting. Hiervoor wordt verwezen naar hoofdstuk 5.

Het renteloze karakter van de faciliteit is niet legitiem. Zie voor de motivering paragraaf 4.3.2.2.

4.3.5.3 *Gelijkheid*

Toetsing aan mensenrechtenverdragen

In de eerste plaats is de vraag aan de orde of belastingplichtigen kunnen stellen dat het in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat ab-houders een beroep kunnen doen op een invorderingsfaciliteit ter zake van de belastingschuld gericht op een overdracht van een indirect ab. Deze vraag kan ontkennend worden beantwoord. Indien de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij op verzoek van de ab-houder tegen een lagere prijs dan de waarde in het economische verkeer overdraagt, wordt dit aangemerkt als dividenduitkering door de holdingvennootschap aan de ab-houder. Andere onder de Wet IB 2001 vallende belastingplichtigen worden met een dergelijke heffing niet geconfronteerd. Van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel kan dan ook geen sprake zijn.

Toetsing aan het draagkrachtbeginsel.

Is het in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel dat een belastingplichtige bij de schenking van een indirect ab uitstel van betaling krijgt voor de

377. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn er wel redenen de faciliteiten voor overlijden en schenkingen op elkaar af te stemmen.

hieruit voortvloeiende belastingschuld? Het is de belastingplichtige die de belasting uiteindelijk zelf moet voldoen. In die zin wordt recht gedaan aan het draagkrachtbeginsel. Afbreuk hieraan doet ook weer het renteloze karakter van de faciliteit. De belasting wordt hierdoor degressief van karakter.

4.3.5.4 Neutraliteit

In paragraaf 4.3.2.4 is aangegeven dat het renteloos zijn van een invorderingsfaciliteit een aanzuigende werking heeft. Dat geldt ook voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit waarbij de tot een indirect ab behorende aandelen of winstbewijzen worden overgedragen tegen een tegenprestatie lager dan de waarde in het economische verkeer.

Vanuit het oogpunt van neutraliteit is het goed dat een faciliteit in de wet is opgenomen voor situaties waarin een indirect ab wordt geschonken. Indien de overheid ervoor kiest een doorschuiffaciliteit in de wet op te nemen voor situaties waarbij een direct ab wordt geschonken, acht ik het juist in ieder geval ook een faciliteit te bieden voor de situatie waarbij een indirect ab wordt geschonken, temeer omdat het meer voor de hand ligt een ab in de werkmaatschappij te schenken dan een ab in de holdingvennootschap. In de holdingvennootschap bevindt zich vaak het pensioen en de daartegenover staande beleggingen. Op voorhand is het moeilijk aan te geven welke van de faciliteiten de voorkeur heeft en of belastingplichtigen hun gedrag gaan aanpassen om een specifieke faciliteit te benutten. Wanneer de doorschuiffaciliteit bij schenking wordt toegepast moet een onderscheid worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Voor de in art. 25, elfde lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit geldt de eis dat de bezittingen van de vennootschap waarop de overgedragen aandelen betrekking hebben niet in belangrijke mate mogen bestaan uit beleggingen. Ook geldt voor art. 25, elfde lid, IW 1990 geen werknemerseis zoals deze wel geldt in art. 4.17c Wet IB 2001 (eerste lid, onderdeel d). Het voordeel van een doorschuiffaciliteit is evenwel dat (nog) niet over de belastingclaim hoeft te worden afgerekend (voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen). Een invorderingsfaciliteit geeft alleen uitstel van betaling.

Indien de overdrager de in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit toch wil benutten en de huidige holdingvennootschap wil behouden kan hij overgaan tot splitsing van de holdingvennootschap in twee vennootschappen. De ene vennootschap houdt de aandelen in de werkmaatschappij en de andere vennootschap de beleggingen en de eventueel tot het vermogen van de vennootschap behorende pensioenvoorziening. Vervolgens kunnen de aandelen in de holdingvennootschap met het belang in de werkmaatschappij worden geschonken. Deze route is door de regering zelf geopperd tijdens de parlementaire behandeling.³⁷⁸ Tevens is in een later stadium bevestigd dat een dergelijke splitsing geacht wordt niet in overwegende mate te zijn gericht op

378. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 47 en NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 7-8.

het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.³⁷⁹ Ik acht het opmerkelijk dat de regering dit standpunt inneemt. De aandelen in de holdingvennootschap met het belang in de werkmaatschappij worden immers na splitsing geschonken aan de begiftigde.³⁸⁰ Vanuit neutraliteitsoogpunt moge het duidelijk zijn dat het verstrend is als belastingplichtigen zonder uitzicht op de doorschuif-faciliteit niet tot splitsing waren overgegaan.

4.3.5.5 Doeltreffendheid

De regering heeft voor de uit de indirecte overdracht voortvloeiende dividend-uitkering een invorderingsfaciliteit gecreëerd omdat een doorschuifregeling alleen kan worden toegepast op vervreemdingsvoordelen en niet op reguliere voordelen.³⁸¹ De regering is er geen voorstander van de doorschuiffaciliteit bij schenking uit te breiden omdat *'in een dergelijke situatie sprake is van verschillende heffingssubjecten en meerdere heffingsaanknopingspunten (...)*'.³⁸² Dit neemt niet weg dat het verschil in behandeling tussen de schenking van een direct ab en een indirect ab groot is. De RvS heeft om deze reden als voorstel gedaan *'het te belasten reguliere voordeel te verminderen met een bedrag dat overeenkomt met de toerekening van het ondernemingsvermogen, en als tegenhanger de verkrijgingsprijs van de aandelen in de werkmaatschappij of de aandelen in de houdstermaatschappij voor de begiftigde dienovereenkomstig te verlagen*'.³⁸³ Aldus wordt op een indirecte wijze getracht de werking van normale doorschuiffaciliteiten te benaderen. Het voorstel maakt de ab-regeling er zeker niet eenvoudiger op. Ook Hoogeveen³⁸⁴ is van mening dat bij een indirecte overdracht art. 4.17c Wet IB 2001 van toepassing zou moeten zijn. Zij motiveert dit allereerst door te stellen dat de faciliteiten voor de schenkbelasting wel van toepassing zijn en dat daar geen onderscheid wordt gemaakt tussen reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen. Dat aan het onderscheid tussen reguliere voordelen en vervreemdingsvoordelen geen waarde wordt gehecht voor de schenkbelasting is te verklaren. Het onderscheid is daar immers van geen belang. Bij een schenking van een indirect ab is schenkbelasting verschuldigd. Op basis van art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 zou in deze situatie de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting niet kunnen worden toegepast. Dit komt omdat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ervan uitgaat dat een direct belang wordt verkregen in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven.³⁸⁵ Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft de staatssecretaris van Financiën besloten de faciliteit ook van toepassing te laten zijn bij een indirecte verkrijging van aandelen. Dit is evenwel niet zonder meer door te trekken naar de Wet IB 2001.

379. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 64-65.

380. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 366 en Heithuis (2010a).

381. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 86.

382. NR, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 12.

383. Advies RvS, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 4, blz. 10-11.

384. Hoogeveen (2011), blz. 366.

385. Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8, eerste volzin.

Er is nu eenmaal geen vervreemdingsvoordeel voor de Wet IB 2001. Het gaat mij dan te ver om doorschuiving mogelijk te maken. Hoogeveen noemt het ook nog onwenselijk dat belastingplichtigen door splitsing van de holdingvennootschap (zie uitgebreider slot paragraaf 4.3.5.4) via een omweg art. 4.17c Wet IB 2001 kunnen benutten. Dit ben ik met haar eens, maar ik zie geen goede oplossing om art. 4.17c Wet IB 2001 binnen het huidige systeem van toepassing te laten zijn. Naar mijn mening biedt de hier aan de orde zijnde invorderingsfaciliteit in ieder geval een oplossing voor een eventueel liquiditeitsprobleem bij de schenker.

Uit het oogpunt dat de faciliteit beoogt liquiditeitsproblemen als gevolg van de uit de schenking voortvloeiende belastingschuld te voorkomen, kan de faciliteit doeltreffend worden genoemd. Een invorderingsfaciliteit sluit immers aan bij dit probleem.

Ook de in art. 25, elfde lid, IW 1990 opgenomen voorwaarden hebben invloed op de doeltreffendheid van de bepaling. Aangezien de voorwaarden overeenkomen met de voorwaarden in art. 25, negende lid, IW 1990 kan worden verwezen naar paragraaf 4.3.4.5. Het betreft hier de voorwaarden dat de aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal uitmaken, dat de bezittingen van de vennootschap waarop de overgedragen aandelen betrekking hebben niet in belangrijke mate bestaan uit beleggingen en dat het bedrag aan belasting het bedrag van € 2.269 te boven moet gaan.

Het uitstel houdt, conform bij een overdracht tegen schuldigerkenning, ook hier in dat de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen moet worden voldaan. In paragraaf 4.3.4.5 heb ik betoogd dat het bij een overdracht tegen schuldigerkenning het meest zuiver is aan te sluiten bij het aflossingsschema. Bij schenking van een indirect ab is de situatie anders. Er is geen aflossingsschema om bij aan te sluiten. In paragraaf 6.3.1.6.c ga ik in op de vraag hoe het uitstel zou moeten worden verminderd. Overigens geldt dat, overeenkomstig art. 25, negende lid, IW 1990, het uitstel wordt verminderd indien aandelen of winstbewijzen die aan het uitstel ten grondslag liggen worden vervreemd in de zin van art. 25, tiende lid, IW 1990 (art. 3a, vierde lid, Uitv.reg. IW 1990). Op zich is het niet logisch om het uitstel dan te verminderen. Bij een overdracht tegen schuldigerkenning is dat anders omdat de voortzetter geacht kan worden de schuld aan de oorspronkelijke overdrager af te lossen. Met dat geld kan de overdrager zijn belastingschuld betalen. Bij schenking is dit niet aan de orde. Ondanks het verschil tussen beide vormen van overdracht ben ik er voorstander van om ook hier het uitstel te verminderen als sprake is van een vervreemding van de aandelen of winstbewijzen. Ik zie geen aanleiding een schenking van ab-aandelen gunstiger te behandelen dan een overdracht tegen schuldigerkenning.

Het is mij overigens onduidelijk wat er gebeurt als de aandelen zijn vervreemd aan een rechtspersoon. De aandelen die aan het uitstel ten grondslag liggen zijn de aandelen in de werkmaatschappij. Indien deze aandelen worden vervreemd, betreft dit een onder de Wet Vpb 1969 vallende vervreemding. Van een vervreemding in de zin van art. 25, tiende lid, IW 1990 kan geen sprake zijn. Dit geldt ook voor de vermindering van het uitstel op grond van het

feit dat er reguliere voordelen worden genoten als bedoeld in de Wet IB 2001. Indien de aandelen in de werkmaatschappij zijn vervreemd aan een rechtspersoon, worden de door de werkmaatschappij gedane dividenduitkeringen in de heffing van Vpb betrokken (vervolgens vrijgesteld op grond van art. 13 Wet Vpb 1969) en vallen nimmer onder de heffingsgrondslag van de Wet IB 2001. Overigens acht ik de beëindigingsgrond van het genieten van reguliere voordelen van substantiële omvang niet doeltreffend. Naar mijn mening moet het uitstel van de overdrager niet afhankelijk worden gemaakt van het genieten van reguliere voordelen van de overnemer.

4.3.5.6 Doelmatigheid

De toetsing aan doelmatigheid is voor art. 25, elfde lid, IW 1990 gelijk aan die voor art. 25, negende lid, IW 1990. Er kan derhalve worden verwezen naar paragraaf 4.3.4.6. Alleen speelt de aflossing van de schuldig gebleven tegenprestatie voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit geen rol.

4.3.6 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie worden de bevindingen uit deze paragraaf in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan aanbevelingen gedaan teneinde tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. De symbolen hebben de volgende betekenis:

- ++ = overtuigend positief
- + = positief
- +/- = neutraal
- = negatief
- = overtuigend negatief

Art. 25, zeven- tiende lid, IW 1990		
Legitimiteit	Invorderingsfaciliteiten lossen, in ieder geval tijdelijk, een uit de belastingheffing voortvloeiend liquiditeitsprobleem op. Aldus is ook de invorderingsfaciliteit voor in box 1 genoten overlijdenswinsten legitiem.	++
	Het renteloze karakter van de faciliteit is niet terug te leiden naar een vorm van marktfalen.	--
Gelijkheid	<i>Mensenrechtenverdragen</i> : de invorderingsfaciliteit is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Ab-houders en winstgenieters zijn wel aan te merken als gelijke gevallen, maar er bestaat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling.	++

	<i>Draagkrachtbeginsel</i> : een invorderingsfaciliteit is in essentie in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel. Negatief element is het renteloos zijn van de faciliteit. Dit geeft de belasting een degressief karakter.	+/-
Neutraliteit	Het renteloze karakter van deze invorderingsfaciliteit heeft een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen eerder van de faciliteit gebruikmaken.	--
Doeltreffendheid	Er was volgens de regering geen reden om de bijzondere tarieven te handhaven. In dat opzicht is het opmerkelijk dat de regering de bijzondere tarieven toch heeft vervangen door een invorderingsfaciliteit.	-
	Indien een faciliteit voor de belastingheffing over overlijdenswinsten in box 1 gewenst wordt geacht, kan beter een faciliteit worden opgenomen die direct aansluit bij dit doel. Met de huidige invorderingsfaciliteit wordt dit op indirecte wijze bereikt.	--
Doelmatigheid	Indien als doel wordt vastgehouden het vervangen van het bijzondere tarief door een renteloze invorderingsfaciliteit is de faciliteit doelmatig. Het percentage van 20 is evenwel te laag.	++
	Het moeten volgen van de belastingschuld verhoogt de uitvoeringskosten voor de overheid. Het risico voor de overheid wordt vergroot omdat geen zekerheid hoeft te worden gesteld.	--
Art. 25, achttiende en negentiende lid, IW 1990		
Legitimititeit	De overdrager ontvangt geen middelen om de belasting te kunnen voldoen.	++
	Het renteloze karakter van de faciliteit is niet terug te leiden naar een vorm van marktfalen.	--
Gelijkheid	<i>Mensenrechtenverdragen</i> : winstgenieters en abhouders zijn vanuit het doel van de regeling aan te merken als gelijke gevallen. Dit geldt niet voor resultaatgenieters (afdeling 3.4 Wet IB 2001). Echter geen schending van het gelijkheidsbeginsel.	++
	<i>Draagkrachtbeginsel</i> : een invorderingsfaciliteit is in essentie in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel. Negatief element is het renteloos zijn van de faciliteit. Dit geeft de belasting een degressief karakter.	+/-
Neutraliteit	Het renteloze karakter van deze invorderingsfaciliteit heeft een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen dan eerder van de faciliteit gebruikmaken.	--
	De faciliteit werkt verstorend omdat belastingplichtigen ertoe worden aangezet de aflossingstermijn op tien jaren te stellen.	--

Doeltreffendheid	Voor de overnemer wordt financieringsprobleem opgelost. Overdrager wordt voor de bereidheid tot het overdragen tegen schuldigerkenning gecompenseerd met uitstel van betaling. Het renteloze karakter van de faciliteit maakt het beroep op de invorderingsfaciliteit voor de overdrager aantrekkelijker.	++
	Het bereik is beperkt. Buiten de familiekring is het minder aantrekkelijk over te dragen tegen schuldi-gerkenning.	-
	De vordering op de overnemer mag als zekerheid dienen.	++
	Er mag alleen worden overgedragen aan een natuur-lijk persoon. Dit vormt naar mijn mening geen beletsel voor de overnemer om vervolgens de onderneming in te brengen in een kapitaalvennootschap.	++
	Het uitstel heeft alleen betrekking op vermogensbe-standdelen die in de overdracht betrokken zijn. Naar mijn mening is dit doeltreffend omdat de faciliteit ziet op dat gedeelte van de overdracht waarvoor de te-geenprestatie schuldig wordt gebleven.	++
	Bij het versneld aflossen of het minder aflossen dan de regering voor ogen heeft wordt het uitstel vermin-derd.	++
	De in art. 25, negentiende lid, IW 1990 opgenomen voorwaarde dat het uitstel wordt beëindigd indien de belastingschuldige overlijdt, acht ik niet doeltreffend.	-
Doelmatigheid	De belastingclaim blijft in stand. De faciliteit is daarom doelmatig. De doelmatigheid wordt beperkt door het renteloze karakter.	+/-
	De doelmatigheid wordt negatief beïnvloed door het ingewikkelde karakter van de regeling.	- -
	Het moeten volgen van de belastingschuld verhoogt de uitvoeringskosten voor de overheid.	- -
Art. 25, negende lid, IW 1990		
Legitimiteit	De overdrager ontvangt geen middelen om de belas-ting te kunnen voldoen.	++
	Het risico bestaat dat de overdracht niet doorgaat als de overdracht niet tegen schuldigerkenning kan plaatsvinden.	++
	Het renteloze karakter van de faciliteit is niet terug te leiden naar een vorm van marktfalen.	- -
Gelijkheid	<i>Mensenrechtenverdragen</i> : winstgenieters en ab-hou-ders zijn vanuit het doel van de regeling aan te merken als gelijke gevallen. Dit geldt niet voor resul-taatgenieters (afdeling 3.4 Wet IB 2001). Echter geen schending van het gelijkheidsbeginsel.	++
	<i>Draagkrachtbeginsel</i> : een invorderingsfaciliteit is in es-sentie in overeenstemming met het draagkrachtbegin-sel. Negatief element is het renteloos zijn van de faciliteit. Dit geeft de belasting een degressief karakter.	+/-

Neutraliteit	Het renteloze karakter van deze invorderingsfaciliteit heeft een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen dan eerder van de faciliteit gebruikmaken.	- -
Doeltreffendheid	Voor de overnemer wordt een financieringsprobleem opgelost. Overdrager wordt voor de bereidheid tot het overdragen tegen schuldigerkennning gecompenseerd met uitstel van betaling. Het renteloze karakter van de faciliteit maakt het beroep op de invorderingsfaciliteit voor de overdrager aantrekkelijker.	++
	Bereik is beperkt. Buiten de familiekring minder aantrekkelijk over te dragen tegen schuldigerkennning.	-
	De voorwaarde dat de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal moeten uitmaken is niet nodig. Er geldt op grond van art. 3, tweede lid, Uitv.reg. IW 1990 al een doelmatigheidsmarge van € 2.269 aan te betalen belasting. Dit is voldoende. Ook valt het uitsluitend vervreemden van winstbewijzen op grond van deze eis niet onder de faciliteit.	- -
	De bezittingen van de vennootschap waarop het ab betrekking heeft mogen niet in belangrijke mate bestaan uit beleggingen. Op zich is deze voorwaarde doeltreffend. Toch wordt afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid omdat het een absolute grens is.	+
	De faciliteit kan niet worden toegepast indien de overdrachtsprijs gedeeltelijk wordt voldaan.	-
	Er wordt geen duidelijke keuze gemaakt in art. 25, negende lid, IW 1990. Allereerst moet de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen worden voldaan (aansluiting doorschuiffaciliteit winstfeer) maar daarnaast wordt uitstel verminderd bij aflossingen, uitkering dividend of vervreemding van aandelen.	- -
	De beëindigingsgrond dat het uitstel van de overdrager wordt verminderd indien de overnemer reguliere voordelen geniet acht ik niet doeltreffend. Het uitstel van de overdrager moet niet afhankelijk zijn van het genieten van reguliere voordelen door de overnemer.	-
Doelmatigheid	De belastingclaim blijft in stand. De faciliteit is daarom doelmatig. De doelmatigheid wordt beperkt door het renteloze karakter.	+/-
	De voorwaarde dat alleen uitstel wordt verkregen indien meer dan € 2.269 aan belasting is verschuldigd is doelmatig.	+
	De omslachtige manier van berekenen of een aflossing op een schuldvordering of de door de koper genoten reguliere voordelen van substantiële omvang zijn doet afbreuk aan de doelmatigheid.	- -
	Het moeten volgen van de belastingschuld verhoogt de uitvoeringskosten voor de overheid.	- -

Art. 25, elfde lid, IW 1990		
Legitimiteit	Een schenking kan worden gepland. Dit betreft een bewuste keuze van de overdrager. Het is niet aan de overheid om hier in te grijpen. Ook vanuit de positie van de overnemer is er geen reden om in te grijpen. Deze wordt alleen geconfronteerd met schenkbelasting.	- -
	Het renteloze karakter van de faciliteit is niet terug te leiden naar een vorm van marktfalen.	- -
Gelijkheid	<i>Mensenrechtenverdragen</i> : andere onder de Wet IB 2001 vallende belastingplichtigen worden met een dergelijke heffing niet geconfronteerd. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel doet zich niet voor.	++
	<i>Draagkrachtbeginsel</i> : een invorderingsfaciliteit is in essentie in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel. Negatief element is het renteloos zijn van de faciliteit. Dit geeft de belasting een degressief karakter.	+/-
Neutraliteit	Het renteloze karakter van deze invorderingsfaciliteit heeft een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen dan eerder van de faciliteit gebruikmaken.	- -
	Nu in art. 4.17c Wet IB 2001 een doorschuifafaciliteit voor schenkingen van directe belangen is opgenomen, kan een faciliteit voor schenkingen van indirecte belangen niet ontbreken. Het verschil tussen een doorschuifafaciliteit en een invorderingsfaciliteit is evenwel wezenlijk zodat belastingplichtigen wellicht geforceerd de structuur gaan aanpassen om de doorschuifafaciliteit te benutten. Dit werkt verstorend.	- -
Doeltreffendheid	De faciliteit richt zich op uit de belastingheffing voortvloeiende liquiditeitsproblemen. In die zin kan worden gezegd dat de faciliteit doeltreffend is.	++
	Aan de doeltreffendheid doet afbreuk dat geen rekening met de verkrijgingsprijs mag worden gehouden.	- -
	De voorwaarde dat de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal moeten uitmaken is niet nodig. Er geldt op grond van art. 3, tweede lid, Uitv.reg. IW 1990 al een doelmatigheidsmarge van € 2.269 aan te betalen belasting. Dit is voldoende. Ook valt het uitsluitend vervreemden van winstbewijzen op grond van deze eis niet onder de faciliteit.	- -
	De bezittingen van de vennootschap waarop het ab betrekking heeft mogen niet in belangrijke mate bestaan uit beleggingen. Op zich is deze voorwaarde doeltreffend. Toch wordt afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid omdat het een absolute grens is.	+
	Er wordt geen duidelijke keuze gemaakt in art. 25, elfde lid, IW 1990. Allereerst moet de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen worden voldaan (aansluiting doorschuifafaciliteit winstsfeer) maar daarnaast wordt uitstel verminderd bij uitkering dividend en	- -

	vervreemding van aandelen. Overigens is het onduidelijk hoe de vermindering van het uitstel verloopt indien het indirecte ab is vervreemd aan een rechtspersoon.	
	De beëindigingsgrond dat het uitstel van de overdrager wordt verminderd indien de overnemer reguliere voordelen geniet acht ik niet doeltreffend. Het uitstel van de overdrager moet niet afhankelijk zijn van het genieten van reguliere voordelen door de overnemer.	-
Doelmatigheid	Zie toetsing bij art. 25, negende lid, IW 1990. Alleen speelt de aflossing van de schuldig gebleven tegenprestatie voor de hier te toetsen invorderingsfaciliteit geen rol.	

4.4 Samenvatting en conclusies

4.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is de negende deelvraag uit dit onderzoek aan bod gekomen: *‘Welke op de inkomstenbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?’* De faciliteiten kunnen worden onderscheiden in doorschuiffaciliteiten (paragraaf 4.2) en invorderingsfaciliteiten (paragraaf 4.3).

Toepassing van een doorschuiffaciliteit heeft in grote lijnen tot gevolg dat de belastingheffing over de in de onderneming of ab-aandelen besloten meerwaarden wordt doorgeschoven van de overdrager naar de overnemer. Met invorderingsfaciliteiten wordt mogelijk gemaakt dat, al dan niet renteloos, uitstel van betaling wordt gegeven voor belastingschulden voortvloeiend uit bedrijfsoverdrachten. De belastingclaim blijft rusten op de overdrager.

In dit hoofdstuk is van alle faciliteiten eerst de werking van de bepaling toegelicht. Vervolgens zijn de faciliteiten getoetst op basis van de in paragraaf 1.4 opgenomen toetsingscriteria. Daarmee is het eerste deel van de probleemstelling aan bod gekomen, te weten of fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn. De aanvaardbaarheid van de faciliteiten is samengevat in tussenconclusies.³⁸⁶

In paragraaf 4.4.2 worden de conclusies ten aanzien van de doorschuiffaciliteiten weergegeven. Dit wordt gedaan op hoofdlijnen. Het gaat om de uitgangspunten van de faciliteiten. Hetzelfde wordt in paragraaf 4.4.3 gedaan voor de invorderingsfaciliteiten.

In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan en op basis van de tussenconclusies voorstellen tot verbetering geformuleerd.

386. Ten aanzien van doorschuiffaciliteiten zie paragraaf 4.2.2.6 voor doorschuiffaciliteiten in algemene zin, paragraaf 4.2.3.5 voor winstgenieters, paragraaf 4.2.4.6 voor aanmerkelijkbelanghouders. In paragraaf 4.3.6 is de tussenconclusie opgenomen voor de invorderingsfaciliteiten.

4.4.2 *Doorschuiffaciliteiten*

Overheidsingrijpen door middel van faciliteiten is allereerst legitiem indien hiermee kapitaalmarktimperfecties kunnen worden gecorrigeerd (zie paragraaf 2.3). Daarnaast is ingrijpen legitiem indien daarmee verstoringen in de belastingwetgeving worden weggenomen (zie paragraaf 2.4). Indien een faciliteit legitiem is, is daarmee nog niet gezegd dat deze aanvaardbaar is, dan wel de juiste vorm heeft. Dit wordt mede bepaald door de uitkomsten van de toetsing aan de andere criteria (gelijkheid, neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid). De conclusies worden afzonderlijk voor de overdrager en overnemer weergegeven.

Vanuit de *overdrager* bezien kunnen doorschuiffaciliteiten legitiem zijn indien geen middelen worden ontvangen waaruit de belasting kan worden betaald. Dit kan zich voordoen bij overlijden, bij schenking en bij een overdracht tegen schuldigerkenning. Bij overlijden zijn doorschuiffaciliteiten legitiem indien in de nalatenschap onvoldoende middelen aanwezig zijn om de belasting te voldoen. Dit kan aanleiding zijn om de middelen aan de onderneming te onttrekken. Faciliteiten bij schenking keur ik af omdat het een bewuste keuze van de overdrager is om te schenken. Het is niet aan de overheid om in te grijpen. Van de schenker mag worden verwacht dat hij zelf de inkomstenbelasting kan voldoen. Een optie is ook nog de overdracht gedeeltelijk tegen schuldigerkenning te laten plaatsvinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt kan hier tegen in worden gebracht dat belastingplichtigen zonder deze faciliteit ertoe kunnen worden verleid de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden, omdat wel een doorschuiffaciliteit bij overlijden geldt. Aldus wordt het gedrag van belastingplichtigen verstoord door de belastingheffing, hetgeen niet wenselijk is. Voor winstgenieters geldt het voorgaande in mindere mate, omdat zij gebruik kunnen maken van een algemene doorschuiffaciliteit bij leven (art. 3.63 Wet IB 2001). Deze algemene doorschuiffaciliteit moet vanuit het oogpunt van legitimiteit worden afgewezen in die gevallen waarin de overdracht niet tegen schuldigerkenning plaatsvindt.

Overheidsingrijpen is ook legitiem indien de belastingwetgeving zelf tot ingrijpen aanleiding geeft. Bij winstgenieters is dit aan de orde als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden. Indien een onderneming tot de huwelijksgemeenschap behoort, drijft de ondernemer de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening (zie o.a. HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9). De in het ondernemingsvermogen besloten liggende waardeveranderingen tot het moment van overlijden van de echtgenoot behoren dan ook bij de ondernemer zelf te worden belast (HR 5 maart 1958, nr. 13 427, BNB 1958/148). Nu daarentegen toch een afrekeningsbepaling betrekking hebbende op het aandeel van de niet-ondernemende echtgenoot in de wet (art. 3.59, eerste lid, Wet IB 2001) is opgenomen, kan een doorschuifbepaling niet ontbreken. De faciliteit is naar mijn mening niet legitiem indien door overlijden van de niet-ondernemende echtgenoot diens aandeel overgaat op iemand anders dan de ondernemer. Art. 3.59 Wet IB

2001 geldt verder voor de situatie dat de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden als gevolg van een echtscheiding. Indien het deel dat civielrechtelijk toebehoort aan de niet-ondernemende echtgenoot wordt toege-deeld aan de ondernemer is de faciliteit legitiem, omdat sprake is van een onvolkomenheid in de wetgeving. De ondernemer drijft immers fiscaalrechtelijk de onderneming geheel voor zijn rekening. Indien evenwel in het kader van de verdeling van de huwelijksgemeenschap het ondernemingsvermogen volledig wordt toege-deeld aan de echtgenoot van de ondernemer, wordt de situatie anders. De ondernemer moet afrekenen over de helft die hem civielrechtelijk toebehoort, tenzij kan worden doorgeschoven op grond van art. 3.63 Wet IB 2001. Op de helft die civielrechtelijk aan de echtgenoot toebehoort is art. 3.59 Wet IB 2001 van toepassing. Is het legitiem dat de ondernemer niet hoeft af te rekenen over dit laatste deel? Naar mijn mening is dit niet zo. Uiteindelijk staakt de ondernemer de gehele onderneming, hetgeen tot afrekening zou moeten leiden. De tekst van art. 3.59 Wet IB 2001 zou dienovereenkomstig moeten worden aangepast.

Voor ab-houders is de analyse anders. Indien ab-aandelen als gevolg van een huwelijk tot de gemeenschap gaan behoren, worden beide echtgenoten abhouder. Er volgt bij de oorspronkelijke ab-houder een fictieve afrekening ten aanzien van de helft van de aandelen. Naar mijn mening moet op de fictieve afrekening een doorschuifmogelijkheid volgen. In die zin acht ik art. 4.17 Wet IB 2001 legitiem. De werking van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 moet op dit punt worden aangemerkt als een onvolkomenheid in de belastingwetgeving. Indien het vervolgens komt tot een echtscheiding en als gevolg van de verdeling van de huwelijksgemeenschap de aandelen van de ene echtgenoot worden toebedeeld aan de andere echtgenoot, is op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 sprake van een fictieve vervreemding door de onderbedeelde echtgenoot. Ik ben de mening toegedaan dat overheidsingrijpen bij echtscheiding legitiem is indien de onderbedeelde echtgenoot uitsluitend ab-houder is geworden als gevolg van het aangaan van het huwelijk. Er verandert feitelijk niets door de echtscheiding, evenmin als dit het geval was bij het aangaan van het huwelijk. Dit is anders als de aandelen tijdens het huwelijk zijn gekocht en de aandelen tot de gemeenschap zijn gaan behoren, waarbij ook beide echtgenoten bestuursbevoegd zijn. Dit betekent dat naar mijn mening een doorschuifmogelijkheid bij een verdeling van een huwelijksgemeenschap niet legitiem is indien aan een belastingplichtige meer aandelen worden toebedeeld dan het aantal waartoe hij bestuursbevoegd is. Bij overlijden moet dezelfde lijn worden gevolgd. Als de niet-bestuursbevoegde echtgenoot komt te overlijden waarbij de aandelen worden toebedeeld aan de bestuursbevoegde echtgenoot, moet deze fictieve vervreemding gevolgd kunnen worden door een doorschuiffaciliteit.

Doorschuiffaciliteiten zijn niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Belastingplichtigen die wel een onderneming drijven en belastingplichtigen die dat niet doen zijn niet aan te merken als gelijke gevallen. Er is geen sprake van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Verder is onderzocht of sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel omdat

winstgenieters wel toegang hebben tot een algemene doorschuifmogelijkheid bij leven en ab-houders niet. Naar mijn mening is schending van het gelijkheidsbeginsel niet aan de orde. Winstgenieters en ab-houders zijn wel gelijke gevallen, maar er bestaat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling.

Op grond van het draagkrachtbeginsel moeten doorschuiffaciliteiten worden afgewezen. Ze zijn niet in overeenstemming met de uitgangspunten van een subjectgebonden belasting. Dat de belasting indirect toch door de overdrager wordt betaald is maar ten dele juist. Dit is alleen aan de orde bij een overdracht tijdens leven en dan ook niet als de onderneming of het ab-pakket wordt geschonken. Bij overlijden gaat het mij te ver om van een indirecte betaling van de belastingclaim te spreken.

Hiervoor is geconcludeerd dat doorschuiffaciliteiten legitiem kunnen zijn indien geen middelen worden ontvangen om de belasting te voldoen. Dit sluit evenwel niet aan bij de doelstelling van de overheid. De overheid wenst met doorschuiffaciliteiten continuïteitsproblemen bij de onderneming als gevolg van een uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim te voorkomen. Indien de onderneming bij leven wordt overgedragen komt de continuïteit van de onderneming daarentegen niet in gevaar. De belastingclaim is immers een privéschuld van de overdrager. De continuïteit kan wel in gevaar komen indien de onderneming niet wordt overgedragen omdat er geen middelen beschikbaar zijn om de belasting te voldoen (bijvoorbeeld bij een overdracht tegen schuldigerkenning) en de ondernemer niet in staat is de onderneming voort te zetten. Bij overlijden kan ook een continuïteitsprobleem ontstaan. Indien de middelen uit de onderneming of vennootschap moeten worden gehaald om de belasting te kunnen voldoen, zijn de in de wet opgenomen doorschuiffaciliteiten voor winstgenieters en ab-houders doeltreffend. In dit kader is de uitsluiting van beleggingsvermogen in art. 4.17a Wet IB 2001 een goede keuze van de regering geweest. Het is aan partijen zelf dit vermogen liquide te maken. De beperkingen ten aanzien van het type ab dat de overdrager bezit kunnen vervallen. De regering wenst met de doorschuiffaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet. Het gaat erom dat de continuïteit van de onderneming niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald. Wel moeten naar mijn mening eisen worden gesteld aan de voortzetter. Met een doorschuiffaciliteit wenst de regering bedrijfsoverdrachten te faciliteren. In die zin is het redelijk te eisen dat de voortzetter op een bepaalde manier betrokken is bij de in de vennootschap gedreven onderneming.

De doorschuiffaciliteiten kunnen ook worden toegepast indien de middelen aanwezig zijn om de belasting te betalen (cadeaueffect). Dit beïnvloedt de doelmatigheid van de doorschuiffaciliteiten negatief. De overheid verdient deze kosten bij winstgenieters na de overname wel terug omdat de overnemer na doorschuiving over een lager bedrag gaat afschrijven. Ook moet de overnemer verdergaan met een eventueel lagere kostprijs van de voorraad. Verder maakt het verschil in voorwaarden tussen de verschillende doorschuiffaciliteiten de

wetgeving complex, hetgeen ook een negatieve uitwerking heeft op de doelmatigheid.

Voor de *overnemer* geldt bij een overdracht bij leven dat hij geconfronteerd kan worden met financieringsproblemen waar het betreft de koopsom van de onderneming. Indien dit te wijten is aan een gebrekkig werkende kapitaalmarkt, kan overheidsingrijpen legitiem zijn. Dit doet de overheid ook. Zo kan een beroep worden gedaan op diverse (niet-fiscale) garantieregelingen (zie paragraaf 2.3.3). Doorschuiffaciliteiten dragen slechts indirect bij aan het verminderen van liquiditeitsproblemen bij de overname. Dit beperkt zich tot een lagere koopprijs als gevolg van het verrekenen van de latente belastingclaim. Bij overlijden is overheidsingrijpen vanuit de positie van de overnemer alleen legitiem indien de verkrijging leidt tot een schuld aan andere erfgenamen die direct opeisbaar is.

Op basis van de voorgaande analyse ben ik van mening dat doorschuiffaciliteiten niet het juiste instrument zijn om kapitaalmarktimperfecties (gedeeltelijk) weg te nemen. Vanuit de positie van de overdrager bezien hebben doorschuiffaciliteiten, ondanks dat ze legitiem kunnen zijn, een te ruime werking. Er zou gekozen moeten worden voor faciliteiten die direct aansluiten bij het liquiditeitsprobleem als gevolg van de uit de overdracht voortvloeiende belasting. Doorschuiffaciliteiten wil ik wel behouden voor situaties waarbij op grond van een in de belastingwet opgenomen bepaling ab-aandelen worden geacht over te gaan van de bestuursbevoegde echtgenoot naar een niet-bestuursbevoegde echtgenoot, of weer terug, terwijl er op het gebied van de bestuursbevoegdheid niets wijzigt. Bij een IB-onderneming is een soortgelijke vervreemdingsfictie aan de orde, en een doorschuiffaciliteit geboden, indien sprake is van staking als gevolg van de ontbinding van een huwelijksgemeenschap (bij leven of bij overlijden van de niet-ondernemende echtgenoot).

Ten aanzien van de overnemer geldt dat het mogelijke liquiditeitsprobleem zit in het financieren van de koopsom. Aangezien doorschuiffaciliteiten slechts indirect bijdragen aan het oplossen van dit probleem, acht ik doorschuiffaciliteiten vanuit dit oogpunt ook niet aanvaardbaar. In paragraaf 6.2.3 wordt aandacht besteed aan de vraag of fiscale instrumenten zouden moeten worden ingezet om kapitaalmarktimperfecties te verminderen.

4.4.3 *Invorderingsfaciliteiten*

Invorderingsfaciliteiten zijn bij uitstek instrumenten die bijdragen aan het oplossen van liquiditeitsproblemen. De in dit hoofdstuk aan de orde zijnde invorderingsfaciliteiten zien op situaties waarbij geen middelen uit de overdracht vrijkomen om de belasting te voldoen. Aldus lossen ze, in ieder geval tijdelijk, een uit de belastingheffing voortvloeiend liquiditeitsprobleem op. Mijn conclusie is dan ook dat invorderingsfaciliteiten in essentie legitiem zijn. Dit geldt naar mijn mening evenwel niet voor de invorderingsfaciliteit

betrekking hebbend op een uit een schenking voortvloeiende belastingclaim (art. 25, elfde lid, IW 1990). Het schenken van een ab is een bewuste keuze van de overdrager. Het is niet aan de overheid om in te grijpen.

De in dit hoofdstuk onderzochte invorderingsfaciliteiten hebben een renteloos karakter. Er wordt geen invorderingsrente in rekening gebracht (art. 28, derde lid, IW 1990). Het renteloos uitstel van betaling verlenen moet worden gezien als overheidsingrijpen. Dit is ook in deze situatie alleen gerechtvaardigd indien sprake is van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Om een gebrekkig werkende markt te corrigeren, is het renteloos zijn van een faciliteit evenwel niet nodig. Ook geeft het renteloos zijn de belasting een degressief karakter. Nadeel van renteloze invorderingsfaciliteiten is voorts nog dat zij een aanzui-gende werking hebben. Belastingplichtigen gaan van de faciliteit gebruikma-ken terwijl zij dit niet gedaan zouden hebben indien de faciliteit rentedragend zou zijn. Dit werkt verstrend.

Invorderingsfaciliteiten doorstaan de toets aan gelijkheid. Allereerst is er op grond van de mensenrechtenverdragen geen strijdigheid met het gelijkheids-beginsel. Bij overlijden kunnen alleen belastingplichtigen die op grond van art. 3.58 Wet IB 2001 overlijdenswinst genieten een beroep doen op een invorderingsfaciliteit (art. 25, zeventiende lid, IW 1990). Ab-houders hebben tot een dergelijke faciliteit geen toegang. Vanuit het doel van de regeling zijn winstgenieters en ab-houders aan te merken als gelijke gevallen. Naar mijn mening is er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van winstgenieters en ab-houders. Ten aanzien van de situatie waarbij wordt overgedragen tegen schuldigerkenning geldt dat winstgenieters en ab-houders vanuit het doel van de regeling weer zijn aan te merken als gelijke gevallen. Van schending van het gelijkheidsbeginsel is evenwel geen sprake. Er geldt voor beide groepen een invorderingsfaciliteit. Het zijn alleen de voorwaarden die verschillen. Belastingplichtigen die op grond van afdeling 3.4 Wet IB 2001 resultaat uit werkzaamheid genieten en belastingplichtigen die een onderneming drijven, al dan niet via een kapitaalvennootschap, zijn naar mijn mening geen gelijke gevallen. Van een onevenredige ongelijke behande-ling van ongelijke gevallen is naar mijn mening geen sprake. Het verschil met het drijven van een onderneming is te groot om hiervan te kunnen spreken.

Invorderingsfaciliteiten kunnen op zich de toets aan het draagkrachtbegin-sel doorstaan. Het is de belastingplichtige die uiteindelijk zelf de belasting moet voldoen.

De invorderingsfaciliteit bij overlijden van de winstgenieter acht ik gezien het doel van de regeling niet doeltreffend. Volgens de regering waren er geen redenen om de bijzondere tarieven (Wet IB 1964) te handhaven. Het is opmerke-lijk dat de regering dan toch de bijzondere tarieven heeft vervangen door een invorderingsfaciliteit. Indien de regering de gevolgen van een progressieve heffing over overlijdenswinsten wil matigen, kan beter worden gekozen voor een faciliteit die daar direct op aansluit. Toch ben ik van mening dat bijzondere tarieven moeten worden afgewezen (zie paragraaf 3.2.5). Ten aanzien van de faciliteiten voor overdrachten tegen schuldigerkenning geldt dat deze doel-treffend zijn. Voor de overnemer wordt het financieringsprobleem bij overname

opgelost. De overdrager krijgt ter compensatie van het tegen schuldigerkenning overdragen uitstel van betaling voor de belastingclaim. Het renteloze karakter van de faciliteit maakt het beroep op de faciliteit aantrekkelijker. Het bereik van de faciliteit zal beperkt zijn omdat partijen buiten de familiekring minder geneigd zullen zijn over te dragen tegen schuldigerkenning.

Invorderingsfaciliteiten zijn doelmatig. De belastingclaim blijft immers in stand. Het renteloze karakter doet evenwel afbreuk aan de doelmatigheid. De doelmatigheid van de faciliteit wordt verder negatief beïnvloed als gevolg van het feit dat de Belastingdienst de belastingschuld gedurende een langere periode moet blijven volgen.

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat invorderingsfaciliteiten legitiem zijn. Ze zijn direct gericht op het mogelijke liquiditeitsprobleem, zijnde de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim van de overdrager. Ook de toetsing aan de andere criteria brengt mij tot de conclusie dat invorderingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn, ondanks het feit dat elementen in de faciliteiten aanpassing behoeven. In paragraaf 6.2.1 doe ik hiertoe voorstellen.

HOOFDSTUK 5

Bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat centraal de vraag welke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de overheid momenteel inzet om haar doel te bereiken ten aanzien van de overgang van ondernemingsvermogen door schenking of overlijden (deelvraag 10). Ook wordt in dit hoofdstuk het eerste deel van de probleemstelling aangaande de claim betreffende de schenk- en erfbelasting over ondernemingsvermogen beantwoord. Dit betreft, zoals ook in hoofdstuk 4 aan de orde was, de vraag of fiscale regelingen die bedrijfsopvolgingen faciliteren aanvaardbaar zijn. Hiervoor is allereerst van belang de vraag of overheidsingrijpen legitiem is. Dit is beoordeeld op grond van de theorie van de welvaarts-economie.

Uit hoofdstuk 2 is gebleken dat dit, waar het betreft de heffing van schenk- en erfbelasting, (alleen) het geval is indien sprake is van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. In hoofdstuk 3 is geanalyseerd waaruit de belastingclaim bestaat bij verkrijging van ondernemingsvermogen ten gevolge van overlijden van een ondernemer, dan wel bij verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking (art. 1, eerste lid, SW 1956). Met het verkrijgen van ondernemingsvermogen wordt gelijkgesteld het verkrijgen krachtens erfrecht of schenking van aandelen die tot een ab behoren betreffende een vennootschap waarin zich een onderneming bevindt. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beogen de gevolgen van deze heffing te verzachten. De faciliteit is met name toegespitst op de verkrijger van ondernemingsvermogen (de voortzetter). De voortzetter krijgt tot een bepaald maximum, onder voorwaarden, een voorwaardelijke vrijstelling voor het verkregen ondernemingsvermogen en voor de resterende verkrijging wordt uitstel van betaling verleend. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit ziet ook op degene die een vordering heeft op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen. De faciliteit is dan evenwel beperkt tot het verlenen van rentedragend uitstel van betaling voor de duur van tien jaar. De toetsing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit komt in paragraaf 5.3 aan de orde. Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie. Alvorens tot toetsing over te gaan, komt in paragraaf 5.2 de werking van de faciliteit aan de orde. Deze beschrijving wordt gedaan op hoofdlijnen. Aangezien de faciliteit voor verkrijgers van IB-ondernemingen gelijk is aan die van ab-aandelen behoeft geen expliciet onderscheid tussen deze vormen te worden gemaakt. Waar nodig wordt

aandacht besteed aan specifieke omstandigheden aangaande de verkrijging van een IB-onderneming, dan wel ab-aandelen.

Het hoofdstuk wordt in paragraaf 5.4 afgesloten met een samenvatting en conclusies.

5.2 Werking bepaling

De verkrijging van een onderneming¹ als gevolg van overlijden, dan wel schenking wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast met erf-, dan wel schenkbelasting. Om te voorkomen dat de belastingheffing de continuïteit van de onderneming schaadt omdat de middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken, is in art. 35b-35f SW 1956 een regeling uitgewerkt waarbij, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstelling aan de voortzetter wordt geboden. Hetgeen niet voorwaardelijk wordt vrijgesteld, wordt op grond van art. 35b, derde lid, SW 1956 aangemerkt als geconserveerde waarde waarvoor rentedragend uitstel van betaling kan worden verkregen (art. 25, twaalfde lid, IW 1990). Art. 35b SW 1956 bevat de eigenlijke faciliteit voor de voorwaardelijke vrijstelling bij een bedrijfsopvolging. In het vijfde lid van art. 35b SW 1956 is bepaald dat onder een bedrijfsopvolging wordt verstaan de verkrijging van ondernemingsvermogen in de zin van art. 35c SW 1956 van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn zoals opgenomen in art. 35d SW 1956, mits de verkrijger gedurende een bepaalde periode voortzet (art. 35e SW 1956). De werking van art. 35b-35e SW 1956 komt hierna aan de orde. Tevens wordt art. 35f SW 1956 besproken alwaar de wijziging in de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen aan de orde komt.

Art. 35b SW 1956

Op grond van art. 35b, eerste lid, onderdeel a, SW 1956 is de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld. Indien evenwel de liquidatiewaarde hoger is dan de waarde going concern waarbij de liquidatiewaarde het bedrag van € 1.028.132 overschrijdt, wordt als voorwaardelijke vrijstelling aangemerkt:

1. het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern;²

1. Waar hierna wordt gesproken over onderneming wordt daarmee zowel een IB-onderneming als ab-aandelen bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.

2. Zie het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.4 waarin wordt aangegeven onder welke voorwaarden voor de bepaling van de lagere waarde going concern de DCF-methode kan worden toegepast. Uit HR 21 mei 2010, nr. 09/02715, V-N 2010/25.16 blijkt dat belastingplichtigen de mogelijkheid hebben af te wijken van deze voorwaarden. Zie ook HR 16 december 2011, nr. 11/01332, V-N 2012/4.30. In het Besluit van 17 januari 2013 zijn tevens uitgangspunten weergegeven voor de berekening van de lagere waarde going concern in de agrarische sector.

2. voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming een bedrag van € 1.028.132 niet te boven gaat: 100% (nadat het onder 1. genoemde gestelde is toegepast);
3. voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming een bedrag van € 1.028.132 te boven gaat: 83% (nadat het onder 1. genoemde gestelde is toegepast).

De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 uitstel van betaling worden gekregen. Dit uitstel wordt automatisch verleend indien bij het indienen van het aangiftebiljet een beroep wordt gedaan op deze faciliteit.³

De vrijstelling van € 1.028.132 wordt niet per verkrijger verleend, maar per objectieve onderneming.⁴ Dit betekent dat een natuurlijk persoon die meer dan één objectieve onderneming drijft de vrijstelling ook meer keren kan toepassen. Dit geldt tevens indien een natuurlijk persoon meer directe belangen houdt in een kapitaalvennootschap.⁵ Zie hiervoor uitgebreider de toetsing aan doelmatigheid (paragraaf 5.3.6). De vrijstelling wordt bepaald door de breuk die wordt gevormd door de waarde van de verkrijging te delen door de waarde van de objectieve onderneming en dit vervolgens te vermenigvuldigen met € 1.028.132. Tot de objectieve onderneming behoren allereerst het ondernemingsvermogen van een eenmanszaak^{6, 7} het ondernemingsvermogen van een personenvennootschap en het ondernemingsvermogen van een kapitaalvennootschap.⁸ Daarnaast worden tot de objectieve onderneming gerekend onroerende zaken die tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen behoren en onroerende zaken die op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 ter beschikking worden gesteld aan de kapitaalvennootschap en daaraan dienstbaar zijn (art. 7, eerste en tweede lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting).

Indien sprake is van een indirect ab moet de waarde van de objectieve onderneming worden bepaald vanuit het totale concern waartoe de vennootschap behoort waarin een ab wordt verkregen (art. 7, derde lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting). Zo wordt bereikt dat het niet uitmaakt of het belang

3. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.6.

4. S.A. Stevens (2010) merkt terecht op dat dit conceptueel lastig is. Bij de heffing van schenk- en erfbelasting draait het om de subjectieve verkrijger, terwijl voor de berekening van de vrijstelling de 'objectieve onderneming' bepalend is.

5. Zie ook S.A. Stevens (2010) en Heithuis (2010c).

6. Op grond van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.7 geldt de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, onder voorwaarden, ook voor de verrekeningsvordering door finale verrekening van de waarde van het ondernemingsvermogen van de langstlevende echtgenoot. Dit betreft situaties waarin echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd en een finaal verrekenbeding zijn overeengekomen. Naar de letter van de wet is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing op een verrekeningsvordering.

7. Volgens Hoogwout (2013b) is niet duidelijk welke variant de staatssecretaris op het oog heeft wanneer hij in het besluit spreekt over een finaal verrekenbeding. Door evenwel te verwijzen naar de wettelijke gemeenschap van goederen lijkt de staatssecretaris te doelen op het verplicht wederkerig finaal verrekenbeding.

8. MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 2.

in de werkmaatschappij direct of indirect wordt gehouden. Ook als de werkmaatschappij door de holdingvennootschap om niet wordt overgedragen, is de concerngedachte van toepassing. Toepassing van de concerngedachte leidt er weliswaar toe dat in sommige situaties een waardering van ondernemingsvermogen plaats moet vinden dat niet overgaat, maar op deze wijze wordt wel voorkomen dat onbedoeld gebruik van de voorwaardelijke vrijstelling kan worden gemaakt.

In het vierde lid van art. 7 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is een antimisbruikbepaling opgenomen voor situaties waarin de erflater of de schenker zich binnen een bepaalde termijn ontdoet van de aandelen in de holdingvennootschap om de vrijstelling meer keren deelachtig te worden. De erflater of schenker kan dan op een later moment nog steeds geacht worden indirect aandeelhouder te zijn.

In voorkomende gevallen kan het zo zijn dat de verkrijger het ondernemingsvermogen verkrijgt onder een last of een tegenprestatie. Bij de berekening van de voorwaardelijke vrijstelling hoeft met die last of tegenprestatie geen rekening te worden gehouden (art. 35b, vierde lid, SW 1956). Als voorbeeld kan dienen de situatie dat ab-aandelen worden gelegateerd tegen inbreng van de waarde. De tot een over te dragen IB-onderneming behorende schulden zijn niet aan te merken als een tegenprestatie of last in de zin van art. 35b, vierde lid, SW 1956 (HR 12 juli 2013, nr. 12/01745, V-N 2013/37.21). Naar mijn mening is dit een juiste beslissing. Indien een onderneming inclusief de schulden wordt overgenomen moet de waardering plaatsvinden met inachtneming van deze schulden. De latente belastingschuld moet volgens de HR wel als tegenprestatie in de zin van art. 35b, vierde lid, SW 1956 (voorheen art. 7c Uitv.reg. schenk- en erfbelasting) worden aangemerkt. De HR beargumenteert dit door te stellen dat de belasting anders zou zijn geheven van de schenkers (in casu is doorgeschoven op grond van art. 3.63 Wet IB 2001). Ik vind dit een opmerkelijk oordeel. De latentie drukt immers op het verkregene. Indien de belastinglatentie evenwel als tegenprestatie in de zin van art. 35b, vierde lid, SW 1956 moet worden aangemerkt, hoeft deze niet te worden toegerekend aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde ondernemingsvermogen. Lange tijd was onduidelijk hoe de latente inkomstenbelasting na doorschuiving moest worden toegerekend aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde deel. Oorspronkelijk nam de staatssecretaris het standpunt in dat de toerekening aan de top moest plaatsvinden.⁹ Inmiddels heeft hij, naar aanleiding van jurisprudentie (o.a. Hof Arnhem 3 juni 2009, nr. 07/00309, NTFR 2009/1872) aangegeven dat de belastinglatentie evenredig moet worden toegerekend aan het vrijgestelde en het niet-vrijgestelde vermogen (de evenredigheidsmethode).¹⁰ Naar mijn mening is dit de juiste methode. Door het arrest van de HR van 12 juli 2013 is deze discussie evenwel niet meer relevant.

9. Zie het inmiddels vervallen Besluit van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M.

10. Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.1.

Art. 35c SW 1956

In art. 35c SW 1956 wordt uitgewerkt hetgeen onder 'ondernemingsvermogen' moet worden verstaan. Een IB-onderneming, of een gedeelte daarvan, kwalificeert als ondernemingsvermogen als sprake is van een materiële onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 (art. 35c, eerste lid, onderdeel a, SW 1956).¹¹ Ten aanzien van de verkrijging van een ab¹² geldt dat dit als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt als de kapitaalvennootschap een onderneming drijft zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 en de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan de bedoelde onderneming (art. 35c, eerste lid, onderdeel b, SW 1956). Aldus kwalificeert in de kapitaalvennootschap aanwezig beleggingsvermogen niet als ondernemingsvermogen. Onder beleggingsvermogen wordt volgens de regering verstaan *'het saldo van de beleggingen en de daarvoor aangegane schulden. De term beleggingsvermogen brengt verder tot uitdrukking dat het moet gaan om vermogen dat blijvend overtollig is.'*¹³ Het voorgaande geldt evenzo bij een IB-onderneming. Duurzaam overtollig vermogen kwalificeert op grond van de vermogensetiketteringsregels nooit als ondernemingvermogen. Nagegaan moet derhalve worden of sprake is van meer dan normaal vermogensbeheer. Indien daarvan sprake is, moet worden vastgesteld op grond van welke bron een natuurlijk persoon voor de werkzaamheden zou worden belast; resultaat uit werkzaamheid of IB-onderneming.¹⁴ Keuzevermogen waarbij in een IB-onderneming is gekozen voor privé-vermogen kwalificeert niet als ondernemingsvermogen. Dit doet zich niet voor bij kapitaalvennootschappen. Een kapitaalvennootschap kan geen keuzevermogen hebben.¹⁵ Voor kapitaalvennootschappen is vervolgens nog een doelmatigheidsmarge opgenomen. Beleggingsvermogen van kapitaalvennootschappen kwalificeert als ondernemingsvermogen tot maximaal 5% van het berekende ondernemingsvermogen (art. 35c, eerste lid, onderdeel c, ten tweede, SW 1956). Bij een IB-onderneming is dan te allen tijde sprake van privévermogen. Hiervoor wordt verwezen naar de toetsing aan doelmatigheid.

Een door een natuurlijk persoon op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 gehouden medegerechtigdheid kwalificeert alleen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit indien wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden. Dit is aan de orde als sprake is van een medegerechtigdheid die de rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de erflater of schenker gedreven onderneming (art. 35c, eerste lid, onderdeel b, SW 1956). De verkrijger moet dan wel reeds beherend vennoot zijn van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft of enig aandeelhouder zijn van de kapitaalvennootschap die reeds beherend vennoot is (art. 35c, tweede lid, SW 1956). Iets soortgelijks geldt ook voor ab-aandelen waarbij de kapitaalvennootschap de medegerechtigdheid houdt (art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 in combinatie met het derde lid

11. In paragraaf 4.2.4.3.a is dit ondernemingsbegrip al aan de orde geweest.

12. Hiermee wordt bedoeld een ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van art. 4.10 Wet IB 2001.

13. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43.

14. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 96.

15. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 96.

van art. 35c SW 1956). Voor de verkrijging van een ab zijn nog extra regels van belang. Zo kwalificeren aandelen die op grond van de meetregelgeving als ab worden aangemerkt niet voor de faciliteit (art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956). Ook preferente aandelen nemen een bijzondere positie in. Alleen onder strikte voorwaarden kwalificeren deze aandelen als ondernemingsvermogen (art. 35c, vierde lid, SW 1956). Eén van de voorwaarden is dat de erflater of schenker in het verleden zelf gewone aandelen heeft gehad in de kapitaalvennootschap. De uitzondering ten aanzien van preferente aandelen is volgens de regering gemaakt omdat de houder van preferente aandelen gezien kan worden als een verstrekker van vreemd vermogen.¹⁶ Dit aspect is al uitgebreid aan de orde geweest in paragraaf 4.2.3.4.d.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt ook voor indirecte belangen. Indien de erflater of schenker in het andere lichaam een indirect ab had, mogen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, worden toegerekend aan het lichaam waarin de ab-aandelen direct worden gehouden (art. 35c, vijfde lid, onderdeel a, SW 1956). Als het indirecte belang door verwatering onder de 5% is gezakt, kunnen de aandelen ook nog kwalificeren voor de faciliteit. Zie voor de voorwaarden art. 35c, vijfde lid, onderdeel b, SW 1956. Deze voorwaarden zijn in paragraaf 4.2.4.3.a aan de orde geweest. Indien het indirecte belang uit meer soorten aandelen bestaat, geschiedt de toerekening met inachtneming van de waarde in het economische verkeer van de aandelen. Het is derhalve niet van belang hoe groot het aandelenbelang in de kapitaalvennootschap is (art. 35c, vijfde lid, tweede volzin, SW 1956).

Met ingang van 1 januari 2010 kwalificeren ook op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 ter beschikking gestelde onroerende zaken als ondernemingsvermogen (art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956).¹⁷ Zie uitgebreider paragraaf 5.3.5.6.

Art. 35d SW 1956

In art. 35d SW 1956 zijn de eisen ten aanzien van de erflater en schenker gesteld. De erflater moet gedurende één jaar tot het overlijden en de schenker moet gedurende vijf jaren tot het moment van schenking (art. 35d, eerste lid, SW 1956):

- a. ondernemer zijn geweest op grond van art. 3.4, dan wel art. 3.5 Wet IB 2001¹⁸;

16. NnavNV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 13, blz. 26.

17. Zie het zesde lid van art. 35c SW 1956 ten aanzien van hetgeen nog meer als onroerende zaak wordt aangemerkt.

18. Op grond van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, wordt aan deze eis, onder voorwaarden, ook voldaan bij overlijden van de in gemeenschap van goederen gehuwde niet-ondernemende echtgenoot en het overlijden van de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van een deelnemer in een personenvennootschap (onderdeel 3.6).

- b. medegerechtigde zijn geweest op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 met betrekking tot een medegerechtigdheid;¹⁹
- c. ab-houder zijn geweest zoals omschreven in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 waarbij de kapitaalvennootschap gedurende één jaar, dan wel vijf jaren de onderneming dreef, dan wel de medegerechtigdheid bezat. Het beleggingsvermogen mag gedurende deze periode niet in de kapitaalvennootschap zijn ingebracht. Dit is gedaan om oppompconstructies te voorkomen;²⁰
- d. resultaat uit werkzaamheid hebben genoten met betrekking tot een onroerende zaak zoals bedoeld in art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956, waarbij de onroerende zaak gedurende één, dan wel vijf jaren dienstbaar was aan de onderneming van de desbetreffende kapitaalvennootschap.

In art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting worden situaties genoemd waarin mede geacht wordt aan de bezitsperiode te zijn voldaan. Deze situaties worden hier niet uitgewerkt.

Art. 35e SW 1956

Niet alleen aan de schenker, dan wel erflater worden eisen gesteld. Voor de verkrijger is in art. 35e SW 1956 een voortzettingseis opgenomen. Er wordt voldaan aan het voortzettingseis indien gedurende een periode van vijf jaren:²¹

- a. na verkrijging van een onderneming zoals bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 de verkrijger niet, ook niet gedeeltelijk, ophoudt winst te genieten, dan wel geen belastbare winst gaat genieten zoals bedoeld in art. 3.3 Wet IB 2001;
- b. na verkrijging van een medegerechtigdheid zoals bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 de verkrijger niet ophoudt, ook niet gedeeltelijk, winst te genieten uit de medegerechtigdheid;
- c. na verkrijging van een ab zoals omschreven in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 de verkrijger de desbetreffende vermogensbestanddelen, of een gedeelte van de daarin besloten rechten, niet vervreemdt²² en de kapitaalvennootschap niet ophoudt, ook niet gedeeltelijk, winst te genieten uit de vennootschap of uit de medegerechtigdheid. Indien vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen, dan wel aanspraken op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen worden beperkt, wordt geacht niet aan het voortzettingseis te zijn voldaan.

19. Zie voetnoot 18.

20. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45-46.

21. Voor de doorschuifregelingen in de IB geldt een dergelijke voortzettingseis niet. Dit komt omdat de claim in de IB behouden blijft. Voor de heffing van erf- en schenkbelasting geldt dit niet. Zie ook Handelingen 22 december 2009, Kamerstukken I 2009/10, 32 129, nr. 4-14, blz. 506.

22. In art. 35e, derde lid, SW 1956 wordt weergegeven wat mede onder 'vervreemden' wordt verstaan. Ook certificering wordt overigens als vervreemding gezien, tenzij de certificaten voldoen aan de voorwaarden waarnaar wordt verwezen in onderdeel 6.4 van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.

In het vierde lid van art. 35e SW 1956 is nog bepaald dat het voortzettingsvereiste ook geldt voor de gewone aandelen van de verkrijger die zijn verkregen toen de gewone aandelen van de erflater/schenker zijn omgezet in preferente aandelen. De voorwaardelijke vrijstelling ziet niet op deze gewone aandelen, maar toch geldt dat als gedurende de voortzettingsperiode de gewone aandelen worden vervreemd de voorwaardelijke vrijstelling ten aanzien van de preferente aandelen naar evenredigheid vervalt (zie uitgebreider paragraaf 5.3.5.7).

Indien niet aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, moet de verkrijger hiervan aangifte doen binnen acht maanden na de desbetreffende gebeurtenis. Dit element komt bij de toetsing aan doelmatigheid nader aan de orde. In art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting worden nog situaties genoemd waarin mede geacht wordt aan de voortzettingsperiode te zijn voldaan. Deze situaties worden hier niet verder uitgewerkt.

Art. 35f SW 1956

In art. 35f Sw 1956 is geregeld dat bij de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook rekening kan worden gehouden met de verdeling van de nalatenschap en de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap (art. 35f, eerste en tweede lid, SW 1956). Deze bepalingen zijn nodig omdat de HR heeft geoordeeld dat bij de bepaling van de verschuldigde erfbelasting geen rekening mag worden gehouden met dergelijke verdelingen (HR 2 januari 1903, nr. PW 9536). Indien deze bepaling zou ontbreken, zou een latere wijziging in de gerechtigdheid tot ondernemingsvermogen ertoe leiden dat een deel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet zou kunnen worden benut. Voorwaarde is wel dat de verdeling van de nalatenschap, dan wel huwelijksgoederengemeenschap heeft plaatsgevonden binnen twee jaren na het overlijden van de erflater.²³ Dat de verdeling binnen twee jaren na het overlijden moet hebben plaatsgevonden heeft hoogstwaarschijnlijk alleen betrekking op het ondernemingsvermogen.²⁴ Indien het resterende vermogen op een later moment wordt verdeeld, geldt weer de regel dat bij de bepaling van de verschuldigde erfbelasting geen rekening mag worden gehouden met de verdeling. In art. 35f, eerste lid, SW 1956 wordt alleen een uitzondering gemaakt voor wijzigingen in de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen als gevolg van de verdeling.

Overigens acht ik de in art. 35f, derde lid, SW 1956 opgenomen termijn van twee jaren kort. Zeker indien op voorhand niet vaststaat wie de onderneming gaat voortzetten, kan de genoemde termijn van twee jaren knellen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de erflater geen testament heeft gemaakt of wanneer in het testament niet is bepaald wie de onderneming erft.²⁵ Het vreemde

23. Op grond van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 5 kan de termijn worden verlengd als sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, zoals overmacht.

24. Zie ook de beschouwing in aant. 2.1 bij art. 35f SW 1956 Vakstudie SW 1956.

25. Ook voor de doorschuifbepalingen heb ik betoogd een langere termijn wenselijk te achten (zie paragraaf 4.2.4.2.d en 4.2.4.4.d).

kan zich dan voordoen dat bij een verdeling na twee jaar de vrijstelling vervalt bij degene die overdraagt, maar de vrijstelling niet toeneemt bij degene die meer krijgt. Partijen wordt langer de tijd gegund indien wordt aangesloten bij het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste. Het is ook doelmatig om de termijnen in art. 35e en 35f SW 1956 op elkaar af te stemmen.

Voor de voortzettingsperiode geldt dat ondanks de gewijzigde gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen er geen nieuwe periode begint te lopen. De regering heeft aangegeven dat het vreemd is als belastingplichtigen met twee verschillende voortzettingsperiodes te maken zouden krijgen. Het voorgaande heeft gestalte gekregen door in art. 35e SW 1956 geen afzonderlijke bepaling op te nemen voor situaties waarbij art. 35f SW 1956 toepassing heeft gevonden.²⁶

Ten aanzien van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap is in de tweede volzin van het tweede lid nog bepaald dat als het ondernemingsvermogen vanuit de huwelijksgoederengemeenschap wordt toegedeeld aan de nalatenschap en dat vermogen geheel aan de langstlevende wordt toegerekend, voor dat deel geen beroep kan worden gedaan op de faciliteiten. De langstlevende verkrijgt dan immers het eigen aandeel weer terug. Bij een zogenoemde turboverdeling waarbij de kinderen uiteindelijk op grond van het testament de blote eigendom van het ondernemingsvermogen verkrijgen en de langstlevende het recht van vruchtgebruik, is het zo dat de langstlevende voor de helft van het vruchtgebruik de faciliteiten krijgt en de kinderen voor het gehele blote eigendom.²⁷

Het verzoek om rekening te mogen houden met de gewijzigde gerechtigdheid tot ondernemingsvermogen moet op grond van het vierde lid worden gedaan binnen acht maanden nadat de genoemde verdeling heeft plaatsgevonden.

Als laatste onderdeel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt de mogelijkheid rentedragend uitstel van betaling te krijgen voor een vordering die ziet op op door een medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen (art. 25, dertiende lid, IW 1990). Het uitstel wordt verleend voor de duur van tien jaar.

5.3 Toetsing bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting

5.3.1 Inleiding

In de voorgaande paragraaf is de werking van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit aan de orde geweest; hierna toets ik de faciliteit. De toetsing vindt plaats op basis van de in paragraaf 1.4 gegeven criteria.

26. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 47-48.

27. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 47.

5.3.2 *Legitimiteit*

Overheidsingrijpen kan naar mijn mening, waar het gaat om de heffing van erf- en schenkbelasting bij een bedrijfsoverdracht, niet worden gelegitimeerd op basis van het feit dat sprake zou zijn van verstoringen als gevolg van overheidsingrijpen.²⁸ Het gedrag van belastingplichtigen wordt niet beïnvloed door de heffing. Ten aanzien van marktfalen is in hoofdstuk 2 geconcludeerd dat dit falen wordt veroorzaakt door een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Waar het betreft de heffing van schenk- en erfbelasting in het kader van een bedrijfsopvolging, gaat het om de financiering van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim. Dit is nu juist de reden waarom de overheid een bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting heeft opgenomen: *‘Over de verkrijging van ondernemingsvermogen is de verkrijger schenk- en erfbelasting verschuldigd. De betaling van deze belasting kan de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen indien daarvoor liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Om dit te voorkomen bestaan er bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.(...) Kern van de regeling is dat de schenk- of erfbelasting vanwege het belang van de onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid, geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsoverdrachten.’*²⁹ In een rapport van het ministerie van Financiën uit 2004 is op het liquiditeitsprobleem nader ingegaan: *‘(...) Terughoudendheid is namelijk gepast indien het zou gaan om liquiditeitsproblemen die in wezen neerkomen op financieringsproblemen. (...).*³⁰ Ten aanzien van de situatie bij overlijden noemt de staatssecretaris tevens nog als argument het feit dat de erfbelasting op een onvoorspelbaar en plotseling moment komt.³¹ Dit hoeft uiteraard niet zo te zijn. Het zou evenwel te voeren en de uitvoering ook zeer compliceren als de overheid een onderscheid zou moeten maken tussen situaties waarbij het overlijden zich onverwacht voordoet en situaties waarbij het overlijden voorzienbaar was. Een faciliteit bij schenking van een IB-onderneming of ab-aandelen wijs ik af. Naar mijn mening is het niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze de ab-aandelen of een onderneming te schenken. Ook als de overdrager zou beslissen niet over te dragen indien geen faciliteit bij schenking zou gelden, is het naar mijn mening niet aan de overheid om in te grijpen. Het is hier niet relevant of middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Indien de begiftigde niet in staat is de schenkbelasting te betalen, is het aan de schenker om de schenkbelasting voor zijn rekening te nemen. Indien dat niet mogelijk is, kan de overdracht ook gedeeltelijk tegen schuldigerkenning plaatsvinden. Vanuit

28. In paragraaf 3.4.5 is uitgewerkt dat de in art. 33 SW 1956 opgenomen schenkingsvrijstelling voor ouders aan kinderen, gecombineerd met het benutten van de eerste schijf in art. 24 SW 1956, versturend werkt. Een beoordeling van deze faciliteit valt, vanwege het algemene karakter van de faciliteit, buiten het onderzoeksgebied.

29. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 4.

30. Ministerie van Financiën (2004), paragraaf 2.3.

31. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 oktober 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 76, blz. 19-20.

neutraliteitsoogpunt kan hier tegenin worden gebracht dat personen zonder een faciliteit bij schenking ertoe kunnen worden verleid de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden, omdat de faciliteit daarvoor wel geldt. Aldus wordt het gedrag van belastingplichtigen verstoord door de belastingheffing, hetgeen niet wenselijk is.

Onder de schenk- en erfbelasting is het de verkrijger die de belasting is verschuldigd. Indien bij overlijden de wettelijke verdeling van toepassing is moet de langstlevende echtgenoot evenwel ook de door de kinderen verschuldigde erfbelasting voorschieten (art. 4:14 BW). De langstlevende verkrijgt immers van rechtswege de goederen van de nalatenschap (en dus de onderneming) en de kinderen krijgen een niet-opeisbare vordering³² op de langstlevende echtgenoot overeenkomend met de waarde van hun erfdeel (art. 4:13 BW). De door het kind verschuldigde erfbelasting wordt aangemerkt als schuld van de nalatenschap (art. 4:7, onderdeel e, BW) en vermindert het bedrag van de vordering.

De verkrijger kan moeilijkheden ondervinden om de verschuldigde erf-, dan wel schenkbelasting te voldoen. De continuïteit van de onderneming kan worden bedreigd als de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald.

Hoogeveen³³ heeft op basis van een dossieronderzoek³⁴ bij de Belastingdienst voor de jaren 2002-2005 onderzocht of de nalatenschap voldoende middelen bevatte om de erfbelasting te voldoen. De omvang van de vrije middelen werd berekend door de waarde van de nalatenschap te verminderen met de waarde van de onderneming en de door alle verkrijgers verschuldigde erfbelasting. Hoogeveen komt tot de conclusie dat voor slechts 31% van de gevallen sprake was van onvoldoende vrije middelen om de erfbelasting van alle verkrijgers te kunnen betalen.³⁵ Zij concludeert vervolgens terecht dat dit geen vrijstelling rechtvaardigt voor alle gevallen.³⁶ Voorts heeft ze onderzocht welk effect de heffing van erfbelasting heeft op de vrije middelen van de voortzetter. De omvang van de vrije middelen werd berekend door de waarde van de verkrijging van de voortzetters te verminderen met de waarde van de onderneming

32. De vordering is alleen opeisbaar in de in art. 4:13, derde lid, BW genoemde situaties. Dat is aan de orde als de langstlevende in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, dan wel wanneer de langstlevende is overleden. Daarnaast is de vordering opeisbaar in door de erflater bij uiterste wilsbeschikking genoemde gevallen.

33. Hoogeveen (2011), paragraaf 14.3.2.

34. Er zijn voor 232 nalatenschappen, uit diverse eenheden van de Belastingdienst, data verzameld. Naar verwachting betreft dit 19% van de totale populatie. Zie Hoogeveen (2011), bijlage 1, paragraaf 4.3. Nadeel van het onderzoek is dat de uitkomsten niet verifieerbaar zijn voor personen buiten de Belastingdienst (art. 67 AWR).

35. Hoogeveen (2011), blz. 432 merkt op dat dit percentage nog lager kan worden indien de voortzetters de erfbelasting uit eigen middelen zouden kunnen voldoen (al dan niet gefinancierd).

36. Hoogeveen (2011), blz. 431.

en de door alle voortzetters verschuldigde erfbelasting. Uit de analyse blijkt dat de voortzetters in 54% van de gevallen over onvoldoende middelen beschikken om het successierecht te voldoen.³⁷ Ik ben het met Hoogeveen eens dat een vrijstelling in veel gevallen dan ook niet noodzakelijk is. Hoogeveen besteedt ook aandacht aan de toename van het percentage waarin sprake is van onvoldoende middelen vanuit de nalatenschap bezien ten opzichte van die van de voortzetter. De stijging van het percentage (van 31% naar 54%) is vooral te verklaren door de gevolgen van de verdeling van de nalatenschap en niet door de heffing van de erfbelasting.³⁸ Het percentage onvoldoende vrije middelen bij de voortzetter steeg als gevolg van de erfbelasting 'slechts' van 43% naar 54%.

Hoogeveen³⁹ heeft verder door middel van hetzelfde dossieronderzoek geanalyseerd hoe hoog de effectieve belastingdruk bedraagt voor de voortzetter na vrijstelling 1 (verschil liquidatiewaarde en waarde going concern) en vóór vrijstelling 2 (vrijstelling overig ondernemingsvermogen). Op basis hiervan kan worden beoordeeld of de voortzetter in staat zou moeten kunnen worden geacht de belasting te financieren. Uit het onderzoek blijkt dat bijna 80% van de tot tariefgroep 1 behorende voortzetters een effectieve belastingdruk heeft van maximaal 15%.⁴⁰ Voor 30% van de voortzetters in tariefgroep I geldt slechts een effectieve belastingdruk van maximaal 6%.⁴¹ De vraag is of de voortzetter dan niet geacht moet worden de belasting te kunnen financieren.⁴² In veel gevallen zal de voortzetter, anders dan bij de koop van een onderneming, de koopsom van de onderneming niet volledig hoeven te financieren.⁴³ De voortzetter krijgt hoogstens een schuld aan de mede-erfgenamen als hij de onderneming krijgt toebedeeld tegen inbreng van de waarde.⁴⁴ Deze zal in de regel niet gelijk opeisbaar zijn. Voor belastingplichtigen in tariefgroep II en III is de effectieve belastingdruk aanzienlijk hoger (dit betreft 23 van de 200 gevallen).⁴⁵ Voor deze groep ligt een liquiditeitsprobleem meer voor de hand. Ik ben het eens met Hoogeveen dat de huidige voor alle verkrijgers geldende vrijstelling niet kan worden verdedigd op basis van het gegeven dat

37. Hoogeveen (2011), blz. 431.

38. Hoogeveen (2011), blz. 431.

39. Hoogeveen (2011), paragraaf 14.3.3.

40. Hoogeveen (2011), blz. 439 heeft verder berekend dat van de voortzetters met onvoldoende vrije middelen 81% een effectieve belastingdruk heeft van maximaal 20%.

41. Zie voor een uitgebreider overzicht Hoogeveen (2011), blz. 433.

42. Hoogeveen (2011), blz. 434 heeft berekend dat in 80% van de tot tariefgroep I behorende gevallen de belasting slechts 15% van de waarde going concern bedraagt.

43. Deze nuancering valt ook te lezen in Ministerie van Financiën (2004), paragraaf 2.3. Bij een rendabele onderneming zou het successie- of schenkingsrecht uit het inkomen van de onderneming gefinancierd moeten kunnen worden. De verkrijger heeft immers een lagere financieringslast dan bij een normale verkoop het geval zou zijn.

44. Zie ook Zwemmer (2000), paragraaf 3.

45. Hoogeveen (2011), blz. 434.

verkrijgers in de tariefgroepen II en III met liquiditeitsproblemen worden geconfronteerd. Overigens gelden er met ingang van 1 januari 2010 nog maar twee tariefgroepen. Voor tariefgroep II geldt een maximaal tarief van 40% (ten opzichte van destijds 53% voor tariefgroep II en 68% voor tariefgroep III). Ook de tarieven voor tariefgroep I zijn gewijzigd. Het hoogste tarief bedraagt nu 20% en bedroeg tot en met 2009 27%. Dit laat naar mijn mening onverlet dat het hiervoor geschetste beeld zijn gelding blijft behouden. In veel gevallen zal een vrijstelling niet noodzakelijk zijn. Dit neemt niet weg dat er een groep belastingplichtigen overblijft die wel met liquiditeitsproblemen kan worden geconfronteerd.

Hoogeveen⁴⁶ heeft op basis van het financieringsmodel van Altman⁴⁷ nog de effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit getoetst. Zie voor een verdere toelichting op het model en het onderzoek paragraaf 4.2.2.4.⁴⁸

In het onderzoek zijn naast de in art. 35b SW 1956 opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook de invorderingsfaciliteiten uit de IW 1990 (gericht op de IB) en de doorschuiffaciliteiten uit de Wet IB 2001 meegenomen. In deze paragraaf worden de resultaten aangaande de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting besproken. De resultaten aangaande de doorschuiffaciliteiten zijn besproken in paragraaf 4.2.2.4. Het onderzoek is verricht aan de hand van twee fictieve casussen. Er is onderzoek gedaan naar het effect van een bepaald type overdracht, de belastingheffing daarover en de toegepaste bedrijfsopvolgingsfaciliteiten op de financiële positie van een IB-onderneming en een AB-onderneming.⁴⁹

Hoogeveen heeft het onderzoek gedaan voor de situatie van een verkoop (al dan niet tegen schuldigerkenning), voor een schenking en voor vererving. De financiële positie van de onderneming wordt voorafgaand aan de bedrijfsopvolging vergeleken met die van direct na de bedrijfsopvolging (met en zonder faciliteiten). De financiële positie van de onderneming wordt uitgedrukt in een Z-score waarbij een hogere score duidt op een betere positie (uitgangspositie is een Z-score van 3,2⁵⁰). Een Z-score van minder dan 1,23 geeft volgens het Altman-model aan dat het waarschijnlijk is dat de onderneming binnen twee jaren failliet gaat. Uit het onderzoek zijn de volgende Z-scores overgenomen,

46. Hoogeveen (2011), blz. 473-486. Het onderzoek is uitgevoerd in samenwerking met Vernooij en eerder gepubliceerd in Hoogeveen en Vernooij (2010).

47. Zie voor een korte toelichting op het model paragraaf 4.2.2.4.

48. In hoofdstuk 4 heb ik het onderzoek verwerkt bij de toetsing aan doeltreffendheid (paragraaf 4.2.2.4). Zie aldaar voor de argumentatie.

49. Hoogeveen en Vernooij doelen met een AB-onderneming op een in de BV-vorm gedreven onderneming waarbij het ab in privé wordt gehouden. Bij de bespreking van hun onderzoek volg ik de door de auteurs gekozen term. Ik gebruik in het onderzoek zelf de term 'Vpb-onderneming'.

50. Dit is volgens de auteurs willekeurig gekozen. Ze beogen slechts het relatieve effect tussen de verschillende varianten weer te geven.

waarbij alleen die uitkomsten zijn overgenomen die voor de toetsing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting relevant zijn:

IB-onderneming	1/3 EV en 2/3 VV	100% VV
Verkoop zonder faciliteiten	1,43	1,28
Schenking aan kind zonder faciliteiten	2,34	2,14
Schenking aan kind met art. 3.63 Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956	3,16	3,16
Schenking aan werknemer zonder faciliteiten	1,93	1,72
Schenking aan werknemer met art. 3.63 Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956	3,16	3,16
Vererving aan kind zonder faciliteiten	1,95	1,74
Vererving aan kind met art. 3.62 Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956	3,16	3,16
AB-onderneming		
Verkoop zonder faciliteiten	1,79	1,63
Schenking aan kind zonder faciliteiten	2,58	2,39
Schenking aan kind met art. 4.17c Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 ⁵¹	2,82	2,67
Schenking aan werknemer zonder faciliteiten	2,24	2,04
Schenking aan werknemer met art. 4.17c Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956 ⁵²	2,81	2,67
Vererving aan kind zonder faciliteiten	2,25	2,04
Vererving aan kind met art. 4.17a Wet IB 2001 en art. 35b SW 1956	2,82	2,67

Hoogeven beschouwt de schenk- en erfbelasting als koopsom voor de onderneming en veronderstelt dat de door de verkrijger verschuldigde belasting aan de onderneming moet worden onttrokken. Dat bij vererving en schenking allleen de belasting hoeft te worden gefinancierd heeft tot gevolg dat de scores bij vererving en schenking een gunstiger beeld geven dan een normale verkoop zonder faciliteiten. Deze scores worden alleen maar hoger door toepassing van de faciliteiten. Vanuit financieringsoogpunt hebben de verkrijgers de faciliteiten veel minder hard nodig. De situatie bij schenking leidt overigens tot een hogere score dan bij overlijden omdat bij vererving de inkomstenbelasting uiteindelijk door de verkrijger moet worden betaald. Overigens veronderstelt de auteur dat er maar één erfgenaam is. Anders zou het tot de mogelijkheden behoren dat de verkrijger van de onderneming de waarde van de onderneming moet inbrengen in de nalatenschap.

51. De uitkomst is niet gegeven voor de situatie waarbij wordt geschonken aan een kind zonder toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 maar met art. 35b SW 1956.

52. De uitkomst is niet gegeven voor de situatie waarbij wordt geschonken aan een werknemer zonder toepassing van art. 4.17c Wet IB 2001 maar met art. 35b SW 1956.

De overall conclusie van Hoogeveen is dat de faciliteit niet doeltreffend is omdat de overheid een groep bevoordeelt die dat minder nodig heeft. Het zijn de kopers van ondernemingen die, beoordeeld op basis van de financiële positie, een faciliteit nodig hebben. Met de voorgaande conclusies kan ik instemmen.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat overheidsingrijpen legitiem kan zijn, maar dat de juiste voorwaarden moeten worden gesteld om te voorkomen dat onnodig gebruik wordt gemaakt van de faciliteiten.

5.3.3 *Gelijkheid*

5.3.3.1 *Inleiding*

De toetsing aan gelijkheid vindt plaats op basis van art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Allereerst moet worden vastgesteld of sprake is van gelijke gevallen (zie paragraaf 5.3.3.2). Indien gelijke gevallen niet gelijk worden behandeld moet sprake zijn van een objectieve en redelijke rechtvaardiging. Daarvan is volgens het EHRM sprake als de overheid een legitiem doel voor de ongelijke behandeling heeft en er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het gewenste doel (EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398). Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 5.3.3.3. Voor ongelijke gevallen geldt dat zij niet onevenredig ongelijk mogen worden behandeld. Dit doet zich overigens alleen voor bij een overduidelijke onevenredigheid (o.a. HR 21 oktober 1992, nr. 28 548, BNB 1993/29). Zie paragraaf 5.3.3.4.

Vervolgens wordt in paragraaf 5.3.3.5 aandacht besteed aan de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting de toets aan het draagkrachtbeginsel kan doorstaan. Ook al zou een beroep op het gelijkheidsbeginsel op grond van de mensenrechtenverdragen worden afgewezen, dan nog is relevant de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit past in een heffing naar draagkracht (zie paragraaf 1.4).

5.3.3.2 *Gelijke of ongelijke gevallen?*

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting geldt alleen voor verkrijgers van ondernemingsvermogen. In het kader van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel komt eerst de vraag aan de orde of verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen zijn aan te merken. Onder verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen versta ik ook verkrijgers van een onderbedelingsvordering op ondernemingsvermogen verkregen door een medeverkrijger. Naar mijn mening kan een dergelijke onderbedelingsvordering niet worden gezien als ondernemingsvermogen.⁵³ De waarde is wellicht wel afhankelijk van dat vermogen, maar het gaat mij te ver om die vordering op één lijn te stellen

53. Anders S.A. Stevens (2010).

met ondernemingsvermogen. De vordering levert geen direct belang op voor de onderneming. Dit is naar mijn mening anders voor de in art. 35c, eerste lid, onderdeel a en b, SW 1956 genoemde situaties. In die gevallen wordt een onderneming gedreven of een medegerechtigdheid gehouden. Dit geldt ook indien de onderneming in een kapitaalvennootschap wordt gedreven en een belastingplichtige in die kapitaalvennootschap direct of indirect een ab heeft. Verder kunnen op grond van art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956 onroerende zaken kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (zie uitgebreider paragraaf 5.3.5.6).⁵⁴ Dit is naar mijn mening terecht omdat een dergelijke onroerende zaak bij een IB-onderneming ook tot het ondernemingsvermogen kan behoren.

De toets of sprake is van gelijke gevallen moet plaatsvinden uitgaande van het doel van de regeling.⁵⁵ Vanuit dit doel kan worden nagegaan welke kenmerken de verkrijgers gemeen hebben en daarom gelijk behandeld zouden moeten worden.⁵⁶ In zijn annotatie bij HR 6 juni 2003, nr. 37 755, BNB 2004/5 schrijft Happé dienaangaande ten aanzien van de taak van de rechter: *'De rechter heeft een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot het vaststellen van de ratio van een wettelijke regeling. Daarbij zal hij doorgaans de bedoeling van de historische wetgever als vertrekpunt kunnen nemen. Ook de rechter moet vervolgens zich rekenschap geven van de ontwikkelingen in maatschappelijke opvattingen.'* Het is dus van belang te achterhalen hetgeen in de wetsgeschiedenis is opgemerkt ten aanzien van de vraag of verkrijgers van ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen zijn aan te merken. De wetgever heeft immers ook de taak om de resultaten waar hij toe komt waar nodig dragend te motiveren.⁵⁷ In de MvA⁵⁸ bij de behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de totstandkoming van de eerste specifieke bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting (renteloze invorderingsfaciliteit) is het volgende geantwoord op een vraag van de VVD-leden of niet beter gekozen had kunnen worden voor een gedeeltelijke kwijtschelding van de successierechten volgens een glijdende schaal: *'Wij wijzen er op dat gedeeltelijke kwijtschelding van de successierechten volgens een glijdende schaal neerkomt op een vrijstelling van een evenredig deel van het verkregen ondernemingsvermogen, ongeacht de omvang van dat vermogen. Wij sluiten ons in dezen aan bij hetgeen is verwoord in het rapport van de interdepartementale werkgroep fiscale maatregelen ten bate van het midden-en kleinbedrijf omtrent de mogelijkheid van kwijtschelding van successierechten volgens een glijdende schaal. De werkgroep merkt op, dat een dergelijke regeling in strijd is met de basisgedachte van de Successiewet 1956, die inhoudt dat al hetgeen krachtens erfrecht wordt*

54. In art. 35c, zesde lid, SW 1956 wordt een uitbreiding gegeven aan het begrip 'onroerende zaken'.

55. Gribnau (2006), blz. 53.

56. Happé (2009).

57. Zie ook Conclusie Van den Berge bij HR 15 juli 1998, nr. 31 922, BNB 1998/263, paragraaf 3.7.

58. MvA, Kamerstukken II 1983/84, 18 226, nr. 5, blz. 5.

verkregen in beginsel aan de heffing van successierecht is onderworpen en bovendien voorbijgaat aan het feit dat tot de nalatenschap andere vermogensbestanddelen kunnen behoren, die een zodanige omvang hebben dat er in het geheel geen reden is enigerlei tegemoetkoming te verlenen.' In een brief inzake het fiscale vestigingsklimaat volgt de staatssecretaris van Financiën in 1993 nog dezelfde lijn: 'Nadere faciliteiten die bij voorbeeld gelegen zouden kunnen zijn in aangepaste waarderingsregels voor ondernemingsgebonden vermogen of gedeeltelijke vrijstellingen ter zake van dergelijk vermogen, passen niet in de systematiek van de Successiewet 1956; deze beoogt namelijk te belasten de waarde van al wat verkregen wordt (vgl. artikel 1). Voor het introduceren daarvan zie ik, ook uit het oogpunt van precedentwerking, geen ruimte.'^{59, 60} Voor de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen neemt de regering derhalve art. 1 SW 1956 als uitgangspunt. Op grond van deze wettelijke bepaling moet in de heffing worden betrokken de waarde van al wat krachtens erfrecht, dan wel schenking wordt verkregen. Er is geen reden verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen verschillend te behandelen. Ze hebben als gelijke gevallen te gelden. Ook Van Vijfeijken⁶¹ sluit voor het doel aan bij art. 1 SW 1956 en komt vervolgens tot de conclusie dat op die grond sprake is van gelijke gevallen.

In een brief van 30 september 2009⁶² neemt de staatssecretaris van Financiën evenwel een ander standpunt in. Deze brief is geschreven ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de wijziging van de SW 1956 per 1 januari 2010.

Dit was, voor zover ik heb kunnen nagaan, de eerste keer dat een staatssecretaris van Financiën weer specifiek inging op de vraag of verkrijgers van ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen gelijke gevallen zijn. In de brief is het volgende te lezen: 'Mw. Van Vijfeijken spreekt haar vrees uit dat belastingplichtigen met succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel kunnen doen, stellend dat verkrijgers van ondernemingsvermogen grotendeels vrijgesteld worden waar dat niet geldt voor verkrijgers van ander vermogen. Dat zou de facto betekenen dat in het geheel geen schenk- en erfbelasting meer geheven zou worden. Deze vrees onderschrijf ik niet. Verkrijgers van ondernemingsvermogen zijn om verscheidene redenen niet vergelijkbaar met verkrijgers van ander vermogen. Zoals Stevens (YT: S.A. Stevens) in het tweede blok aangeeft kan hierbij worden gedacht aan de argumenten dat ondernemingsvermogen «vastzit» in de onderneming of dat voor ondernemers een «level playing field» in vergelijking tot multinationals moet worden gecreëerd. De BOR beoogt te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt doordat vermogen aan het bedrijf moet worden onttrokken om de schenk- of erfbelasting bij bedrijfsoverdracht te

59. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 16 juni 1993 inzake het fiscale vestigingsklimaat, Kamerstukken II 1992/93, 22 860, nr. 4, blz. 4.

60. De Haan (2007), blz. 172 beargumenteert mede op basis van deze brief dat sprake is van gelijke gevallen.

61. Van Vijfeijken (2011), blz. 243-244.

62. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 30 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, blz. 3.

kunnen voldoen. Bovendien is onder de huidige regeling, waarbij een vrijstelling van 75% geldt, nooit met succes beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan. Het eerste argument dat de staatssecretaris aanvoert waarom geen sprake is van gelijke gevallen is dat het ondernemingsvermogen 'vastzit' in de onderneming. Ook voor verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen geldt echter dat vermogen 'vast' kan zitten. Een verhuurd pand is immers ook niet altijd gemakkelijk verkoopbaar. Naar mijn mening is het 'vastzitten' in de onderneming hoogstens een probleem indien verder geen liquiditeiten beschikbaar zijn om de belasting te voldoen. Het tweede argument is dat voor ondernemers een 'level playing field' in vergelijking tot multinationals moet worden gecreëerd. Deze vergelijking snijdt naar mijn mening geen hout. Het verschil in fiscale behandeling tussen ondernemers en multinationals wordt veroorzaakt door tal van factoren. Indien dit verschil in behandeling ongewenst is, moet dit worden opgelost op voor belastingplichtigen relevante fiscale onderdelen. Deze door de staatssecretaris aangedragen argumenten vormen naar mijn mening geen relevante argumenten voor de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen. In ieder geval is duidelijk dat in bovengenoemde passage voor de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen niet meer wordt aangesloten bij art. 1 SW 1956. Het doel van de regeling is, zo blijkt uit bovengenoemde passage, het voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Uitgaande van deze benadering zijn verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen niet als gelijke gevallen aan te merken.

Inmiddels is in de jurisprudentie betreffende de SW 1956 in meer zaken ingegaan op de vraag of verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen hebben te gelden als gelijke gevallen. Rechtbank Arnhem is voor het jaar 2007⁶³ van oordeel dat sprake is van ongelijke gevallen (Rechtbank Arnhem, 25 maart 2010, nr. 09/1750, NTFR 2012/1952), maar motiveert dit oordeel niet. Zij had mijns inziens de vraag onder ogen had moeten zien of sprake is van een onevenredige ongelijke behandeling. De rechtbank merkt echter wel op *'dat ook al zou sprake zijn van gelijke gevallen, de wetgever dit onderscheid kon maken omdat de bedrijfsopvolgingsregeling tot doel had om de voortzetting van de onderneming niet in gevaar te brengen (...)'*. Hof Arnhem is van oordeel dat de rechtbank op goede gronden een juiste beslissing heeft genomen en neemt de gronden over en maakt die tot de zijne (Hof Arnhem 22 maart 2011, nr. 10/00194, V-N 2011/23.1.3).⁶⁴ De HR deed de zaak af met art. 81 RO (HR 9 december 2011, nr. 11/02099, V-N 2012/6.4). Rechtbank Arnhem oordeelde op 1 november 2012 nogmaals dat geen sprake is van gelijke gevallen⁶⁵ (Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. 12/1375, NTFR 2013/808): *'Uit de wetsgeschiedenis blijkt onmiskenbaar dat het doel van de*

63. Vrijstellingspercentage van 75.

64. Hof Arnhem toetst vervolgens nog aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar is van oordeel dat de in het derde lid van het Handvest (gelijkheid) neergelegde rechten niet tot een ander oordeel leiden.

65. Jaar 2005 (vrijstellingspercentage van 60).

*bedrijfsopvolgingsregeling is het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij ondernemingen als gevolg van de heffing van schenkings- of successierecht opdat het voortbestaan van de ondernemingen niet in gevaar komt. Bezien vanuit dat doel brengen erfrechtelijke verkrijgingen van ondernemings- en privévermogen verschillende risico's met zich en zijn zij als zodanig niet te beschouwen als gelijke gevallen.*⁶⁶

Rechtbank Breda (13 juli 2012, nr. 11/5509, NTFR 2012/1997) kwam voor 2007 tot een ander oordeel dan Rechtbank Arnhem op 25 maart 2010 voor hetzelfde jaar. Rechtbank Breda is van oordeel dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en van andere vermogensvormen wel zijn aan te merken als gelijke gevallen, omdat '(...) in beginsel de aard en hoedanigheid van hetgeen is verkregen voor de heffing van het recht van successie niet relevant is'.⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch sluit zich aan bij het standpunt dat sprake is van gelijke gevallen (Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2013, nr. 12/00496, V-N 2013/19.25).

Ook in het kader van de motorrijtuigenbelasting kwam aan de orde een door de regering gemaakt onderscheid tussen in casu binnen de ondernemingsfeer gebruikte en binnen de privéfeer gebruikte bestelauto's (HR 10 september 2010, nr. 08/04653, BNB 2011/65). De HR oordeelde dat het de wetgever vrij stond onderscheid te maken tussen het al dan niet binnen het kader van een onderneming gebruiken van een bestelauto. Ondanks dat sprake was van gelijke gevallen werd het gelijkheidsbeginsel niet geschonden.

Voor zover ik heb kunnen nagaan zijn er verder geen arresten gewezen waar het ging om de vraag of het gelijkheidsbeginsel werd geschonden als gevolg van een door de wetgever gemaakt onderscheid tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen.

Het gelijkheidsbeginsel kwam in het kader van de SW 1956 nog wel aan de orde waar het betrof de vraag of de verkrijging van een eenmanszaak en de verkrijging van incurante aandelen in een BV die worden gehouden door één persoon als gelijke gevallen hebben te gelden (HR 14 juli 2000, nr. 35 059, BNB 2000/306). De HR oordeelde dat er geen relevante verschillen bestaan tussen deze gevallen. De jurisprudentie op het gebied van de SW 1956 biedt verder, voor zover ik heb kunnen nagaan, geen specifiek antwoord op de vraag welke gevallen als gelijk hebben te gelden. In de arresten⁶⁸ waarin het

66. Zie inmiddels ook Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, nr. 12/00183, V-N 2013/15.20 (jaar 2010) en Rechtbank Haarlem 14 december 2012, nr. 12/222, 12/223, 12/224, NTFR 2013/241 (jaar 2009: vrijstellingspercentage van 75). Voorts als gevolg van proefprocedures massaal bezwaar naar aanleiding van uitspraak van Rechtbank Breda van 13 juli 2012: Rechtbank Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 14 februari 2013, nr. 13/98, www.rechtspraak.nl (jaar 2011), Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5949, www.rechtspraak.nl (jaar 2009), nr. 12/5950, www.rechtspraak.nl (jaar 2011), nr. 12/5955, V-N 2013/15.21 (jaar 2011) en nr. 12/6261, www.rechtspraak.nl (jaar 2011).

67. Zie ook Rechtbank Breda 22 november 2012, nr. 12/525, NTFR 2013/809 (jaar 2006: vrijstellingspercentage van 60) en Rechtbank Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Breda) 29 maart 2013, nr. 12/6433, V-N 2013/29.2.4 (jaar 2009) als gevolg van proefprocedure massaal bezwaar naar aanleiding van uitspraak van Rechtbank Breda van 13 juli 2012.

68. HR 19 oktober 2007, nr. 41 938, BNB 2008/17 en HR 15 oktober 2010, nr. 09/03561, V-N 2010/53.29.

gelijkheidsbeginsel op het gebied van de SW 1956 aan de orde was werd de vraag of sprake is van gelijke gevallen overgeslagen en werd gelijk ingegaan op de vraag of sprake was van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling.^{69, 70} Zo geven ook de auteurs van de Cursus Belastingrecht aan dat veelal eerst wordt onderzocht of voor het onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.⁷¹ Indien kan worden vastgesteld dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling bestaat, is de vraag of sprake is van gelijke gevallen niet meer relevant. Naar mijn mening is het evenwel van belang vast te stellen of verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen hebben te gelden. Uit het voorgaande blijkt dat er twee benaderingen mogelijk zijn.⁷² De eerste betreft de benadering die aansluit bij art. 1 SW 1956. Er is geen reden verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen verschillend te behandelen. Het zijn gelijke gevallen.⁷³ Naar mijn mening is dit de juiste benadering. In paragraaf 5.3.3.3 onderzoek ik of er sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen.

De tweede benadering stelt het behoud van de continuïteit van de onderneming voorop. De conclusie kan dan niet anders zijn dan dat geen sprake is van gelijke gevallen. Uitgaande van dit doel hebben verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen immers geen kenmerken gemeen. Omdat in de jurisprudentie in diverse uitspraken is geoordeeld dat sprake is van ongelijke gevallen wordt in paragraaf 5.3.3.4 onderzocht hoe de uitwerking moet zijn onder de veronderstelling dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als ongelijke gevallen hebben te gelden.

5.3.3.3 *Gelijke gevallen: objectieve en redelijke rechtvaardiging*

5.3.3.3.a *Inleiding*

Er is sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling als er een legitiem doel voor de ongelijke behandeling is en er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het gewenste

69. In de uitspraak van Rechtbank Arnhem van 25 maart 2010 zien we dit ook terugkomen. Naast de ongelijke behandeling van ondernemers en niet-ondernemers was in deze uitspraak ook de mogelijke strijdigheid van de hogere vrijstelling voor kinderen jonger dan 23 jaar in het geding. De rechtbank stelt daar dat voor zover er al sprake zou zijn van gelijke gevallen voor het onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestond.

70. Zie HR 8 juli 2005, nr. 39 870, BNB 2005/310 waarin de HR de vraag in het midden liet of sprake was van gelijke gevallen en zo gelijk overging op de vraag of sprake was van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling. Zo ook HR 28 oktober 2011, nr. 10/01544, BNB 2012/36.

71. De Kroon e.a., Cursus Belastingrecht FBR, 5.3.1.C. Aldaar wordt naar relevante jurisprudentie verwezen.

72. Zie ook Hoogwout (2012a).

73. Zo ook Albert (2012a) en Hoogeveen (2011), blz. 289.

doel. Een ongelijke behandeling is niet altijd te voorkomen. Het is aan de overheid een balans te vinden tussen het heffen van belastingen en het nastreven van sociale doelen (EHRM 12 december 2006, nr. 13 378/05, zaak Burden en Burden/Verenigd Koninkrijk, overweging 60, FED 2007/107). Specifiek op het gebied van de bedrijfsopvolgingsproblematiek kwam in HR 6 juni 2003, nr. 37 755, BNB 2004/5 betrekking hebbend op art. 15, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV 1970 de vraag op of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling van bepaalde bloed- en aanverwanten ten opzichte van andere personen: *‘Met de onderwerpelijke vrijstelling van overdrachtsbelasting voor gevallen van bedrijfsovername binnen de familie in de neerdalende rechte lijn, faciliteert de wetgever in fiscaal opzicht de bedrijfsoverdracht nog tijdens het leven van de ondernemer en wordt het risico van versnippering van het ondernemingsvermogen beperkt.’* De latere verkrijging krachtens erfrecht zou immers op grond van art. 3, eerste lid, onderdeel a, BRV 1970 niet als belaste verkrijging worden aangemerkt. Deze rechtvaardiging is niet toepasbaar waar het betreft de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting. In de overdrachtsbelasting is het uitgangspunt dat een verkrijging krachtens erfrecht niet belast is. De in art. 15, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV 1970 opgenomen vrijstelling voor bepaalde bloed- en aanverwanten faciliteert de eerdere overgang tijdens leven. Waar het betreft de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 gaat het om de vraag of verkrijgers van ondernemingsvermogen gefaciliteerd moeten worden omdat zij ondernemingsvermogen verkrijgen. Deze vraag speelt zowel bij leven (schenking) als bij overlijden.

In het kader van de erfbelasting is, naast het in de vorige paragraaf aangehaalde arrest van HR 9 december 2011 inzake de oude bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting (HR 9 december 2011, nr. 11/02099, V-N 2012/6.4), nog een aantal arresten geweest waar een mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel speelde. Zo heeft het EVRM geoordeeld dat een ongelijke behandeling voortvloeiend uit een progressieve belastingheffing niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel (EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398). Het draagkrachtbeginsel werd gezien als een rechtvaardiging voor ongelijke behandeling. Een apart tarief in de SW 1956 voor neven en nichten was ook niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het buitenkanskarakter gold hier als rechtvaardiging (HR 19 oktober 2007, nr. 41 938, BNB 2008/17). Ook is de wetgever binnen de ruime beoordelingsvrijheid gebleven indien hij verkrijgingen door kinderen en kleinkinderen van ongehuwde (groot)ouders anders behandelt als verkrijgingen door kinderen en kleinkinderen van gehuwde (groot)ouders (HR 15 oktober 2010, nr. 09/03561, V-N 2010/53.29). Naar mijn mening bieden de hiervoor genoemde arresten geen aanknopingspunten om de vraag te beantwoorden of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling van verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen. In geen van de arresten vormde het object van heffing het discussiepunt. Dit is nu juist wel aan de orde bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.

Heeft de overheid een legitiem doel voor de ongelijke behandeling? Naar mijn mening kan deze vraag bevestigend worden beantwoord. De doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij de onderneming als gevolg van de belastingheffing. Deze liquiditeitsproblemen zouden een bedreiging kunnen vormen voor de continuïteit van de onderneming. In bepaalde situaties kan het zo zijn dat middelen moeten worden onttrokken aan de onderneming om de erf-, dan wel schenkbelasting te moeten voldoen. In algemene zin kan men zeggen dat de overheid een legitieme doelstelling heeft om de overgang van ondernemingsvermogen bij overlijden te faciliteren (zie ook paragraaf 5.3.2).⁷⁴ De vraag is vervolgens of er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het doel. Aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting uit meer delen bestaat, wordt de proportionaliteit op onderdelen getoetst.

5.3.3.3.b Voorwaardelijke vrijstelling liquidatiewaarde en waarde going concern
In art. 35b, eerste lid, onderdeel b, ten eerste, SW 1956 is bepaald dat het eventuele verschil tussen de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen en de lagere waarde going concern volledig wordt vrijgesteld (voorwaardelijk). De vraag is of deze vrijstelling proportioneel is vormgegeven, gelet op het doel van de regeling. In art. 21, twaalfde lid, SW 1956 is bepaald dat de waarde van de onderneming moet worden vastgesteld op de waarde going concern, tenzij de liquidatiewaarde hoger is (zie uitgebreider over het verschil tussen liquidatiewaarde en de waarde going concern paragraaf 3.4.4). Dat op grond van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting een eventueel verschil tussen deze twee waarden voorwaardelijk wordt vrijgesteld, moet volgens de regering niet worden gezien als een waarderingsregel maar als een faciliteit bij bedrijfsopvolging.⁷⁵ Uitgangspunt is aldus dat indien de liquidatiewaarde hoger is dan de waarde going concern de waarde in het economische verkeer gesteld moet worden op de liquidatiewaarde.⁷⁶ Dit kan evenwel een bedrijfsopvolging in de weg staan. Hier moeten de bedrijfseconomische aspecten worden onderscheiden van de fiscaalrechtelijke aspecten. Vanuit bedrijfseconomisch oogpunt kan het zo zijn dat het bedrijf niet rendabel kan worden voortgezet als hiervoor de liquidatiewaarde zou moeten worden betaald. Fiscaalrechtelijk gaat het er evenwel om of de heffing van schenk- dan wel erfbelasting over het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern kan worden voldaan. Hiervoor is het niet noodzakelijk een vrijstelling te verlenen. Dit zou ook kunnen worden opgelost met een invorderingsfaciliteit in de IW 1990.⁷⁷ De vraag is nu of het middel, het verlenen van een voorwaardelijke kwijtscheldingsfaciliteit voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern, nog proportioneel is gegeven het

74. Zie ook Albert (2012a).

75. Brief van de staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II 2000/01, 27 789, nr. 1, blz. 14.

76. In de regel is de waarde going concern juist hoger dan de liquidatiewaarde.

77. Zo ook Van den Dool en Oerlemans (2003) die in de conclusie van hun bijdrage schrijven dat voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern een faciliteit in de invorderingssfeer moet worden gecreëerd.

doel. De wetgever verbindt als voorwaarde aan het verlenen van deze voorwaardelijke vrijstelling dat de onderneming gedurende een periode van vijf jaren wordt voortgezet. Aldus wordt de hogere liquidatiewaarde niet gerealiseerd. Van Vijfeijken⁷⁸ is van mening dat bij voortzetting de waarde going concern het uitgangspunt moet zijn. Bij voortzetting is de hogere waarde niet te realiseren.⁷⁹ Hoogeveen is van mening dat de vijfjaarstermijn te kort is.⁸⁰ Hoogeveen heeft de voorkeur minimaal aan te sluiten bij hetgeen in de praktijk in meerwaardeclausules (zie nader paragraaf 3.4.4) tussen partijen wordt afgesproken. Nog juister vindt zij het de voortzettingstermijn onbeperkt te maken. Ik ben het eens met Hoogeveen dat een termijn van vijf jaren kort is. Dit wil evenwel nog niet zeggen dat de conclusie moet zijn dat de vrijstelling in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Een voortzettingstermijn van vijf jaren is in ieder geval een belemmering om de liquidatiewaarde op korte termijn te realiseren. Naar mijn mening moet de conclusie zijn dat door het stellen van een voortzettingseis van vijf jaren het gekozen middel proportioneel is gegeven het doel. Er is alsdan reden uit te gaan van de lagere waarde going concern.⁸¹

5.3.3.3.c Voorwaardelijke vrijstelling overig ondernemingsvermogen

Voor ondernemingsvermogen geldt verder op grond van art. 35b, eerste lid, onderdeel a, SW 1956 een voorwaardelijke vrijstelling van € 1.028.132. Boven dit bedrag geldt op grond van art. 35b, eerste lid, onderdeel b, ten derde, SW 1956 een vrijstelling van 83% van de waarde van het ondernemingsvermogen. De vraag die in dit kader aan de orde moet komen is of de keuze van de wetgever ondernemingsvermogen vrij te stellen proportioneel is gegeven het doel van de faciliteit. Als het doel is het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij de onderneming als gevolg van de betaling van de belasting, is een vrijstelling niet het juiste instrument.⁸² Een faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling kan worden verkregen voor die situaties waarbij daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem, zou volstaan. Het vorenstaande wil evenwel niet zeggen dat een vrijstellingsfaciliteit in het kader van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel zonder meer moet worden afgewezen. Het gaat om de proportionaliteit van het middel. De hoogte van de vrijstelling speelt hierin een bepalende rol.

In de loop van de jaren dat een wettelijke vrijstelling van ondernemingsvermogen bestaat is die steeds ruimer geworden. In 1997 werd gestart met een

78. Van Vijfeijken (2008a).

79. Van Vijfeijken (2008a) gaat niet in op de vraag of dit al dan niet via een vrijstelling zou moeten worden geregeld.

80. Hoogeveen (2011), blz. 293. Zij komt tot dit standpunt in het kader van de toetsing van dit deel van de faciliteit aan art. 1 GW. Hoogeveen gaat niet expliciet in op de vraag of deze vrijstelling in strijd is met art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR.

81. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 93.

82. Zie o.a. ook Gribnau (2013), Kavelaars (2011), Van Vijfeijken (2011), blz. 243, Van den Dool en Heithuis (2009), blz. 183, Rijkers (2009), Stubbé (2008), Van Rijn (2000) en Zwemmer (2000).

vrijstelling van 25%.⁸³ Dit percentage is bepaald aan de hand van de budgettaire ruimte.⁸⁴

In 2002 is het percentage verhoogd naar 30%. In het NR⁸⁵ is het volgende te lezen over de verhoging van het vrijstellingspercentage naar 30: *'De Raad heeft in de memorie van toelichting een motivering gemist van de gedane keuze om middelen vrij te maken om het percentage van het ondernemingsvermogen dat bij bedrijfsopvolging buiten de heffing van successie- en schenkingsrecht blijft te verhogen. De voorgestelde maatregel dient er evenals artikel VII, onderdeel C, toe de problemen die kunnen optreden bij de gelijktijdige heffing van inkomstenbelasting en successiebelasting te verzachten. Aldus wordt vorm gegeven aan de aan het parlement gedane toezegging om het vervallen van het 20% tarief in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 te betrekken in de herziening van de successiewetgeving.'*

Bij de behandeling van het Belastingplan 2005, waar aan de orde was de vraag of het percentage van 30 moest worden verhoogd naar 50, is de volgende argumentatie gegeven: *'Het bestaan van een faciliteit voor bedrijfsopvolging, met de daaraan inherente ongelijke behandeling van vermogensbestanddelen, vindt zijn rechtvaardiging in het algemeen belang dat gemoeid is met de continuïteit van ondernemingen. Er is geen sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel mits de vormgeving van de faciliteit geschikt is voor het beoogde doel en de faciliteit niet ruimer is dan nodig is om het gekozen doel te bereiken. Hoe ruim de faciliteit in dit kader mag zijn, valt niet exact te bepalen, ook al omdat het een generieke faciliteit is en de ondernemingen waarop zij van toepassing zal zijn, verschillend van aard zijn. Desalniettemin hebben wij de indruk dat, zoals ook elders in deze nota is aangegeven, de liquiditeitsproblemen die ten gevolge van de heffing van successie- of schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging kunnen ontstaan met deze verhoging in voldoende mate zijn weggenomen. Een verdere verhoging of zelfs een volledige vrijstelling zou, nog afgezien van andere ongewenste neveneffecten, naar ons oordeel over zijn doel heen schieten. Dan zou inderdaad de vraag of er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel, terecht gesteld kunnen worden. In dit verband zouden wij ook willen wijzen op het negatieve oordeel dat de Raad van State, op grond van een soortgelijke overweging, in het verleden heeft uitgesproken over een volledige vrijstelling voor ondernemingsvermogen in de vermogensbelasting (Kamerstukken II 1994–1995, 23 940, nr. 3, blz. 10). (...). Wij zijn van mening dat met de nu voorgestelde verhoging van de vrijstelling, in combinatie met de mogelijkheid van uitstel van betaling voor het verschuldigde successie- of schenkingsrecht, de liquiditeitsproblemen bij bedrijfsopvolging in voldoende mate zijn weggenomen voorzover die door deze belastingen worden veroorzaakt. Een verdere verhoging van de vrijstelling zou voorts, zoals is aangegeven in de notitie «Bedrijfsoverdracht: continuïteit door fiscaliteit» (Kamerstukken II 2003–2004, nr. 66), de kans op onbedoeld gebruik doen toenemen. Wij overwegen thans dan*

83. Verder gold een volledige vrijstelling voor quota, vergunningen, ontheffingen, concessies en andere dispensaties van publiekrechtelijke aard. Het percentage van 25 gold voor het overige ondernemingsvermogen.

84. NnavV, Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 6, blz. 10.

85. NR, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 19-21.

ook geen verdere verhoging van de vrijstelling.⁸⁶ Hieruit blijkt dat bij 50% volgens de regering de grens is bereikt. Toch is vervolgens bij de behandeling van nog steeds hetzelfde wetsvoorstel met een amendement⁸⁷ een ruimere ophoging bewerkstelligd. Het voorstel om het percentage te verhogen tot 50 is met dit amendement van tafel geveegd. Voor 2005 en 2006 is een percentage van 60 gaan gelden en vanaf 2007 van 75%. De reactie van de staatssecretaris op het amendement luidt als volgt: '(...) *We hadden de indruk dat in het oorspronkelijk ingediende voorstel de liquiditeitsproblemen al in voldoende mate waren weggenomen. Een meerderheid van de Tweede Kamer heeft op dit punt een andere afweging gemaakt.*'⁸⁸ Er is verder geen inhoudelijke motivering gegeven. Terecht schrijft Happé dat juist bij amendementen er op gelet moet worden dat het gelijkheidsbeginsel niet wordt geschaad.⁸⁹ Deze vraag is voor deze verhogingen inmiddels minder relevant door de wijziging van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit met ingang van 1 januari 2010. Ook daar is evenwel op het laatste moment een belangrijke wijziging in het wetsvoorstel gekomen door een amendement.⁹⁰ Waar tijdens de gehele behandeling van het wetsvoorstel nog werd gesproken over een voorwaardelijke vrijstelling van 90% en rentedragend uitstel van betaling voor de resterende 10% van het ondernemingsvermogen, werd door een amendement de vrijstelling gesteld op de vrijstelling zoals deze nu in de wet is opgenomen (vrijstelling tot € 1.028.132 aan ondernemingsvermogen, daarboven nog 83% voorwaardelijk vrijgesteld en voor de resterende 17% rentedragend uitstel van betaling). De Raad van State schrijft het volgende over de oorspronkelijk voorgestelde wijziging per 1 januari 2010: '*Naar het oordeel van de Raad is bij de verhoging van 50% naar 75% reeds de grens overschreden waarbij de faciliteit nog in genoemde sleutel kan worden geplaatst. (...). Het nagenoeg geheel onbelast laten van ondernemingsvermogen, nu wordt voorgesteld de heffing van de erf- en schenkbelastingen in de familiesfeer terug te brengen tot ten hoogste de contante waarde van 10%⁹¹ van 20% erf- of schenkbelasting of circa 1,4%, is niet te verklaren uit de continuïteitsbedreiging uit hoofde van de onttrekking van liquide middelen. Ten gunste van een lagere heffing dan circa 3,5% van de waarde van de onderneming (huidige faciliteit) kan niet gesteld worden dat de kern van de regeling is dat de erf- of schenkbelasting vanwege het belang van een onbelemmerde voortzetting van economische bedrijvigheid een bedreiging vormt voor reële bedrijfsoverdrachten. De verhouding met de heffing van erf- of schenkbelastingen over de overige vermogensbestanddelen is zoek. Reeds eerder heeft de Raad er op gewezen dat het ook*

86. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14, blz. 38.

87. Amendement-Dezentjé Hamming, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 58, blz. 2.

88. NnavV, Kamerstukken I 2004/05, 29 767, nr. C, blz 7.

89. Happé (1999), blz. 34. De auteur verwijst naar het studeerkamerarrest (HR 17 november 1993, nr. 28 587, BNB 1994/36) en het grootwagparkhoudersarrest (HR 17 augustus 1998, nr. 33 078, BNB 1999/122) alwaar, volgens Happé, de regering tijdens het parlementaire proces ernstige twijfels had of sprake was van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel.

90. Nader gewijzigd amendement van het lid Cramer c.s. ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 53, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79.

91. Oorspronkelijk zou 90% van de waarde going concern worden vrijgesteld.

vanuit andere belangen dan het algemeen sociaal- economische belang onwenselijk zou kunnen zijn dat geforceerde verkoop van vermogensbestanddelen moet plaatsvinden teneinde het successierecht te voldoen. Dit zou het geval kunnen zijn bij voorwerpen van kunst, cultuur en wetenschap en niet-opengestelde landgoederen, maar ook bijvoorbeeld bij onroerende of andere zaken die op grond van te rechtvaardigen individuele belangen «in de familie» zouden moeten kunnen blijven.⁹²

Het nagenoeg geheel onbelast laten van ondernemingsvermogen past ook niet bij het buitenkansbeginsel als dragende grondslag voor de erf- en schenkbelastingen. De faciliteit ondergraaft daarmee deze belastingen als zodanig. Zolang geen andere rechtvaardigingsgrond als dragende grondslag kan worden aangeduid, krijgen deze belastingen een willekeurig karakter, aangezien de voorgestelde bevoordeling van de agrarische sector en het overige familiebedrijf niet uit het buitenkansbeginsel kan worden verklaard. De omstandigheid dat een substantieel gedeelte van de vererfde of geschonken vermogensbestanddelen buiten de heffing blijft roept spanning op met het gelijkheidsbeginsel, die alleen kan worden weggenomen door voor de nagenoeg gehele vrijstelling voor ondernemingsvermogen een objectieve en redelijke grond aan te voeren.⁹³ Toch was de staatssecretaris van Financiën van mening dat de faciliteit waarbij 75% van het ondernemingsvermogen voorwaardelijk werd vrijgesteld ontoereikend is: 'Uit overleg met diverse maatschappelijke organisaties heeft mij het signaal bereikt dat de huidige faciliteit toch als belemmerend wordt ervaren. De verhoging van het vrijgestelde percentage naar 90% moet hier een eind aan maken. Verruiming van de al bestaande uitstelregeling (uitstel van betaling voor de verschuldigde erf- en schenkbelasting over het niet-vrijgestelde bedrag) zou dat effect niet hebben. Immers, een dergelijke verruiming – in welke vorm dan ook – zou niet van invloed zijn op de hoogte van de belastingclaim.'⁹⁴ Deze redenering verbaast mij.⁹⁵ Naar mijn mening zou de overheid zelf een gedegen onderzoek moeten doen of een dergelijke verhoging van het vrijstellingspercentage nodig is gezien het doel van de regeling.^{96, 97} Verder merkt de regering op dat een verruiming van de uitstelregeling niet van invloed is op de hoogte van de belastingclaim. Daar

92. De RvS verwijst voor dit stuk tekst naar advies RvS, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. A, blz. 19.

93. Advies RvS, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, blz. 3.

94. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 18.

95. Zo ook Hoogeveen (2011), blz. 314. Volgens Hoogeveen moeten de organisaties ten minste onderbouwen in welke mate ondernemingen belemmeringen ervaren. Ook Van Vijfeijken (2009) is van mening dat het onderbouwen van de faciliteit op basis van een bereikt signaal niet bijdraagt aan de geloofwaardigheid van nut en noodzaak van de faciliteit.

96. Overigens mist ook de NOB een onderbouwing van de verhoging van het vrijstellingspercentage. De NOB is het eens met de RvS dat de verhoging niet meer kan worden beargumenteerd op basis van continuïteitsargumenten. Zie de brief van de NOB van 4 juni 2009 aan de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer, blz. 12.

97. De regering (NnavNV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 35-36) verwijst ook nog naar het onderzoek van Burgerhart, Hoogeveen en Egger (2009) onder fiscalisten, waarbij 84,5% van mening is dat de 75%-vrijstelling noodzakelijk is. Ook dit rechtvaardigt volgens de regering het bestaan van de faciliteit. Dit is naar mijn mening toch een opmerkelijke stellingname. Het ligt voor de hand dat fiscalisten het belang van de cliënt vooropstellen.

heeft hij gelijk in. Het doel van de faciliteit is evenwel niet de belastingclaim te verlagen, maar een liquiditeitsprobleem als gevolg van de belastingbetaling op te lossen. Dit doet nu juist bij uitstek een faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling kan worden verkregen.

De verhoging van het vrijstellingspercentage per 1 januari 2010 wordt op basis van nog een andere overweging gemotiveerd: *'De daartegenover staande verhoging van het percentage van de faciliteit biedt daarnaast mede een tegemoetkoming voor de discussie omtrent het meewegen van de voor overdracht vatbare goodwill in de waardering van een onderneming. In het overleg met VNO-NCW en MKB-Nederland dat bij het Belastingplan 2009 is toegezegd over de waardering van ondernemingen, bleek dat een van de sterkst gepercipieerde knelpunten te zijn.'*⁹⁸ In de Handelingen II komt dit aspect nog terug, alwaar de staatssecretaris van Financiën het volgende zegt: *'Men ervaart het zo, en in economisch opzicht klopt dat ook, dat over toekomstige winsten, die netto contant zijn gemaakt, belasting moet worden betaald. Ja, er zijn inderdaad echt gevallen bekend waarbij dit kon leiden tot continuïteitsproblemen. Dit loste men op door als het ware de arm te amputeren, door een deel van het bedrijf af te stoten. Hiervoor kiest dit kabinet niet.'*⁹⁹ In een brief van 29 oktober 2009 naar aanleiding van een plenair debat schrijft de staatssecretaris het volgende: *'Met de verhoging van de vrijstelling worden de resterende problemen zoals die door ondernemers worden ervaren, met name bij bedrijven met een grote zakelijke goodwill, opgelost en kunnen de schenk- en erfbelasting geen probleem meer vormen bij een reële bedrijfsopvolging. Hiermee is de verhoging van de vrijstelling gerechtvaardigd. Ik wil benadrukken dat de achterliggende gedachte van de faciliteit voor bedrijfsopvolging altijd is geweest om de economische bedrijvigheid, met name in het MKB niet te belemmeren. Daarmee wordt een algemeen sociaaleconomisch belang gediend en dat is ook de reden waarom de faciliteit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.'*¹⁰⁰ Uit de Handelingen I blijkt nog het volgende: *'De waarderingsgrondslag is de waarde in het economisch verkeer. Economisch betekent in principe de netto contante waarde van alle toekomstige winsten. Economisch is heel goed te verdedigen om de waarde in het economisch verkeer te belasten, maar het gevoel in familiebedrijven was heel sterk dat er successiebelasting werd betaald over toekomstige winsten. Dat was niet alleen gevoelsmatig een probleem. Terwijl men voor de rest normaal belasting betaalde, had men er in de praktijk ook problemen mee, want als een familiebedrijf meerdere keren van de ene op de andere generatie overging, dan moest iedere keer successierecht worden betaald. Dat is een van de redenen waarom wij een vrijstelling hebben. De vrijstelling voor ondernemingsvermogen is dan ook gerechtvaardigd. Dat blijkt*

98. NR, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, blz. 4.

99. Handelingen 29 oktober 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 18, blz. 1418.

100. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 29 oktober 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 76, blz. 19-20.

ook wel uit het feit dat er tot nu toe altijd al een vrijstelling van 75% was. Het gaat om verschillende situaties, die niet met elkaar zijn te vergelijken.¹⁰¹

Aldus voert de regering aan dat de faciliteit een tegemoetkoming is voor het feit dat goodwill in de waardering van de onderneming moet worden betrokken. Goodwill is de contante waarde van toekomstige overwinsten. Omdat er geen reden is toekomstige overwinsten te belasten bij schenking en vererving zouden die, aldus de regering, vrijgesteld moeten worden. Ik acht die benadering niet juist omdat de waarde in het economische verkeer van andere vermogensbestanddelen ook wordt bepaald door toekomstige opbrengsten. Daarnaast motiveert de regering de vrijstelling door erop te wijzen dat er bij iedere volgende overgang (schenking of vererving) van ondernemingsvermogen schenk- of erfbelasting moet worden betaald indien geen vrijstelling van toepassing is hetgeen, aldus nog steeds de regering, een vorm van dubbele heffing inhoudt hetgeen ongewenst is. Ook dit argument acht ik niet steekhoudend; immers, er is op dit punt geen verschil tussen ondernemingsvermogen en overig vermogen. Deze argumenten kunnen derhalve naar mijn mening geen rechtvaardiging vormen voor een vrijstelling bij schenking en vererving.

In de jurisprudentie is de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel aan de orde gekomen. In paragraaf 5.3.3.2 is aangegeven dat Rechtbank Breda heeft beslist dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen hebben te gelden (Rechtbank Breda 13 juli 2012, nr. 11/05509, NTFR 2012/1997). Hof 's-Hertogenbosch komt in hoger beroep ook tot de conclusie dat sprake is van gelijke gevallen (Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2013, nr. 12/00496, V-N 2013/19.25). Erflater overleed in 2007. De verkrijging van belanghebbende bestond uit verpachte landbouwgronden. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kende in 2007 een vrijstellingspercentage van 75%. Voor de resterende 25% kon gedurende een periode van tien jaar rentedragend uitstel van betaling worden gekregen. De rechtbank komt tot de volgende samenvatting en het volgende oordeel: '(i) dat rechtens geen onderscheid wordt gemaakt tussen het wel of niet aanwezig zijn van liquiditeitsproblemen als gevolg van heffing van successie- of schenkingsrecht over ondernemingsvermogen, (ii) dat uit niets is gebleken dat die liquiditeitsproblemen zich ook feitelijk voordoen (iii) dat er in individuele gevallen geen enkele toets wordt aangelegd of feitelijk van liquiditeitsproblemen sprake is en (iv) de hoogte van de vrijstelling, leiden de rechtbank tot de conclusie dat de wetgever met de verruiming van de faciliteit in 2005 de hem toekomende 'wide margin of appreciation' heeft overschreden en dat voor de hierdoor ontstane ongelijke behandeling van gelijke gevallen geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat zodat sprake is van onaanvaardbare discrimina-

101. Handelingen 15 december 2009, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 460.

tie als bedoeld in artikel 26 IVBPR respectievelijk artikel 14 EVRM.¹⁰² Ik kan me vinden in de uitspraak van de rechtbank.¹⁰³ Hof 's-Hertogenbosch (zie hiervoor) komt evenwel tot een ander oordeel. Volgens het Hof (r.o. 4.7) hanteert de wetgever, vanaf 2005, maar in ieder geval vanaf 2007, een andere rechtvaardigingsgrond: *'Uit de wetsgeschiedenis valt echter ook op te maken, dat de wetgever voor (de handhaving en) de uitbreiding van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten een andere rechtvaardigingsgrond is gaan hanteren. Niet het al dan niet ontbreken van liquide middelen, welk argument ook van belang is bij verkrijgingen van ander vermogen dan ondernemingsvermogen, is voor de wetgever de rechtvaardiging gebleven de verkrijging van ondernemingsvermogen anders te behandelen dan niet-ondernemingsvermogen. Uit de wetsgeschiedenis valt op te maken, dat, vanaf 2005, maar in ieder geval met ingang van 2007, het in alle gevallen waarborgen van de continuïteit van een ('echte') onderneming van erflater voorop is komen te staan, ook in die gevallen waarin het betalen van recht van successie niet stuit op betalingsproblemen.'* Naar mijn mening is het geen juiste conclusie dat het al dan niet kunnen betalen van de erfbelasting geen rol meer speelt. Er wordt een faciliteit geboden omdat het betalen van de erfbelasting tot continuïteitsproblemen zou kunnen leiden wanneer de middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. De faciliteit is vervolgens generiek van aard. Volgens Hof 's-Hertogenbosch bestaat er vervolgens een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling omdat het bij de verkrijging van ondernemingsvermogen gaat om het waarborgen van het behoud van de continuïteit van de onderneming. Dit is naar mijn mening het doel dat de overheid nastreeft. Om vast te stellen of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling moet nog worden bepaald of het middel proportioneel is gegeven het doel. Dit doet het Hof pas nadat het al heeft geconcludeerd dat sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging. Het Hof is van mening dat het middel proportioneel is omdat er sprake moet zijn van een 'echte' onderneming en vanwege de voortzettingseis. Uiteindelijk komt Hof 's-Hertogenbosch tot de conclusie dat het niet van belang is *'(...) of en in hoeverre het percentage van 75 te hoog is om een liquiditeitsprobleem op te lossen'*. Ik kan me hierin niet vinden, omdat naar mijn mening het uitgangspunt moet worden aangehouden dat de faciliteit dient om liquiditeitsproblemen te voorkomen. Indien wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de faciliteit dient om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingbetaling te voorkomen staat het buiten kijf dat een vrijstelling van ondernemingsvermogen een liquiditeitsprobleem bij schenking of vererving

102. Ook in Duitsland is de vraag aan de orde of de aldaar geldende vrijstelling voor ondernemingsvermogen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Het Bundesfinanzhof heeft deze vraag aan het Bundesverfassungsgericht voorgelegd (BFH-Beschluss vom 27 september 2012, II R 9/11).

103. Opmerkelijk is dat de rechtbank het rechtstekort zelf opheft. De rechtbank kent de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toe aan belanghebbende maar erkent dat dit een nieuwe ongelijkheid oproept. De verkrijger van ondernemingsvermogen moet de onderneming immers vijf jaar voortzetten. Dit heeft de rechtbank ertoe aangezet de gewone aanslag te converteren in een conserverende aanslag.

(gedeeltelijk) oplost. Nu wordt evenwel de vrijstelling ook verleend indien geen sprake is van liquiditeitsproblemen. Om dit te voorkomen zou in iedere situatie getoetst moeten worden of zich liquiditeitsproblemen voordoen. Indien dit in het licht van de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel wordt bezien, moet evenwel rekening worden gehouden met de ruime beoordelingsvrijheid van de wetgever. Deze kan ervoor kiezen een vrijstelling te allen tijde toe te kennen, dus zonder na te gaan of sprake is van liquiditeitsproblemen. De vraag is evenwel of het middel nog proportioneel is gegeven het doel. Met de verhoging van het vrijstellingspercentage (oorspronkelijk vormgegeven als kwijtschelding) van de oorspronkelijke 25% naar 100% dan wel 83% als het ondernemingsvermogen het bedrag van € 1.028.132 overschrijdt, wordt strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel steeds aannemelijker. De vrijstelling kent bovendien geen maximum. Overigens was de regering, zoals uit de hiervoor besproken wetsgeschiedenis is gebleken, zelf ook van mening dat een vrijstellingspercentage van meer dan 50 zou kunnen leiden tot schending van het gelijkheidsbeginsel. Ik ben me ervan bewust dat de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt (o.a. HR 8 juli 2005, nr. 39 870, BNB 2005/310, vgl. EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Cijaja/Italië, BNB 2002/398), waarbij dit oordeel moet worden geëerbiedigd tenzij dat van redelijke grond ontbloeit is (EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, zaak M.A. en anderen/Finland, V-N 2003/52.2).¹⁰⁴ Naar mijn mening is van een redelijke grond bij dergelijke vrijstellingspercentages geen sprake meer.¹⁰⁵ Een verkrijger van niet-ondernemingsvermogen die stelt dat sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel omdat een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling ontbreekt, moet in het gelijk worden gesteld. Ook Hoogeveen¹⁰⁶ is deze mening toegedaan: *'De enkele veronderstelling van de wetgever dat de schenk- en erfbelasting leidt tot liquiditeitsproblemen en daarmee tot staking van rendabele ondernemingen, biedt een onvoldoende motivering voor het gemaakte onderscheid.'* Van den Dool en Heithuis¹⁰⁷ zijn eveneens van mening dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen. Zij laten zich evenwel niet expliciet uit over de vraag of de faciliteit in strijd is met art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Ook Gribnau¹⁰⁸ acht de verdere verhoging van het vrijstellingspercentage in strijd met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁹ Volgens Gribnau zou de wetgever op eigen initiatief, los van de vraag hoe de HR in cassatie gaat oordelen, de vrijstelling af moeten schaffen. Albert¹¹⁰ schrijft dat hij de indruk

104. Zie voor een recent arrest ook HR 28 oktober 2011, nr. 10/01544, BNB 2012/36.

105. Zo ook Van Vijfeijken (2011), blz. 245 en Stubbé (2008). De bijdrage van Stubbé is geschreven toen nog een vrijstellingspercentage van 75 gold.

106. Hoogeveen (2011), blz. 342-343.

107. Van den Dool en Heithuis (2009), blz. 183. Ten tijde van deze publicatie was het vrijstellingspercentage 75.

108. Gribnau (2013).

109. Gribnau doelt hier op de oorspronkelijk voorgestelde verhoging van 30% naar 50%. Hij gaat niet inhoudelijk in op de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in strijd is met art. 14 EVRM.

110. Albert (2012a).

heeft 'dat het EHRM in fiscale aangelegenheden enkel een geschiktheidstoets aanlegt, niet tevens een proportionaliteitstoets'. Hij komt vervolgens tot de conclusie dat de HR daarom waarschijnlijk zal oordelen dat geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel, maar is wel van mening dat de faciliteit in haar huidige vorm niet gehandhaafd zou mogen worden.

Aldus blijkt dat de meningen verdeeld zijn of de faciliteit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Ik ben van mening dat dit zo is, ongeacht het uiteindelijke oordeel van de HR. Vervolgens is de vraag welk vrijstellingspercentage of -bedrag de toets aan het gelijkheidsbeginsel dan wel kan doorstaan. De Haan acht de kans op rechterlijk ingrijpen bij een vrijstelling boven 50% van de waarde van het ondernemingsvermogen groter.¹¹¹ Ik sluit me hierbij aan, omdat de regering zelf ook heeft aangegeven dat een hoger percentage tot strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel kan leiden. Dit wil niet zeggen dat ik pleit voor een vrijstellingspercentage van 50% van de waarde going concern van het ondernemingsvermogen. Dit staat namelijk los van de vraag of sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel is immers minder snel sprake, omdat de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. In paragraaf 6.3.2.2 doe ik aanbevelingen omtrent de vraag hoe hoog het vrijstellingspercentage (maximaal) zou moeten zijn.

5.3.3.3.d *Uitstel van betaling betrekking hebbend op 17% ondernemingsvermogen*

Tot nu toe is nog niet specifiek aandacht besteed aan de faciliteiten die uitstel van betaling bieden. Hiertoe moet een onderscheid worden gemaakt tussen art. 25, twaalfde lid en art. 25, dertiende lid, IW 1990. De eerste is hier aan de orde. Deze faciliteit geldt voor verkrijgers van ondernemingsvermogen en is van toepassing op de resterende 17% aan ondernemingsvermogen. Het uitstel wordt op verzoek verleend voor een periode van tien jaren¹¹² en is rentedragend. Naar mijn mening geldt voor deze faciliteit dat sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen.¹¹³ Hiermee doel ik in algemene zin op het verlenen van uitstel van betaling ter zake van de verkrijging van ondernemingsvermogen en dus niet specifiek op het hiervoor genoemde percentage van 17. Het verlenen van een invorderingsfaciliteit, mits op verzoek, om liquiditeitsproblemen te voorkomen, is naar mijn mening een juist middel. Zeker nu invorderingsrente verschuldigd is gedurende de periode van het uitstel. Dat remt onbedoeld gebruik af.^{114, 115} De belastingplichtige verkeert dan wel in een betere positie dan een verkrijger van ander vermogen waarvoor geen uitstel wordt verleend, maar deze keuze acht ik proportioneel.

111. De Haan (2007), blz. 174-178.

112. De termijn van tien jaren vangt aan op de dag na het einde van het kalenderjaar waarin de verkrijging heeft plaatsgevonden (art. 6a, tweede lid, Uitv.reg. IW 1990).

113. Zo ook Zwemmer (2000), paragraaf 3.

114. Zie ook Werkgroep modernisering successiewetgeving (2000), paragraaf 4.8.1.

115. In paragraaf 6.2.2.2.a worden aanbevelingen gedaan ten aanzien van de hoogte van de in rekening te brengen invorderingsrente.

5.3.3.3.e *Uitstel van betaling voor verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op een verkrijger van ondernemingsvermogen*

De tweede faciliteit (art. 25, dertiende lid, IW 1990) geldt voor verkrijgers die een onderbedelingsvordering krijgen op door een medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen. Hiertoe maak ik eerst de vergelijking tussen de verkrijgers van een onderbedelingsvordering en belastingplichtigen waar geen ondernemingsvermogen tot de nalatenschap behoort. Ook hier geldt weer de vraag of het middel (invorderingsfaciliteit) nog proportioneel is gezien het doel. Het doel is te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt als gevolg van het feit dat de verkrijger van de onderbedelingsvordering zijn erfbelasting moet voldoen.

Hiertoe moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties: allereerst degene die een onderbedelingsvordering krijgt op de langstlevende als gevolg van een wettelijke verdeling (art 4:13 BW) en ten tweede de situatie waarbij de onderneming aan iemand toekomt tegen inbreng van de waarde (bijvoorbeeld als op grond van een testament de onderneming wordt gelegateerd tegen inbreng van de waarde).

In de eerste situatie wordt de onderneming voortgezet door de langstlevende en krijgen de kinderen een – in beginsel – niet opeisbare onderbedelingsvordering op de langstlevende. De belasting die ziet op de verkrijging van de onderbedelingsvordering moet op grond van art. 4:14 BW door de langstlevende worden voorgeschoten. De belasting betreft immers een schuld van de nalatenschap (art. 4:7, eerste lid, onderdeel e, BW). De langstlevende heeft overigens niet tot aflossing van de onderbedelingsvordering over te gaan. In deze situatie acht ik het middel proportioneel. De kans bestaat dat de langstlevende de middelen ter voldoening van de belastingschuld uit de onderneming moet halen. Het verlenen van een rentedragende invorderingsfaciliteit aan de verkrijger van een onderbedelingsvordering acht ik dan proportioneel. Hiermee is de langstlevende gebaat. In de tweede situatie heeft de niet-voortzetter een onderbedelingsvordering op de voortzetter. De testateur kan bepalen dat de inbreng schuldig wordt gebleven en in termijnen mag worden betaald. Als dit in het testament wordt opgenomen onder vermelding dat zonder deze periodieke betaling de voortzetting van het beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt, houdt hij hiermee de aanspraak op de legitieme portie buiten de deur. Het opnemen van deze reden, beperkt namelijk de opeisbaarheid van de legitieme portie (art. 4:74 BW). Indien de juistheid van de opgegeven reden niet kan worden betwist, heeft de legitimaris niet de mogelijkheid de legitieme portie op te eisen. Hij zal dan niet in staat zijn de voortzetter ertoe te bewegen de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming te laten halen. Dit is niet anders als bij andere vorderingen. Het voorgaande kan anders zijn indien de erflater in het testament bijvoorbeeld heeft bepaald dat de voortzetter de erfbelasting moet voorschieten. Hieruit blijkt dat het nog maar de vraag is of de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd als gevolg van de heffing van erfbelasting. Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het mogelijk is dat middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om de belasting te

voldoen. Ik acht het derhalve niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel dat verkrijgers van een onderbedelingsvordering recht hebben op een invorderingsfaciliteit en andere verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen niet. Indien de invorderingsfaciliteit renteloos is, zou het middel minder proportioneel zijn geweest.

De tweede vergelijking die in dit kader moet worden gemaakt betreft die tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op verkrijgers van ondernemingsvermogen. In paragraaf 5.3.3.3.c is aan de orde geweest of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het verschil in behandeling tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen. Er is geconcludeerd dat de keuze een bedrag van € 1.028.132 aan ondernemingsvermogen vrij te stellen niet proportioneel is. Dit geldt tevens voor de vrijstelling van 83% voor het overige ondernemingsvermogen.¹¹⁶ Is dit nu anders waar het specifiek de vergelijking betreft tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op verkrijgers van ondernemingsvermogen? Verkrijgers van dergelijke onderbedelingsvorderingen kunnen immers verzoeken om rentedragend uitstel van betaling. Naar mijn mening is het verschil tussen de in art. 35b SW 1956 opgenomen voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit en een rentedragende invorderingsfaciliteit te groot. Het feit dat verkrijgers van ondernemingsvermogen de belasting uiteindelijk niet of slechts gedeeltelijk verschuldigd zijn en het feit dat verkrijgers van onderbedelingsvorderingen betrekking hebbende op ondernemingsvermogen op termijn de belastingschuld (inclusief invorderingsrente) wel moeten betalen acht ik hiervoor bepalend. Hier moet tot strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel worden geconcludeerd.

Het gevolg van de huidige faciliteit is overigens dat de nettoverkrijgingen, bij gelijke erfdelen, tussen de erfgenamen verschillen. Ik ben het eens met De Haan¹¹⁷ dat het in principe aan de erflater is om hiermee rekening te houden in zijn testament.¹¹⁸ Een nadeel van deze keuze is evenwel dat dit gevolgen kan hebben voor het gedrag van een erflater. De erflater zal wellicht trachten de nettoverkrijgingen meer op één lijn te krijgen.¹¹⁹ Zie hiervoor uitgebreider de toetsing aan neutraliteit (paragraaf 5.3.4.3).

116. Ten aanzien van het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern ben ik, zoals eerder uiteengezet, van mening dat er wel een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

117. De Haan (2007), blz. 178.

118. Volgens Moltmaker (2009) is dit rijkelijk optimistisch. Naar mijn mening is het evenwel geen taak van de wetgever om dergelijke verschillen op te lossen.

119. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 446.

5.3.3.4 *Ongelijke gevallen*

5.3.3.4.a *Inleiding*

In paragraaf 5.3.3.2 heb ik betoogd dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen moeten worden aangemerkt als gelijke gevallen. Ik heb daar aangegeven ook te onderzoeken wat de uitkomst zou moeten zijn indien wordt verondersteld dat geen sprake is van gelijke gevallen. Dit standpunt wordt immers, zoals bleek in paragraaf 5.3.3.2, in diverse rechterlijke uitspraken en in de literatuur ingenomen. Op grond van het gelijkheidsbeginsel geldt voor ongelijke gevallen dat zij niet onevenredig ongelijk mogen worden behandeld. Dit doet zich alleen voor bij een overduidelijke onevenredigheid (HR 21 oktober 1992, nr. 28 548, BNB 1993/29).

Aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting uit meer delen bestaat, vindt de toetsing, zoals ook in de vorige paragraaf, op onderdelen plaats. Er bestaat een zekere overlap met hetgeen in de vorige paragraaf (gelijke gevallen: objectieve en redelijke rechtvaardiging voor ongelijke behandeling) aan de orde is geweest. Daar was immers aan de orde of sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Ten aanzien van de onderhavige regeling zal evenwel minder snel strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel aan de orde zijn, omdat de eis dat sprake moet zijn van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen zwaarder is dan het aandragen van argumenten om aan te geven dat geen sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen.¹²⁰

5.3.3.4.b *Voorwaardelijke vrijstelling liquidatiewaarde en waarde going concern*

Indien de liquidatiewaarde van een onderneming hoger is dan de waarde going concern moet de waarde in het economische verkeer worden gesteld op de liquidatiewaarde (art. 21, twaalfde lid, SW 1956). Indien wordt voldaan aan het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste, wordt de aan het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern toegekende verkrijging vrijgesteld. Zoals ook in paragraaf 5.3.3.3.b aan de orde is geweest heeft het stellen van een voortzettingsvereiste tot gevolg dat de hogere liquidatiewaarde binnen deze periode niet kan worden gerealiseerd. Derhalve acht ik het juist, onder de voorwaarde van een voortzettingsvereiste, uit te gaan van de lagere waarde going concern.

Derhalve is de conclusie dat op dit punt geen sprake is van een overduidelijke onevenredig ongelijke behandeling ten opzichte van verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen.

5.3.3.4.c *Voorwaardelijke vrijstelling overig ondernemingsvermogen*

Verkrijgers van ondernemingsvermogen hebben naast de vrijstelling voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern recht op een tweede vrijstellingsfaciliteit. De vrijstellingspercentages zijn aanzienlijk (100%

120. Zie o.a. ook Conclusie AG Niessen bij HR 9 oktober 2009, nr. 43 992, BNB 2010/77.

van het ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 en daarboven 83%). Dit is een faciliteit die verder gaat dan strikt noodzakelijk is gezien het doel van de regeling. Om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen, kan de wetgever immers volstaan met een faciliteit in de IW 1990 op basis waarvan uitstel van betaling wordt gegeven. Ook zou een lager vrijstellingspercentage het verschil in behandeling minder groot maken. Hier speelt naar mijn mening ook een rol dat niet wordt getoetst of daadwerkelijk liquiditeitsproblemen ontstaan als gevolg van de belastingheffing. Ongelijke gevallen worden dus wel zeer ongelijk behandeld. Maar is het ook overduidelijk onevenredig ongelijk? In de jurisprudentie heb ik geen arrest kunnen traceren waarin de rechter heeft geoordeeld dat sprake was een overduidelijke onevenredigheid. Ook Zwemmer schrijft in zijn noot bij BNB 1993/29 *'dat in dat geval welhaast opzettelijke discriminatie door de wetgever nodig is om tot strijd met art. 26 EVBPR [YT: IVBPR] te komen'*. Van Leijenhorst geeft in zijn noot bij HR 22 juli 1997, nr. 31 017, BNB 1997/328 aan dat dit een *'hoge, haast onoverkomenlijke drempel'* is.

Rechtbank Arnhem is niet ingegaan op de vraag of in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting sprake is van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen (Rechtbank Arnhem, 25 maart 2010, nr. 09/1750, NTFR 2012/1952).¹²¹ Dit is jammer omdat zij wel heeft geoordeeld dat geen sprake is van gelijke gevallen (zie paragraaf 5.3.3.2). Vervolgens gooide de rechtbank het over een andere boeg: *'(...) dat ook al zou sprake zijn van gelijke gevallen, de wetgever dit onderscheid kon maken omdat de bedrijfsopvolgingsregeling tot doel had om de voortzetting van de onderneming niet in gevaar te brengen (...)*. Van strijd met het discriminatieverbod is volgens de rechtbank geen sprake. Hof Arnhem is in hoger beroep van oordeel dat de rechtbank op goede gronden een juiste beslissing heeft genomen en neemt de gronden over en maakt die tot de zijne.¹²² In cassatie verklaart de HR het beroep zonder nadere motivering ongegrond (HR 9 december 2011, 11/02099, V-N 2012/6.4). Naar mijn mening is het opmerkelijk dat de HR het voorgaande heeft afgedaan met art. 81 RO. De meningen zijn toch sterk verdeeld of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting de toets aan het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan. Voorts geldt dat in genoemd arrest erflater overleden is op 30 december 2007. Op dat moment was de bedrijfsopvolgingsfaciliteit nog anders vormgegeven. Er gold toen, onder voorwaarden, een vrijstelling van 75% voor ondernemingsvermogen (voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde). Het surplus werd wel in de heffing betrokken, waarvoor gedurende

121. Zie ook Hoogwout (2012a). Ook Rechtbank Haarlem ging op deze vraag niet in (Rechtbank Haarlem 14 december 2012, nr. 12/222, 12/223, 12/224, NTFR 2013/241 (jaar 2009: vrijstellingspercentage van 75%). Idem als gevolg van proefprocedures massaal bezwaar naar aanleiding van uitspraak van Rechtbank Breda van 13 juli 2012: Rechtbank Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 14 februari 2013, nr. 13/98, www.rechtspraak.nl (jaar 2011).

122. Hof Arnhem toetst vervolgens nog aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar is van oordeel dat de in het derde lid van het Handvest (gelijkheid) neergelegde rechten niet tot een ander oordeel leiden (Hof Arnhem 22 maart 2011, nr. 10/00194, V-N 2011/31.1.3).

tien jaar rentedragend uitstel van betaling kon worden verkregen (belaste geconserveerde waarde). De huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit is ruimer. Nu is ondernemingsvermogen immers tot een bedrag van € 1.028.132 geheel voorwaardelijk vrijgesteld en daarboven nog voor 83%.

In paragraaf 5.3.2 kwam ook aan de orde de uitspraak van Rechtbank Arnhem waarin zij oordeelde dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen niet zijn aan te merken als gelijke gevallen (Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. 12/1375, V-N 2012/62.15). Het betrof het jaar 2005 waarvoor een vrijstellingspercentage van 60 gold. De rechtbank overwoog als volgt: *'Ook voor het geval moet worden aangenomen dat sprake is van gelijke gevallen, dan wel van een disproportionele ongelijke behandeling van ongelijke gevallen, moet het beroep op het gelijkheidsbeginsel worden afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat voor het door de wetgever in het kader van de bedrijfsopvolgingsregeling gemaakte verschil in behandeling tussen vermogens en de gekozen uitvoeringswijze – te weten vrijstellingspercentages – een objectieve en redelijke rechtvaardiging welke samengevat betreft het stimuleren van ondernemerschap (zie hiervoor ro. 4.9).'* De rechtbank gaat niet expliciet in op de vraag of verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen onevenredig ongelijk worden behandeld. Het komt mij vreemd over als de rechtbank overweegt dat ook al moet worden aangenomen dat sprake is van een *disproportionele* ongelijke behandeling van ongelijke gevallen daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.¹²³ Als iets disproportioneel is, kan daarvoor naar mijn mening geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat in zijn algemeenheid van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen niet snel sprake zal zijn. Ook de rechterlijke macht stelt zich terughoudend op. Naar mijn mening is evenwel waar het betreft de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting een grens overschreden. Ik ben deze mening toegedaan omdat er geen enkele toets plaatsvindt of liquiditeitsproblemen ontstaan als gevolg van de belastingheffing. Met de huidige in art. 35b SW 1956 opgenomen vrijstellingspercentages is dat niet meer te verdedigen. Verrijgers van niet-ondernemingsvermogen worden ten opzichte van verkrijgers van ondernemingsvermogen overduidelijk onevenredig ongelijk behandeld.

5.3.3.4.d *Uitstel van betaling betrekking hebbend op 17% ondernemingsvermogen*

Ook hier is de vergelijking aan de orde tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen. Het geven van een invorderingsfaciliteit om liquiditeitsproblemen te voorkomen, sluit aan bij het

123. Dit komt ook terug in Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, nr. 12/00183, V-N 2013/15.20 (jaar 2010). Voorts als gevolg van proefprocedures massaal bezwaar naar aanleiding van uitspraak van Rechtbank Breda van 13 juli 2012: Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5949, www.rechtspraak.nl (jaar 2009: vrijstellingspercentage van 75), nr. 12/5950, www.rechtspraak.nl (jaar 2011), nr. 12/5955, V-N 2013/15.21 (jaar 2011) en nr. 12/6261, www.rechtspraak.nl (jaar 2011).

doel van de regeling. De enige nuancering die hierbij gemaakt kan worden is dat niet daadwerkelijk wordt onderzocht of sprake is van liquiditeitsproblemen. Onbedoeld gebruik wordt evenwel tegengegaan door het rentedragende karakter van de faciliteit. Naar mijn mening is hier aldus geen sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen.

5.3.3.4.e *Uitstel van betaling voor verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op verkrijgers van ondernemingsvermogen*

In deze paragraaf staan centraal verkrijgers die een onderbedelingsvordering krijgen op een medeverkrijger betrekking hebbend op door deze persoon verkregen ondernemingsvermogen (art. 25, dertiende lid, IW 1990). In deze paragraaf is het uitgangspunt dat verkrijgers van een onderbedelingsvordering en verkrijgers van ondernemingsvermogen als ongelijke gevallen zijn aan te merken.¹²⁴

In paragraaf 5.3.3.4.c heb ik ten aanzien van de vergelijking tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen het standpunt ingenomen dat sprake is van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Onder verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen versta ik, zoals al eerder aan de orde is geweest, ook verkrijgers van onderbedelingsvorderingen. Zou de conclusie hier dan hetzelfde moeten zijn? De nuancering die hier evenwel gemaakt moet worden is dat verkrijgers van onderbedelingsvorderingen ook een faciliteit hebben gekregen. Zij kunnen immers verzoeken om rentedragend uitstel van betaling. Is er dan in deze situatie nog sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling? Naar mijn mening moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Het verschil tussen het bieden van een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit en het bieden van rentedragend uitstel van betaling is te groot.

5.3.3.5 *Toetsing aan het draagkrachtbeginsel*

De vraag die in dit onderdeel aan de orde is is of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting de toets aan het draagkrachtbeginsel kan doorstaan. De vraag die in het kader van dit onderzoek relevant is, is of het op basis van het draagkrachtbeginsel te verdedigen is dat verkrijgers van ondernemingsvermogen recht hebben op toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen niet. De vormgeving speelt daarbij een belangrijke rol.

124. In paragraaf 5.3.3.3.e is nog de vergelijking gemaakt tussen verkrijgers van een onderbedelingsvordering en verkrijgers van ander vermogen (niet zijnde ondernemingsvermogen). Ik beschouw verkrijgers van onderbedelingsvermogen als verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen. Verkrijgers van onderbedelingsvorderingen en verkrijgers van ander vermogen zullen in deze optiek nooit ongelijke gevallen zijn. Deze analyse hoeft dan ook in deze paragraaf niet te worden gemaakt.

De erf- en schenkbelasting kunnen worden getypeerd als een heffing naar draagkracht (zie ook paragraaf 3.4.1).¹²⁵ De verkrijger wordt belast voor de draagkrachtvermeerdering die hem toekomt door het overlijden van iemand of door een aan hem gedane schenking.¹²⁶ Hetgeen in de heffing wordt betrokken betreft de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen. De in de schenk- en erfbelasting opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit maakt hierop een inbreuk. Ook in het kader van de toetsing aan het draagkrachtbeginsel wordt een onderscheid gemaakt tussen de verschillende elementen van de bedrijfsopvolgingsregeling.

De voorwaardelijke vrijstelling bestaande uit het verschil tussen de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen en de lagere waarde going concern kan naar mijn mening de toets aan het draagkrachtbeginsel doorstaan. Indien een belastingplichtige een onderneming verkrijgt en vervolgens voortzet, wordt zijn draagkrachtvermeerdering bepaald door de waarde going concern. Hij realiseert de liquidatiewaarde niet. De conclusie dat dit onderdeel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting de toets aan het draagkrachtbeginsel kan doorstaan, houdt overigens alleen stand indien aan de vrijstelling een voortzettingsvereiste wordt gekoppeld. Op grond van art. 35e SW 1956 geldt een voortzettingsvereiste van vijf jaren.¹²⁷ Deze termijn is wat mij betreft het minimum. Indien uiteindelijk een volledige vrijstelling kan worden verkregen, is het niet meer dan billijk van de verkrijger te eisen dat de onderneming gedurende een redelijke termijn wordt voortgezet. In paragraaf 6.3.2.2 wordt nader ingegaan op het voortzettingsvereiste.

De meeste aandacht gaat uit naar de andere voorwaardelijke vrijstelling. Dit betreft de vrijstelling voor ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 en boven dit bedrag 83% van de waarde van het ondernemingsvermogen. Niet weersproken kan worden dat de draagkracht van de verkrijger van het ondernemingsvermogen wordt vermeerderd. Het is daarbij niet de aard van het vermogen waarop de vrijstelling wordt gebaseerd, maar de liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan in de onderneming indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. De wetgever heeft ervoor gekozen het potentiële liquiditeitsprobleem voor het grootste deel op te lossen met een vrijstellingsfaciliteit. Alleen voor de resterende 17% van het ondernemingsvermogen geldt dat de belasting hierover na een tienjaarsperiode moet worden voldaan. De wetgever kiest met een vrijstellingsfaciliteit voor afstel van de belasting, terwijl het niet de aard van het vermogensbestanddeel is waarop de vrijstelling is gebaseerd. De aard van

125. MvT, Kamerstukken II 1979/80, 16 016, nr. 3, blz. 17 en MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 2. Zie o.a. ook Van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht S&E*, 0.0.4, Rijkers (2009) en Van Vijfeijken (2008a).

126. Naast het draagkrachtbeginsel als rechtsgrond voor de erf- en schenkbelasting wordt ook het beginsel van de bevoorrechte verkrijging genoemd (zie paragraaf 3.4.1).

127. In 90% van de gevallen blijkt aan het voortzettingsvereiste van vijf jaren te worden voldaan (zie MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 41).

het vermogensbestanddeel is bijvoorbeeld wel bepalend voor de faciliteit in art. 7 NSW 1928. Uitgangspunt bij de verkrijging van een onderneming in het kader van de heffing van erf- en schenkbelasting is dat deze verkrijging moet worden belast. De wetgever wenst alleen een faciliteit in te stellen om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen. Een eventuele faciliteit moet daar dan ook op worden afgestemd.

Tijdens het wetgevingsproces is het draagkrachtbeginsel nog aan de orde gekomen (het betrof daar de voorgestelde voorwaardelijke vrijstelling van 90% van het ondernemingsvermogen): *'De leden van de PvdA-fractie vragen een reactie op de stelling dat volgens sommigen de verruiming van de bedrijfsopvolgingsregeling op gespannen voet staat met het draagkrachtbeginsel en tot rechtsongelijkheid leidt. Ook de leden van de SP-fractie hebben een vraag met die strekking. Zoals eerder aangegeven is de doelstelling van de bedrijfsopvolgingsregeling er voor te zorgen dat de heffing van schenk- en erfbelasting geen belemmering vormt voor reële bedrijfs-overdrachten vanwege het belang dat deze regering hecht aan een onbelemmerde voortzetting van ondernemingen omdat zij van groot belang zijn voor de economische bedrijvigheid. Het draagkrachtbeginsel speelt daarbij in vergelijking tot de verkrijging van andere vermogensbestanddelen een beperktere rol.'*¹²⁸

Naar mijn mening gaat de regering wel op heel lichtzinnige wijze om met het draagkrachtbeginsel. Het is immers nooit onderzocht of liquiditeitsproblemen als gevolg van de verschuldigde erf- of schenkbelasting reële bedrijfs-overdrachten belemmert. Het is mijns inziens daarom niet juist te stellen dat het draagkrachtbeginsel een beperkte rol speelt. Ook S.A. Stevens gaat, tijdens een rondetafelgesprek naar aanleiding van de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de wetwijziging van 1 januari 2010, in op het draagkracht-aspect: *'De vraag is, als je kijkt naar ondernemingsvermogen, of dat dezelfde draagkracht heeft als elk ander vermogensbestanddeel, gewoon beleggingsvermogen. Ik denk dat dat niet zo is omdat ondernemingsvermogen vastzit in de onderneming en daardoor minder liquide is. Het levert een echt mindere draagkracht op. Dat is zelfstandig een argument om een tegemoetkoming te geven voor ondernemingsvermogen. (...).'*¹²⁹ De staatssecretaris van Financiën neemt in een brief naar aanleiding van hetzelfde rondetafelgesprek de argumenten van S.A. Stevens over.¹³⁰ Ik ben het met de stellingname van de regering en S.A. Stevens niet eens. Stevens meet de draagkracht af aan het al dan niet liquide zijn. Hij noemt dit het 'vastzitten van vermogen'. Naar mijn mening is dit niet bepalend. Met een eventuele incurantheid moet bij de waardering rekening worden gehouden. Mijn conclusie is dat de huidige voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit voor ondernemingsvermogen, behoudens het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern, in strijd is met het draagkrachtbeginsel. De draagkracht van de verkrijger wordt wel degelijk

128. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 19.

129. Verslag van een rondetafelgesprek van 23 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, nr. 17, blz. 24.

130. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 30 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 15, blz. 3.

vermeerderd. Op grond van art. 1 SW 1956 moet deze verkrijging in de heffing worden betrokken.

De in art. 25, twaalfde en dertiende lid, SW 1956 opgenomen invorderingsfaciliteiten kunnen de toets aan het draagkrachtbeginsel wel doorstaan. De verkrijger moet uiteindelijk de belasting voldoen. Bovendien is de faciliteit rentedragend. Een renteloze invorderingsfaciliteit maakt de belasting degresief van karakter.

5.3.4 *Neutraliteit*

5.3.4.1 *Inleiding*

Bij de toetsing aan neutraliteit onderzoek ik of een faciliteit tot versturende gedragsveranderingen leidt bij belastingplichtigen. In het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting betreft het de neutraliteit tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en bij overlijden, tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen en tussen mogelijke groepen bedrijfsopvolgers.

5.3.4.2 *Neutraliteit tussen leven en overlijden*

Als eerste wordt onderzocht de neutraliteit tussen bedrijfsoverdrachten bij leven en bij overlijden. Het is de vraag of de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting ertoe kan leiden dat belastingplichtigen een onderneming op een ander moment overdragen dan zij zouden doen zonder faciliteit. Alsdan wordt het gedrag van belastingplichtigen beïnvloed door een door de overheid ingestelde faciliteit, hetgeen tot een welvaartsverlies leidt. Dit welvaartsverlies neemt toe naarmate het substitutie-effect groter wordt.¹³¹ Het is allereerst van belang vast te stellen dat het de verkrijger is die een beroep doet op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Toch zal ook de potentiële overdrager bij zijn beslissingen worden beïnvloed door een mogelijke toepassing van de faciliteit. Ieder economisch rationeel subject streeft ernaar de belastingheffing te minimaliseren. Zo zal de erflater trachten zijn vermogen uiteindelijk met zo min mogelijk belastingheffing over te dragen aan zijn erfgenamen. Een faciliteit waarbij de overgang van ondernemingsvermogen alleen bij overlijden wordt vrijgesteld, motiveert de potentiële overdrager zijn onderneming niet bij leven over te dragen. Aldus stelt de potentiële overdrager de overdracht van de onderneming uit en ontvangt nog niet de koopsom voor zijn onderneming. Hij kan deze middelen dus niet elders investeren of beleggen. Het is dan mogelijk dat het vermogen minder rendabel wordt geïnvesteerd. Het is voor mij niet mogelijk te berekenen hoe groot het welvaartsverlies hiervan uiteindelijk is, maar het is naar mijn mening evident dat met een dergelijk verlies rekening moet worden gehouden.

131. Stiglitz (2000), blz. 528.

Is het nu zo dat de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting de potentiële overdrager ertoe aanzet de overdracht van de onderneming uit te stellen tot het moment van overlijden? Dit is niet zo als de overdrager in staat is de onderneming te schenken. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt immers ook voor schenkingen (zie art. 35b, vijfde lid, SW 1956).¹³² Voor schenkingen geldt wel een andere bezitseijs als bij overlijden (zie uitgebreider paragraaf 5.3.5.7). Volgens de regering is ook bij schenking een faciliteit nodig omdat anders een stimulans zou uitgaan te wachten tot het moment van overlijden, hetgeen economisch onwenselijk zou kunnen zijn.¹³³ Dit beaamt ook Van Rijn.¹³⁴ Als bij schenking de verschuldigde belasting hoger is dan bij overlijden, worden belastingplichtigen verleid de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden. Vanuit neutraliteitsoogpunt is het derhalve positief dat de huidige in de schenk- en erfbelasting opgenomen bedrijfsopvolgingsfaciliteit ook toepasbaar is bij schenkingen. Het neemt de verstoring evenwel niet weg. Het schenken van een (gedeelte van een) onderneming is voor veel belastingplichtigen niet mogelijk, dan wel wordt niet wenselijk bevonden. Degenen die niet in de gelegenheid zijn te schenken of dat niet wensen, kunnen dus nog steeds worden verleid te wachten met overdragen tot het moment van overlijden.¹³⁵ Overigens is ten aanzien van schenking nog van belang dat de schenker gedurende vijf jaren tot de schenking bij de onderneming betrokken moet zijn geweest (zie voor de exacte voorwaarden art. 35d SW 1956). Dit betekent dat de schenker door deze voorwaarde in zijn gedrag wordt beïnvloed. Hij draagt wellicht later over dan wenselijk zou zijn geweest. Toch is deze voorwaarde naar mijn mening onontbeerlijk, omdat anders de faciliteit zou kunnen worden misbruikt. Door bijvoorbeeld beleggingsgelden aan te wenden voor de koop van ab-aandelen en deze vervolgens binnen afzienbare tijd weer weg te schenken zou een belastingplichtige onbedoeld gebruik kunnen maken van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Overigens is de bezitstermijn tot het moment van overlijden één jaar, maar als argument daarvoor kan gelden dat een schenking nu eenmaal gepland kan worden.

Het belangrijkste onderdeel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is de voorwaardelijke vrijstelling voor overig ondernemingsvermogen. Indien het ondernemingsvermogen een bedrag van € 1.028.132 niet overschrijdt, is de verkrijging geheel vrijgesteld. Boven het genoemde bedrag bedraagt de vrijstelling nog eens 83% van het ondernemingsvermogen (art. 35b, eerste lid, SW 1956). Het vrijstellingspercentage is de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen.¹³⁶ Hoe hoger het bedrag van de voorwaardelijke vrijstelling uiteindelijk is des te aantrekkelijker wordt het te wachten met de overdracht tot het moment

132. Met ingang van 1 januari 2010 geldt ook een doorschuiffaciliteit voor de schenking van ab-aandelen (zie paragraaf 4.2.4.5). Voor IB-ondernemingen kan gebruik worden gemaakt van art. 3.63 Wet IB 2001 (zie paragraaf 4.2.3.4), maar daarvoor gelden specifieke voorwaarden.

133. NnavNV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 35-36.

134. Van Rijn (2000).

135. Dit blijkt ook uit het praktijkonderzoek van Burgerhart, Hoogeveen en Egger (2009), blz. 39.

136. Van 30% (1 januari 2002-31 december 2004) tot 60% (1 januari 2005-31 december 2006) en vervolgens tot 75% (1 januari 2007-31 december 2009).

dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting kan worden benut. Het is cijfermatig niet goed te berekenen in welke mate belastingplichtigen door de faciliteit worden beïnvloed op een ander moment over te dragen, maar naar mijn mening kan niet worden ontkend dat de faciliteit belastingplichtigen ertoe aanzet op een ander moment over te dragen dan dat zij zouden hebben gedaan zonder faciliteit of een minder genereuze faciliteit.

De conclusie op basis van het voorgaande is dat een schenkingsfaciliteit vanuit neutraliteitsoogpunt wenselijk is.¹³⁷

5.3.4.3 *Neutraliteit ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen*

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat belastingplichtigen ertoe geneigd zullen zijn de overdracht uit te stellen tot het moment van overlijden (behoudens in geval van schenking). Belastingplichtigen zullen evenwel naar wegen zoeken om anderszins het belang bij de onderneming over te dragen. Om toegang tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te behouden moet sprake zijn van ondernemingsvermogen. Dit betekent dat belastingplichtigen erbij gebaat zijn dat hun belang bij de onderneming blijft kwalificeren als ondernemingsvermogen. Dit is bijvoorbeeld niet aan de orde indien een onderneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning. Een dergelijke vordering kwalificeert niet als ondernemingsvermogen. Er wordt immers aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit art. 3.2 Wet IB 2001. Het is constante jurisprudentie van de Hoge Raad dat in de inkomstenbelasting op basis van goed koopmansgebruik uitstel van winstneming niet wordt toegestaan (zie o.a. HR 14 juli 2000, nr. 35 646, BNB 2000/321). Dit is alleen anders als er een gereede kans aanwezig is dat de exploitatie van de onderneming weer voor rekening van de overdrager zal komen. De vordering kwalificeert na overdracht als privévermogen dat behoort tot de rendementsgrondslag van box 3.¹³⁸ Indien de belastingplichtige daarentegen als commanditair vennoot bij de onderneming betrokken blijft, kwalificeert deze medegerechtigdheid onder voorwaarden als ondernemingsvermogen (art. 35c, eerste lid, onderdeel b en tweede lid, SW 1956).¹³⁹ Een belastingplichtige zou er derhalve voor kunnen kiezen zijn onderneming in te brengen in een CV in plaats van de onderneming in zijn geheel over te dragen.¹⁴⁰ De faciliteit beïnvloedt dan het gedrag van de belastingplichtige. Dit is uiteraard niet aan de orde als de keuze voor het aangaan van een CV niet wordt gemaakt om uiteindelijk de faciliteit te kunnen benutten.

137. Bij de toetsing aan legitimiteit heb ik evenwel aangegeven een faciliteit bij schenking niet legitiem te vinden (zie paragraaf 5.3.2).

138. Dit is alleen anders als de vordering onder de in art. 3.91 Wet IB 2001 opgenomen terbeschikkingstellingsregeling valt.

139. Zie voor een analyse van deze voorwaarden paragraaf 5.3.5.4.c.

140. Zie ook art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 voor de situatie dat een kapitaalvennootschap waarin een ab wordt gehouden commanditair vennoot is. In het derde lid van dat artikel worden de voorwaarden geschetst.

Ook de toepassing van een opzet met behulp van preferente aandelen kan ertoe leiden dat de faciliteit behouden blijft. De gewone aandelen van de toekomstige overdrager moeten in het verleden zijn omgezet in preferente aandelen. Tegelijk met deze omzetting moeten er gewone aandelen zijn toegerekend aan een ander. Degene die de aandelen in de toekomst verkrijgt moet op dat moment reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn van gewone aandelen.¹⁴¹ Dit kan betekenen dat belastingplichtigen die zonder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet zouden overwegen gewone aandelen te verwerven besluiten een minimaal belang van 5% te verwerven om op termijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te kunnen benutten. Nu is een structuur met preferente aandelen niet ongebruikelijk maar in de regel wordt dat belang wel afgebouwd, bijvoorbeeld door de preferente aandelen op enig moment, al dan niet in fases, in te kopen. De belastingplichtige heeft ten gevolge van een inkoop geen recht (meer) op toepassing van de faciliteit omdat de tegenprestatie niet meer als ondernemingsvermogen kwalificeert. Uit het voorgaande blijkt dat het gedrag van belastingplichtigen als gevolg van de scheiding tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen kan worden beïnvloed. Dit leidt tot verstoring van gedragsreacties. Hier past de kanttekening dat de analyse niet tot dit punt beperkt kan worden. Om onbedoeld gebruik van een faciliteit tegen te gaan, moet de wetgever nu eenmaal voorwaarden stellen. Zo heeft de wetgever er bewust voor gekozen een uit een bedrijfsoverdracht voortvloeiende vordering niet als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren. De beoordeling van de keuze van de wetgever bepaalde vermogensbestanddelen al dan niet als ondernemingsvermogen aan te merken wordt beoordeeld bij de toetsing aan doeltreffendheid.

Een verstoring doet zich ook voor indien niet-ondernemingsvermogen wordt getransformeerd in ondernemingsvermogen. Zo noemt De Beer¹⁴² het voorbeeld waarbij vader in privé beleggingen bezit. Bij overlijden van vader zou over de waarde in het economische verkeer van de beleggingen erfbelasting zijn verschuldigd. Dit kan worden voorkomen door vader een ab te laten verwerven in de vennootschap van de zoon. Om op termijn toegang te verkrijgen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit moet vader wel voldoen aan de in art. 35d SW 1956 opgenomen bezitseis (vader moet minimaal één jaar voor zijn overlijden de ab-aandelen in zijn bezit hebben). De Beer geeft niet expliciet aan wat voor soort vennootschap hij op het oog heeft. Indien het de holdingvennootschap betreft van de zoon, treden na het overlijden geen complicaties op. De zoon bezit na het overlijden van zijn vader weer 100% van de aandelen in de holdingvennootschap. Het nadeel van deze variant is wel dat vader tijdelijk aandeelhouder wordt van de holdingvennootschap van de zoon. Indien vader aandelen verwerft in de werkmaatschappij van de zoon, heeft de zoon na het overlijden van vader, naast een indirect, ook een direct ab in de werkmaatschappij. Om er vervolgens voor te zorgen dat de holdingvennootschap weer 100% van de aandelen in de werkmaatschappij krijgt, zou bijvoorbeeld een

141. Zie voor een analyse van deze voorwaarden paragraaf 5.3.5.4.d.

142. De Beer (2010).

aandelenfusie kunnen worden toegepast. Op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel d, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is in geval van een dergelijke fusie geen sprake van schending van art. 35e SW 1956 mits de zoon enig aandeelhouder¹⁴³ wordt van de holdingvennootschap. Complicatie kan nog wel zijn dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 3.55 Wet IB 2001. Laatstgenoemde bepaling vereist immers dat de holdingvennootschap eigen aandelen uittrekt (art. 3.55, tweede lid, onderdeel a, Wet IB 2001). Dit is niet aan de orde indien de zoon de aandelen in de werkmaatschappij inbrengt in de holdingvennootschap zonder daarvoor gecompenseerd te worden. Alsdan wordt de inbreng van de zoon aangemerkt als informele kapitaalstorting. Ook dit voorbeeld laat zien dat de scheiding tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen het gedrag van belastingplichtigen kan beïnvloeden. Indien het voordeel dat belastingplichtigen kunnen behalen maar groot genoeg is, zullen belastingplichtigen naar wegen zoeken de belastingheffing te minimaliseren. Ik ben het eens met De Beer dat in het gegeven voorbeeld nog moeilijk gesproken kan worden van een reële bedrijfsopvolging. Toch kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de schenk- en erfbelasting worden toegepast.

In paragraaf 5.3.3.3.e werd al ingegaan op het onderscheid dat wordt gemaakt tussen verkrijgers van een onderbedelingsvordering en verkrijgers van ondernemingsvermogen. Door de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gaan netto-verkrijgingen, bij gelijke erfdeelen, tussen de erfgenamen verschillen. Dit kan invloed hebben op het gedrag van de erflater. Indien hij de nettoverkrijgingen toch op één lijn wil hebben, zal hij proberen het belang van deze erfgenamen als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren. Dit is met name aan de orde indien de onderneming in de vorm van een kapitaalvennootschap wordt gedreven. Zo zouden aan de niet-voortzetter certificaten van aandelen kunnen worden uitgereikt. Deze certificaten kwalificeren wel voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit werkt evenwel verstorend indien zonder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor een dergelijke structuur niet was gekozen.

5.3.4.4 *Neutraliteit tussen mogelijke opvolgers*

Als volgende te toetsen element geldt de neutraliteit tussen mogelijke opvolgers. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is alleen toegankelijk voor degenen die krachtens erfrecht dan wel krachtens schenking ondernemingsvermogen verkrijgen. In de regel betreft dit personen binnen de familiekring. Uit een in 2004 gedaan onderzoek¹⁴⁴ blijkt dat het aantal overdrachten binnen de familiesfeer afneemt (dit aantal liep terug van 60% in de jaren 6 tot 15 jaren voorafgaand aan het onderzoek tot 40% in de vijf jaren voorafgaand aan het onderzoek¹⁴⁵).

143. In onderdeel 6.8 van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M is ten aanzien van de eis dat de verkrijger enig aandeelhouder moet worden een versoepeling opgenomen.

144. Meijaard en Diephuis (2004), blz. 3.

145. Het aantal overdrachten binnen deze groep van ouder naar kind nam in de desbetreffende perioden af van 80% naar 60%.

De vraag is of het gedrag van belastingplichtigen door de bedrijfsopvolgingsfaciliteit zodanig wordt beïnvloed dat wordt gekozen voor een andere opvolger. Alhoewel ook hier weer geldt dat er geen gegevens beschikbaar zijn, lijkt het reëel daar rekening mee te houden.¹⁴⁶ Dit is alleen maar aannemelijker geworden gezien de verhogingen van de voorwaardelijke vrijstelling in de afgelopen jaren. Er is nog een andere verstoring denkbaar. De huidige regeling kan ertoe leiden dat de voortzetter niet de gehele voorwaardelijke vrijstelling kan benutten. Door nu ook aan andere erfgenamen ondernemingsvermogen toe te delen, kan de vrijstelling wellicht wel geheel worden gebruikt. Dit werkt verstoring gedrag in de hand.¹⁴⁷

Grossmann en Strulik¹⁴⁸ onderzochten in dit kader of de overdracht van een familiebedrijf gepaard zou moeten gaan met minder erfbelasting dan het geval is bij andere verkrijgingen. De gedachte hierachter is dat het staken van een onderneming en het vervolgens weer starten van een nieuwe onderneming transactiekosten met zich brengt. Dit leidt tot efficiencyverliezen. De besparing aan transactiekosten kan evenwel teniet worden gedaan door het nadeel dat is verbonden aan de overdracht aan een minder capabele erfgenaam. Een erfgenaam erft in de regel niet de bovengemiddelde ondernemersvaardigheden die de oprichter in het algemeen heeft. Uit onderzoek waaraan Grossmann en Strulik refereren blijkt dat de ondernemersvaardigheden van erfgenamen naar een gemiddeld niveau tenderen. Degenen die een onderneming starten hebben als gevolg van zelfselectie waarschijnlijk betere ondernemersvaardigheden. In een algemeen evenwichtsmodel onderkennen Grossmann en Strulik twee evenwichten, namelijk één waarin alleen sprake is van hooggekwalificeerde ondernemers omdat laaggekwalificeerde erfgenamen de onderneming niet voortzetten (type 1) en één met een mix aan laaggekwalificeerde en hooggekwalificeerde ondernemers omdat laaggekwalificeerde erfgenamen de onderneming voortzetten (type 2). Op basis van een op Duitsland betrekking hebbend onderzoek concluderen de auteurs dat een voorkeursbehandeling voor bedrijfsoverdrachten binnen de familiesfeer ernstige negatieve macro-economische consequenties tot gevolg heeft als wordt bewogen van een type 1-evenwicht naar een type 2-evenwicht. Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kunnen ertoe bijdragen dat minder capabele erfgenamen een onderneming voortzetten terwijl zij dit zonder faciliteit niet zouden hebben gedaan. Hierdoor worden personen die beter gekwalificeerd zijn belet als ondernemer werkzaam te zijn. Het voorgaande geldt vooral indien het een eenmanszaak betreft. Indien de verkrijger slechts 5% van de aandelen in een kapitaalvennootschap bezit kunnen ook andere wel capabele personen de onderneming leiden. Ook wordt in het onderzoek het zogenoemde derdegeneratie-effect genoemd. Dit houdt het volgende in. Als de derde generatie erft van laaggekwalificeerde ouders die

146. Zie ook De Wijkersloot-Lhoëst (2009).

147. Zie ook Hooegeven (2011), blz. 446. Een boedelvrijstelling zou deze verstoring wegnemen. Zie paragraaf 6.3.2.4 waar de boedelvrijstelling aan de orde komt.

148. Grossmann en Strulik (2010).

het familiebedrijf hebben voortgezet en daarbij door slecht beleid het familievermogen hebben uitgehold, is deze categorie erfgenamen slechter af dan erfgenamen van ouders die in loondienst werkzaam waren.

Uit dit onderzoek kan worden afgeleid dat bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die zich beperken tot de familiesfeer ertoe kunnen leiden dat minder gekwalificeerde erfgenamen een onderneming voortzetten terwijl zij zonder faciliteiten geen bedrijfsopvolger zouden zijn maar de onderneming aan derden zou zijn vervreemd. Dit leidt tot een verstoring en daarmee tot efficiencyverliezen.

5.3.5 Doeltreffendheid

5.3.5.1 Doel van de bepaling

Het doel van de faciliteit is in paragraaf 5.3.2 al aan de orde gekomen. De schenk- en erfbelasting kan tot liquiditeitsproblemen leiden als de middelen daarvoor aan de onderneming moeten worden onttrokken. Dit kan de continuïteit van de onderneming schaden. De regering wenst met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet.¹⁴⁹ De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting bestaat voor het grootste gedeelte uit voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteiten. Dit betreft het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern. Daarnaast is de waarde van de verkrijging, onder voorwaarden, tot een bedrag van € 1.028.132 aan ondernemingsvermogen geheel vrijgesteld. Daarboven geldt een vrijstelling van 83%. Voor het resterende bedrag (17% van het ondernemingsvermogen) wordt rentedragend uitstel van betaling verleend. Niet kan worden ontkend dat met een vrijstellingsfaciliteit de liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing worden weggenomen. In die zin is de conclusie dat de faciliteit doeltreffend is. Dit geldt eveneens voor het gedeelte waarvoor uitstel van betaling wordt gekregen. Ook met een invorderingsfaciliteit wordt het liquiditeitsprobleem (tijdelijk) opgelost.

De regering wenst de facilitering te beperken tot reële bedrijfsoverdrachten. In art. 35b, vijfde lid, SW 1956 wordt het volgende onder een bedrijfsopvolging verstaan: *'een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e.'* In de paragrafen 5.3.5.2-5.3.5.6 wordt onderzocht of de in art. 35c SW 1956 opgenomen eisen ten aanzien van het kwalificeren als ondernemingsvermogen doeltreffend zijn. Indien de voorwaarden overeenkomen met de bepalingen uit art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 wordt volstaan met een samenvatting van hetgeen aldaar is geschreven. Ook komen de bezitstermijn (art. 35d SW 1956) en het voortzettingsvereiste (art. 35e SW 1956) aan de orde (paragraaf 5.3.5.7). Deze bepalingen kennen we niet uit de in de

149. Zie o.a. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 4.

Wet IB 2001 opgenomen doorschuifbepalingen. Tot slot worden de invorderingsfaciliteiten uit art. 25, twaalfde en dertiende lid, SW 1956 getoetst (paragraaf 5.3.5.8).

5.3.5.2 Onderneming in de inkomstenbelasting

Op grond van het eerste lid, onderdeel a van art. 35c SW geldt de faciliteit voor IB-ondernemingen als sprake is van een onderneming op grond van art. 3.2 Wet IB 2001. In paragraaf 3.2.2.2 is aan de orde geweest wanneer sprake is van een dergelijke materiële onderneming. De faciliteit is uiteindelijk van toepassing op het vermogen dat op grond van de vermogensetiketteringsregels tot het ondernemingsvermogen van de materiële onderneming is gerekend. Het uitgangspunt dat alleen toegang tot de faciliteit wordt gekregen indien sprake is van ondernemingsvermogen is doeltreffend. Het zijn immers bedrijfsopvolgingen die de regering wenst te faciliteren. Duurzaam overtollige liquide middelen blijven op deze wijze buiten de faciliteit. Naar mijn mening is dit een terechte keuze geweest.¹⁵⁰ Er is geen aanleiding deze middelen anders te behandelen dan ander vermogen waarover erf-, dan wel schenkbelasting wordt geheven. De keuze van de wetgever aan te sluiten bij het ondernemingsbegrip in art. 3.2 Wet IB 2001 heeft ook tot gevolg dat keuzevermogen wordt uitgesloten van de faciliteit indien is gekozen voor privévermogen. Naar mijn mening kan deze uitsluiting tot liquiditeitsproblemen leiden indien de middelen voor het betalen van de erfbelasting over het vererfde (of geschonken) privévermogensbestanddeel uit de onderneming moeten worden gehaald. Als voorbeeld kan worden genoemd een pand dat zowel in de privésfeer als binnen de onderneming wordt gebruikt. Het zakelijke gedeelte van het pand dient het belang van de onderneming en zou naar mijn mening als ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit moeten worden aangemerkt.¹⁵¹ Naar mijn mening is het niet juist om de gemaakte keuze voor de inkomstenbelasting door te laten werken naar de erf- en schenkbelasting. Dat is ook niet gedaan in de in art. 15, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV 1970 opgenomen vrijstelling voor verkrijgingen van onroerende zaken door in het artikel genoemde familieleden. Zo wordt in genoemd artikellid aangesloten bij het dienstbaar zijn aan de onderneming. Inmiddels geldt iets soortgelijks voor de terbeschikkingstelling van onroerende zaken in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001. Voor zover de onroerende zaak dienstbaar is aan de onderneming van een kwalificerend lichaam, kwalificeert de onroerende zaak als ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit (art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956).

150. Dat omtrent de vraag of middelen als duurzaam overtollig moeten worden beschouwd veel discussie kan ontstaan, kan niet worden ontkend.

151. Het maakt de regeling wel gecompliceerder. De gegevens zijn dan niet rechtstreeks uit de balans van de IB-onderneming, dan wel de terbeschikkingstellingsbalans (art. 3.92 Wet IB 2001) te halen.

Hier kan gelijk de parallel worden getrokken met buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen van een vennoot in een samenwerkingsverband. Op grond van art. 7, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting worden onroerende zaken die tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen behoren mede tot de objectieve onderneming gerekend. Dit is, omwille van uitvoeringstechnische aspecten en om gelijkheid te creëren met de afkeer, bewust beperkt tot onroerende zaken.¹⁵² Indien het gaat om samenwerkingsverbanden is het evenwel gebruikelijk ook andere bedrijfsmiddelen tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen te rekenen. Zo heeft het mijn voorkeur de beperking tot onroerende zaken, zowel wat betreft buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen als onder art. 3.92 Wet IB 2001 vallende terbeschikkingstellingssituaties, te laten vervallen. Alle vermogensbestanddelen die op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend moeten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Zo kunnen ook tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen behorende machines en melkquota in de faciliteit delen. Dit komt naar mijn mening de doeltreffendheid van de faciliteit ten goede. Deze vermogensbestanddelen dienen immers het belang van de onderneming. Overigens is het zo dat als een vermogensbestanddeel bij een eenmanszaak tot het ondernemingsvermogen wordt gerekend dit vermogensbestanddeel altijd kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.¹⁵³ Dit geldt evenzo indien het vermogensbestanddeel is ingebracht in een samenwerkingsverband en aldus tot het ondernemingsvermogen behoort. In deze situaties is geen sprake van een beperking tot onroerende zaken. Door de beperking tot onroerende zaken te vervangen door een beperking tot vermogensbestanddelen die op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend, wordt ook de door een firmant gehouden vordering op een samenwerkingsverband, die tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen behoort, als ondernemingsvermogen aangemerkt. Stevens¹⁵⁴ merkte in dit kader ook al op dat het vreemd is dat de vordering niet tot de objectieve onderneming hoort, maar dat de hiermee samenhangende schuld het ondernemingsvermogen in de objectieve onderneming wel vermindert. Dit pleit ervoor zowel de vordering van de schuldeiser als de schuld van de schuldenaar binnen dezelfde objectieve onderneming als ondernemingsvermogen aan te merken. In feite worden de vordering en schuld gesaldeerd. Dit gebeurt ook bij schuldverhoudingen tussen kapitaalvennootschappen als gevolg van de werking van art. 35c, vijfde lid, SW 1956. Het is alleen anders als een holdingvennootschap bijvoorbeeld een vordering heeft op een werkmaatschappij waarin geen 100%-belang wordt gehouden. Door de consolidatie blijft dan een gedeelte van de vordering in de holdingvennootschap over. Van dit

152. Toelichting Uitv.reg. schenk- en erfbelasting, regeling van 17 december 2009, Stcrt. 2009, 20619.

153. Zie ook S.A. Stevens (2010).

154. S.A. Stevens (2010).

gedeelte moet worden nagegaan of het als ondernemingsvermogen kan worden gekwalificeerd.

Vervolgens verdient nog aandacht de vraag hoe het bedrag van € 1.028.132 (100%-vrijstelling ondernemingsvermogen) moet worden toegerekend indien sprake is van buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen. Uit een in de parlementaire behandeling opgenomen voorbeeld blijkt dat het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen voor de berekening van de 100%-vrijstelling bij het 'gewone' ondernemingsvermogen wordt gevoegd.¹⁵⁵ Dit lijkt juist indien art. 7, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting in oenschouw wordt genomen. Het gevolg is dan wel dat de vrijstelling van de vennoot zonder buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen daardoor wordt beïnvloed. Op zich kan ik instemmen met het argument van de regering dat de uiteindelijke vrijstelling niet hoger mag worden dan € 1.028.132. Een andere oplossing is het bedrag van de vrijstelling in eerste instantie te berekenen exclusief het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen. Indien vervolgens nog een bedrag aan vrijstelling resteert, kan dat worden gebruikt om het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen (gedeelte-lijk) vrij te stellen. Naar mijn mening doet deze oplossing meer recht aan de verkrijger zonder buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen.

5.3.5.3 *Kwalificerende medegerechtigdheid*

De winst die een belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet, valt onder art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Deze bepaling is met name bedoeld voor commanditaire vennoten. Zij voldoen in de regel niet aan de in art. 3.4 Wet IB 2001 gestelde eis van het rechtstreeks verbonden worden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Met art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 heeft de wetgever evenwel een uitbreiding gegeven aan het winstbegrip om medegerechtigden tot het vermogen van een onderneming toch in box 1 te kunnen belasten.¹⁵⁶ Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting heeft de wetgever bepaald dat een dergelijke medegerechtigdheid alleen kwalificeert als ondernemingsvermogen indien de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de schenker of erflater gedreven IB-onderneming (art. 35c, tweede lid, SW 1956).¹⁵⁷ Vervolgens geldt op grond van dezelfde bepaling dat de medegerechtigdheid moet worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van

155. Zie voorbeeld 8 in MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 5 en 6.

156. Zie uitgebreider paragraaf 3.2.2.4.

157. Deze eis wordt niet gesteld in art. 3.62 (doorschuiving bij staking door overlijden) en art. 3.63 Wet IB 2001 (doorschuiving naar ondernemers).

een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is. In de parlementaire behandeling is het volgende te lezen: '(...) uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Dit wordt om te beginnen gerealiseerd door bij de verkrijging van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen te eisen dat deze moeten zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. De verkrijger van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen kan niet zonder meer worden beschouwd als een bedrijfsopvolger, maar kan veel meer worden gezien als een kapitaalverstrekker. Omdat er alleen in gevallen van een reële bedrijfsopvolging voldoende rechtvaardigingsgrond bestaat om de verkrijger van ondernemingsvermogen een vrijstelling te verlenen, wordt de verkrijging van een medegerechtigdheid of preferente aandelen alleen gefaciliteerd indien zij zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In die situaties fungeert een commanditaire vennootschap (in de winstsfeer) of de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen onder gelijktijdige toekennen van gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger (in de aanmerkelijkbelang sfeer) als tussenfase voor de uiteindelijke overdracht. De (beoogd) bedrijfsopvolger wordt in die gevallen beherend vennoot onderscheidenlijk houder van de gewone aandelen in de vennootschap. Het doel is dat de overdrager uiteindelijk helemaal zal uittreden en de opvolger alleen verder zal gaan. In dit kader wordt verwezen naar hetgeen is bepaald in artikel 3.65 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 3 129, vierde lid, van die wet. In deze artikelen wordt de faciliteit ook uitsluitend verleend indien de medegerechtigdheid is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.¹⁵⁸ Ten aanzien van de overdrager is de regering aldus van mening dat de commanditair vennoot in een eerder stadium een onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001 moet hebben gedreven. De opvolger moet reeds beherend vennoot zijn op het moment van verkrijging van de medegerechtigdheid. Dat de overdrager in een eerder stadium een onderneming moet hebben gedreven als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 moet naar mijn mening vervallen. Ik ben van oordeel dat de positie van de erflater/schenker niet van belang is. Wel moeten eisen worden gesteld aan de periode waarin de medegerechtigdheid is gehouden. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 6.3.2.2. Alsdan zou ook kwalificeren de situatie waarbij ouder en kind gezamenlijk een CV starten waarbij de ouder als commanditair vennoot fungeert en het kind als beherend vennoot. Indien de ouder komt te overlijden, kan het kind op de medegerechtigdheid van de ouder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toepassen.

Vervolgens is de vraag van belang of aan de verkrijger eisen moeten worden gesteld. Op grond van de huidige wettelijke bepaling moet de verkrijger reeds beherend vennoot zijn (art. 35c, tweede lid, SW 1956). Dit betekent dat familieleden die dat niet zijn en bijvoorbeeld als gevolg van een overlijdenssituatie een medegerechtigdheid verkrijgen de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet kunnen toepassen. Dit is een nadeel omdat deze familieleden via hun commanditaire deelname als financier optreden van de feitelijke onderneming.¹⁵⁹ Heithuis¹⁶⁰ noemt in dit kader de situatie waarbij het commanditaire belang

158. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43-44.

159. Zie ook S.A. Stevens (2010).

vererft naar de langstlevende partner die geen beherend vennoot is en ook niet wordt. Het is naar zijn mening merkwaardig dat de faciliteit in deze situatie niet van toepassing is. Dit is evenwel niet het financieringsaspect waar de regering zich op richt. Met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wenst de wetgever te bereiken dat de heffing van schenk- en erfbelasting de continuïteit van de onderneming niet in gevaar brengt, omdat middelen aan de onderneming zouden moeten worden onttrokken. Stevens¹⁶¹ ziet de bedrijfsopvolgingsfaciliteit om deze reden vooral als financieringsfaciliteit en ziet op grond daarvan weinig redenen eisen te stellen aan de voortzetter: *'De kwaliteit van de voortzetter noch het voortzetten als zodanig zijn dan van belang. Het enige relevante criterium is of de voortzetter de beschikking krijgt over liquide middelen waaruit de verschuldigde belasting kan worden betaald, zonder dat dit ten koste gaat van de continuïteit van de onderneming.'* Naar mijn mening is het een juist uitgangspunt de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te zien als financieringsfaciliteit. In paragraaf 5.3.2 is aan de orde geweest dat het overheidsingrijpen alleen kan worden gelegitimeerd indien sprake is van een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Ik ben het evenwel niet eens met Stevens dat in het geheel geen eisen zouden moeten worden gesteld aan de verkrijger. Niet iedere verkrijger verkeert in de mogelijkheid de middelen aan de onderneming te onttrekken. Alsdan kan de continuïteit van de onderneming ook niet worden bedreigd. Denk hierbij aan beleggers in box 3. Gezien het doel van de faciliteit is het het meest zuiver indien de faciliteit alleen openstaat voor verkrijgers die bij machte zijn aanspraak te maken op middelen van de onderneming om hiermee de belasting te voldoen. Dit is echter onuitvoerbaar. Voor de commanditair vennoot zal dit al snel afhankelijk zijn van wat in de vennootschapsovereenkomst is geregeld. Wanneer het gaat om aandelenbelangen is het ook niet mogelijk om hiervoor een vast percentage te noemen. Dit wil niet zeggen dat dan maar in het geheel geen eisen moeten worden gesteld aan de verkrijger. Ik ben van mening dat alvorens van een bedrijfsoverdracht kan worden gesproken de verkrijger op een bepaalde manier betrokken moet zijn bij de onderneming. In paragraaf 6.3.2.2 werk ik dit uit.

Als gevolg van art. 35c, tweede lid, SW 1956 worden andere onder art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 vallende situaties van de faciliteit uitgesloten. Hierbij kan worden gedacht aan de blote eigenaar van een onderneming indien deze de onderneming niet voor zijn rekening drijft en niet wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. In de meeste gevallen zal dit de situatie zijn.¹⁶² Het is in de regel de vruchtgebruiker die de onderneming voor zijn rekening drijft en die ook verbonden wordt voor verbintenissen betreffende die onderneming. De vruchtgebruiker verkrijgt dan een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 en deelt in de faciliteit. Ook ten aanzien van de verhuurder van een IB-onderneming geldt dat

160. Heithuis (2011), blz. 107-108.

161. S.A. Stevens (2010).

162. Zie ook Hoogeveen (2002b).

deze in de regel als medegerechtigde op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 kwalificeert (zie uitgebreider paragraaf 3.2.4.3). Dit is aan de orde als hij niet meer rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Het voorgaande geldt ook indien de onderneming is overgedragen tegen een winstrecht (zie eveneens paragraaf 3.2.4.3.b). Ook dan geldt dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit als gevolg van de in het tweede lid van art. 35c SW 1956 gestelde voorwaarden niet van toepassing kan zijn. In paragraaf 6.3.2.2 wordt ingegaan op de vraag of ook andere vormen van medegerechtigdheid zouden moeten kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Van het voorgaande moet worden onderscheiden de situatie dat de verhuur van de onderneming onder art. 3.2 Wet IB 2001 valt. Alsdan moet sprake zijn van het rechtstreeks verbonden worden voor verbintenissen betreffende in casu de verhuur van de onderneming.¹⁶³ Indien hieraan wordt voldaan worden belastingplichtigen niet geconfronteerd met de in het tweede lid van art. 35c SW 1956 gestelde voorwaarden. Er is dan immers geen sprake van een medegerechtigdheid. Alsdan is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, indien wordt voldaan aan de overige voorwaarden, wel van toepassing.

5.3.5.4 *Kwalificerend ab erflater/schenker*

5.3.5.4.a *Kwalificerend ab: een inleiding*

Indien de onderneming in een kapitaalvennootschap wordt gedreven, is het van belang vast te stellen wat op grond van art. 35c SW 1956 onder ondernemingsvermogen moet worden verstaan. Uit art. 35c, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001 blijkt dat het allereerst gaat om het soort belang dat de schenker of erflater in de vennootschap heeft en vervolgens om de vraag welk vermogen in de kapitaalvennootschap kwalificeert als ondernemingsvermogen. In deze paragraaf staat de eerste vraag centraal. In paragraaf 5.3.5.5 komt de tweede vraag aan de orde.

De erflater moet een ab hebben in de vennootschap als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001, met uitsluiting van art. 4.10 Wet IB 2001 (art. 35c, eerste lid, onderdeel c, Wet IB 2001). Op de uitsluiting van het meetrek ab wordt expliciet ingegaan in paragraaf 5.3.5.4.b. In de meeste situaties zal sprake zijn van een kwalificerend ab indien het belang ten minste 5% in het geplaatste aandelenkapitaal bedraagt (art. 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001). Dit neemt niet weg dat ook andere belangen kunnen kwalificeren. Ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting wil de regering alleen, zoals al eerder aan de orde is geweest, reële bedrijfsverdrachten faciliteren: '(...). Dit betekent dat een onderneming moet worden verkregen van een ondernemer en dat deze

163. Zie uitgebreider wanneer hiervan sprake kan zijn Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.B.a.

*onderneming door een ondernemer moet worden voortgezet. (...).*¹⁶⁴ Onder 'ondernemer' wordt in dit kader verstaan: 'Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, (...).'¹⁶⁵ De regering komt door de keuze voor het begrip 'ondernemer' in een moeras terecht. In de situatie dat een ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001 een eenmanszaak overdraagt aan de voortzetter is aanstonds duidelijk dat aan de eis van een reële bedrijfsoverdracht wordt voldaan. Een ondernemer heeft de volledige zeggenschap over de onderneming en is tevens winstgerechtigd.¹⁶⁶ Indien evenwel sprake is van een VOF, waarin een materiële onderneming wordt gedreven, met tien gelijkwaardige vennoten kan in ieder geval niet meer van doorslaggevende zeggenschap worden gesproken. Toch worden deze vennoten zonder meer gezien als ondernemer voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Zij voldoen aan het ondernemerscriterium van art. 3.4 Wet IB 2001 en drijven ieder subjectief een eigen onderneming op grond van art. 3.2 Wet IB 2001. Ik kan hiermee instemmen (zie voor de argumentatie paragraaf 3.3.3). Het voorgaande geldt tevens voor de beherend vennoot in een CV. In deze situaties wordt aangesloten bij het fiscaal ondernemerschap uit de Wet IB 2001 (art. 3.4 Wet IB 2001). Indien een ab-houder een aandeel heeft met stemrecht, heeft hij in ieder geval zeggenschap. Dit wil niet zeggen dat de ab-houder zo maar vergeleken kan worden met een IB-ondernemer. Een ab-houder hoeft helemaal niet betrokken te zijn bij de bedrijfsvoering. Een ab-houder is in elk geval pas met een eenmansondernemer gelijk te stellen indien hij 100% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit en daarnaast bestuurder is van de vennootschap. Deze eis heeft de wetgever in ieder geval niet aan de ab-houder willen stellen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De wetgever ziet een ab-houder als ondernemer als hij voldoet aan het 5%-criterium.^{167, 168} Ook hier geldt evenwel, zoals ook aan de orde was bij de toetsing van een medegerechtigdheid in box 1, dat het doel van de faciliteit eigenlijk bepalend moet zijn in welke gevallen toegang tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit open moet staan. De regering wenst met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet.¹⁶⁹ Het gaat erom dat de continuïteit van de onderneming niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht

164. Nadere MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 8. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 97.

165. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 103.

166. Zie ook De Beer (2010) die een betrokkenheidscriterium, een winstgerechtigdheidscriterium en een opvolgingscriterium formuleert om in te gaan op de vraag of op basis daarvan van een reële bedrijfsoverdracht kan worden gesproken.

167. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 20-21.

168. Ik ben het eens met Hoogeveen (2012), blz. 25 dat een ab-houder niet zonder meer gezien kan worden als ondernemer indien sprake is van een beleggings-BV. Voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt dit als gevolg van het uitsluiten van beleggingsvermogen op indirecte wijze gecorrigeerd. Het is niet het type ab dat wordt uitgesloten, maar het vermogen in de vennootschap.

169. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 4.

voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald (zie uitgebreider de vorige paragraaf waar de kwalificerende medege-rechtigdheid in box 1 aan de orde was). In dat kader is het niet van belang wat voor soort belang de overdrager had in de kapitaalvennootschap. Dit zou dan ook een box 3-belang in de vennootschap moeten kunnen betreffen. Het moet voldoende zijn dat in de vennootschap een materiële onderneming wordt gedreven. In paragraaf 6.3.2.2 wordt bezien of het wenselijk is de faciliteit van toepassing te verklaren op box 3-belangen en welke voorwaarden zouden moeten worden gesteld aan de duur dat in de kapitaalvennootschap een onderneming is gedreven dan wel een medegerechtigdheid is gehouden.

Ten aanzien van de overnemer geldt het volgende. De overnemer moet in de visie van de regering kunnen worden gezien als 'ondernemer'. In dat kader is het opmerkelijk dat geen eisen worden gesteld aan het belang dat de overnemer krijgt. Zelfs indien een belastingplichtige minder dan 5% van de aandelen verkrijgt, kan de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast. Het is opmerkelijk dat dit wel een reële bedrijfsoverdracht wordt genoemd.¹⁷⁰ Ook hier geldt dat, zoals in paragraaf 5.3.5.3 aan de orde is geweest, het gezien het doel van de faciliteit het meest zuiver is als de faciliteit alleen openstaat voor verkrijgers die bij machte zijn aanspraak te maken op middelen van de vennootschap om hiermee de belasting te voldoen. Dit is echter onuitvoerbaar.

Voor indirecte belangen is in art. 35c, vijfde lid, SW 1956 geregeld dat indien de erflater of schenker in een lichaam een indirect belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 de bezittingen en schulden van dat lichaam mogen worden toegerekend aan het lichaam waarin de erflater of schenker een direct ab had.¹⁷¹ Deze toerekening geldt met inachtneming van het gehouden belang. De toets of sprake is van ondernemings-, dan wel beleggingsvermogen (en de 5%-marge) vindt plaats op het niveau van de holding.¹⁷² Overigens is het opmerkelijk dat indien de belastingplichtige directe belangen houdt in verschillende vennootschappen hij zoveel keer de in art. 35b, eerste lid, onderdeel a, SW 1956 opgenomen faciliteit kan toepassen (vrijstelling van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132).¹⁷³ Op dit punt kunnen ernstige bedenkingen worden geplaatst bij de doeltreffendheid van de bepaling. Ook zullen belastingplichtigen ertoe worden aangezet een holdingstructuur te ontmantelen.¹⁷⁴ In paragraaf 6.3.2.2 komt dit nader aan de orde.

170. Zie ook De Beer (2010).

171. S.A. Stevens (2010) stelt de vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie dat geen sprake is van een indirect ab en de holdingvennootschap zelf een materiële onderneming drijft. Op grond van de tekst van de wet zou op het niveau van de holdingvennootschap moeten worden bepaald of een vermogensbestanddeel tot het ondernemingsvermogen behoort. Indien daartoe een deelneming behoort die in de lijn van de bedrijfsuitoefening ligt, zou het belang als ondernemingsvermogen moeten kunnen kwalificeren. Dit zou ook moeten gelden voor preferente aandelen. Zie ook Van der Kroon (2012).

172. NvW, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, blz. 22.

173. Zie ook Hoogwout (2010b).

174. Heithuis (2010c).

Indien het aandelenkapitaal van het lichaam waarin het indirecte belang wordt gehouden bestaat uit meer soorten aandelen moet de toerekening plaatsvinden met inachtneming van de waarde in het economische verkeer van de aandelen. De mate van gerechtigdheid in het aandelenkapitaal is dus niet van belang.¹⁷⁵ In paragraaf 5.3.6 wordt nader ingegaan op indirecte soortaandelen.

Indien het indirecte belang minder bedraagt dan 5% maar meer dan 0,5% mag in specifieke situaties toch dezelfde toerekening plaatsvinden. Dit is aan de orde in verwateringsituaties (zie nader art. 35c, vijfde lid, onderdeel b, SW 1956). Indien door verwatering als gevolg van overlijden, huwelijk of schenking het indirecte *belang* minder dan 5% doch ten minste 0,5% bedraagt is onder voorwaarden de doorschuiffaciliteit van toepassing (art. 4.17a, vijfde lid, onderdeel b, Wet IB 2001). Het is niet duidelijk wat wordt bedoeld met 'belang'.¹⁷⁶ Normaliter gaat het om het belang in het geplaatste aandelenkapitaal (zie o.a. art. 4.6, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001). De regering wil met de bepaling in ieder geval voorkomen dat de faciliteit verloren gaat in situaties waarbij het belang onder de 5%-grens zakt uitsluitend door wijzigingen in de privésituatie van de aandeelhouder.¹⁷⁷ Dat het gaat om verwateringssituaties blijkt uit de eis dat het indirecte belang van minder dan 5% ooit een echt indirect ab moet zijn geweest.¹⁷⁸ Aangezien naar mijn mening ook hier geldt dat het type ab van de overdrager niet van belang is, kan ik instemmen met de keuze van de regering om dergelijke belangen onder de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te brengen.

5.3.5.4.b Uitsluiting meetrek ab

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat de wetgever een ab-houder in ieder geval als ondernemer ziet als hij voldoet aan het 5%-criterium.¹⁷⁹ Een meetrek ab kwalificeert om die reden dan ook niet. Een belastingplichtige heeft een meetrek ab indien aandelen of winstbewijzen niet op grond van een andere bepaling als ab hebben te gelden, maar waarbij de partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel een ab heeft. In paragraaf 4.2.4.3.d is de uitsluiting van het meetrek ab al aan de orde geweest. Daar heb ik geconcludeerd dat het type ab van de overdrager voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten niet relevant is. Deze conclusie geldt ook voor de hier aan de orde zijnde bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.

175. Zie voor voorbeelden NvW, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, blz. 22-23.

176. Zie ook Van der Kroon (2012).

177. Tweede NvW, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 12.

178. Ik ben het met Van der Kroon (2012) eens dat voor de vraag of sprake is van een indirect ab bij in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten het gezamenlijke belang bepalend is. In andere zin Tweede NvW, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 12, voorbeeld 2.

179. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 20-21.

5.3.5.4.c Kwalificerende voorwaarden medegerechtigdheid vennootschap

Zoals hiervoor bij het houden van een in box 1 gehouden medegerechtigdheid aan de orde is geweest, heeft de wetgever eveneens voorwaarden gesteld alvorens aandelen in een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt kunnen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting. Als argument wordt ook hier aangevoerd dat alleen reële bedrijfsopvolgingen moeten worden gefaciliteerd.¹⁸⁰ Waar het betreft een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 is hiervan sprake als de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven materiële onderneming.¹⁸¹ Vervolgens geldt dat de vervreemde aandelen of winstbewijzen worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.

Het vereiste dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet zijn van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 zou moeten vervallen. Dit geldt niet zonder meer voor het vereiste dat de opvolger of zijn vennootschap beherend vennoot moet zijn in de CV. Voor de argumentatie verwijs ik naar hetgeen ik hiervoor heb geschreven bij een in box 1 gehouden medegerechtigdheid (zie paragraaf 5.3.5.3).

Door art. 35c, derde lid, SW 1956 worden andere onder art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 vallende situaties van de faciliteit uitgesloten. Als voorbeeld geldt de situatie dat de vennootschap waarin het ab wordt gehouden een onderneming verhuurt. De verhuurder van een materiële onderneming kan als medegerechtigde in de zin van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 kwalificeren. De medegerechtigdheid kan evenwel nooit voldoen aan de in het derde lid van art. 35c SW 1956 genoemde voorwaarden. Dit geldt tevens bij de overdracht van een onderneming tegen een winstrecht (zie nader paragraaf 3.2.4.3). Art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 lijkt bewust te zijn geschreven voor belangen in commanditaire vennootschappen. De wetgever heeft voor bepaalde situaties besloten een faciliteit te bieden. Dit zien we ook terug bij de behandeling van preferente aandelen. Ook daarvoor geldt dat alleen indien aan de in het vierde lid van art. 35c SW 1956 genoemde voorwaarden wordt voldaan, recht bestaat op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. In

180. Zie citaat behorend bij voetnoot 158.

181. Van Gijlswijk (2010) merkt op dat het nog maar de vraag is of aan deze voorwaarde wordt voldaan als de commanditaire participatie met toepassing van art. 3.65 Wet IB 2001 geruisloos is ingebracht in de BV. De vennootschap heeft dan geen materiële onderneming gedreven. Ik ben het met Van Gijlswijk eens dat in een dergelijke situatie art. 4.17a Wet IB 2001 zou moeten kunnen worden toegepast. Dit zou dan tevens voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting moeten gelden.

paragraaf 6.3.2.2 komt aan de orde of ook andere vormen van medegerechtigdheid voor de faciliteit in aanmerking zouden moeten komen.

Het voorgaande geldt niet indien de verhuur van de onderneming onder art. 3.2 Wet IB 2001 wordt belast. Alsdan moet sprake zijn van het rechtstreeks verbonden worden voor verbintenissen betreffende de onderneming, in casu de verhuur van de onderneming.¹⁸² Indien hieraan wordt voldaan, worden belastingplichtigen niet geconfronteerd met de in het derde lid van art. 35c SW 1956 gestelde voorwaarden. Er is dan immers geen sprake van een winstgerechtigdheid. Alsdan komen aandelen in een kapitaalvennootschap waarvan de onderneming wordt verhuurd voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in aanmerking, mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden.

5.3.5.4.d *Kwalificerende voorwaarden preferente aandelen*

Preferente aandelen worden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenken erfbelasting uitgesloten als niet wordt voldaan aan de in het vierde lid van art. 35c SW 1956 opgenomen voorwaarden. Voor indirect gehouden preferente aandelen geldt dat moet worden voldaan aan de in art. 8, derde lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting opgenomen voorwaarden. De voorwaarden ten aanzien van direct en indirect gehouden preferente belangen zijn gelijklopend aan die voor de in hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 opgenomen doorschuifregelingen.¹⁸³ Voor de beoordeling van de doeltreffendheid van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting kan derhalve worden aangesloten bij die van de doorschuifbepalingen. Ik volsta hier dan ook met het overnemen van de conclusies uit paragraaf 4.2.4.3.d (kopje '*Voorwaarden kwalificerende preferente aandelen*'). Allereerst bleek dat onduidelijk is wat onder preferente aandelen moet worden verstaan. Er worden in feite twee omschrijvingen gegeven. Op grond van de eerste omschrijving is pas sprake van preferente aandelen indien de aandelen alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen. Volgens de tweede omschrijving zou al sprake kunnen zijn van preferente aandelen indien niet volledig wordt gedeeld in de winstreserves en liquidatieopbrengsten. Mijn voorkeur gaat uit naar de eerste omschrijving. Zodra aandelen gedeeltelijk delen in de waardevermeerdering van de aandelen, zou niet van preferente aandelen gesproken moeten worden.¹⁸⁴ Groot bezwaar is nu dat onduidelijk is voor de belastingplichtige of in een voorkomend geval sprake is van preferente aandelen. Dit scheidt een ongewenste rechtsonzekerheid.

De wetgever wil de faciliteit wel verlenen als sprake is van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. Voor de erflater geldt dat de preferente aandelen een

182. Zie uitgebreider wanneer hiervan sprake kan zijn Essers en Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, 3.2.30.B.a.

183. Art. 4.17a en 4.17c Wet IB 2001 en art. 26b, derde lid, Uitv.reg. IB 2001.

184. Zo ook Van der Kroon (2012) en Heithuis (2010a).

omzetting moeten vormen van een eerder door deze persoon gehouden ab van gewone aandelen.^{185, 186} Ik vind deze omzettingseis onnodig beperkend. Naar mijn mening is van belang dat in de vennootschap gedurende een bepaalde periode een materiële onderneming is gedreven en dat de faciliteit alleen wordt toegekend voor zover de waarde van de vermogensbestanddelen aan ondernemingsvermogen toerekenbaar is.

Vervolgens geldt nog de eis dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5%¹⁸⁷ van het geplaatste kapitaal¹⁸⁸ aandeelhouder moet zijn van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b (art. 35c, vierde lid, onderdeel d, Wet IB 2001). Ik ben het eens met de regering dat om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken de verkrijger op een bepaalde manier betrokken moet zijn bij de onderneming.¹⁸⁹ Hierbij kunnen vraagtekens worden geplaatst indien iemand na de overdracht alleen preferente aandelen in een kapitaalvennootschap bezit. In paragraaf 6.3.2.2 doe ik aanbevelingen ten aanzien van de positie van de verkrijger.

Het nadeel voor een erfgenaam die uitsluitend preferente aandelen verkrijgt, en waarbij de de bedrijfsopvolgingsfaciliteit dus niet kan worden toegepast, is dat deze de verschuldigde belasting wellicht niet kan betalen en er moet worden overgegaan tot inkoop van de preferente aandelen. Dit kan de continuïteit van de vennootschap schaden.¹⁹⁰ De staatssecretaris heeft in het kader van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting aangegeven niet voornemens te zijn dergelijke situaties te faciliteren: '(...) De

185. Onder een omzetting wordt ook verstaan de uitgifte van preferente aandelen als gevolg van fusie of splitsing. Zie uitgebreider art. 8, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting. Heithuis (2011), blz. 123 merkt terecht op dat de wetgever vergeten lijkt te zijn art. 3.65 Wet IB 2001 op te nemen.

186. Op grond van art. 8, tweede lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting blijven preferente aandelen kwalificeren indien ze worden verkregen van een rechtsopvolger krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht van degene die de betreffende aandelen heeft omgezet. Heithuis (2011), blz. 107 merkt terecht op dat deze goedkeuring niet lijkt te gelden voor een medegerechtigdheid. Dit moet een omissie zijn.

187. Ook indien de aandelen in een gemeenschap vallen, betekent dit dat alleen aan deze voorwaarde kan worden voldaan als beide echtgenoten afzonderlijk ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezitten. Zie ook Heithuis (2011), blz. 118.

188. De preferente aandelen worden daarbij niet gerekend tot het geplaatste kapitaal (art. 8, vijfde lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting).

189. Op grond van de huidige wettekst geldt dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b. De verwijzing naar onderdeel b was onduidelijk. Dit is toegelicht in het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.9. Het blijkt niet nodig te zijn dat de verkrijger al bij omzetting voldoet aan de 5%-voorwaarde. De voorwaarde leidt er tevens toe dat de doorschuiffaciliteit niet van toepassing is indien de preferente aandelen vererven naar de langstlevende en deze niet voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen. Heithuis (2011), blz. 27-28 schrijft in dit kader dat juist (cumulatief) preferente aandelen geschikt zijn om een bijdrage te leveren aan het levensonderhoud van de langstlevende. Alhoewel dit sympathiek oogt, ben ik van mening dat het met de doelstelling van de overheid niets van doen heeft.

190. Zie ook de voorbeelden van de redactie van V-N opgenomen in de aantekening bij de artikelsgewijze toelichting op art. 35c SW 1956 in de MvT (V-N 2009/22.3).

*bedrijfsopvolgingsregeling is niet bedoeld om familievermogen dat geen ondernemingsvermogen is, onbelast binnen de familie te laten vererven, terwijl de onderneming door een derde of door één familielid wordt gedreven.*¹⁹¹

5.3.5.5 Kwalificerend ondernemingsvermogen in de vennootschap

Naast het vereiste dat sprake moet zijn van een kwalificerend ab, worden er eisen gesteld aan het vermogen van de kapitaalvennootschap. Het lichaam waarop het belang betrekking heeft moet een onderneming drijven als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Er is bewust voor gekozen aan te sluiten bij het materiële ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting: *'In de wetgeving moet daarbij zo min mogelijk verschil worden gemaakt tussen overdrachten in de winstsfeer en die in de aanmerkelijkbelang sfeer, (...).*¹⁹² Naar mijn mening formuleert de regering hier een juist uitgangspunt. In de inkomstenbelasting moet op basis van de regels van de vermogensetikettering worden bepaald welk gedeelte van het vermogen van de belastingplichtige tot het ondernemingsvermogen behoort. Deze vermogensetikettering werkt door naar de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting. Voor de kapitaalvennootschap geldt dat als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van de vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

1. bedoelde onderneming of medegerechtigdheid,
2. en het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5% van de ingevolge onder 1. toegerekende waarde.

De bezittingen en schulden van de kapitaalvennootschap moeten kunnen worden toegerekend aan de door de kapitaalvennootschap gedreven onderneming. Op grond van de regels van de vermogensetikettering uit de winstsfeer moet worden nagegaan wat onder het ondernemingsvermogen kan worden begrepen. Hiervoor verwijs ik naar paragraaf 4.2.4.3.d (kopje '*Ondernemingsvermogen*'). Hetgeen daar is geschreven over kwalificerend ondernemingsvermogen in de vennootschap geldt hier onverkort.

5.3.5.6 Kwalificerend TBS-vermogen

Als ondernemingsvermogen wordt ook aangemerkt een onroerende zaak die door de erflater of schenker ter beschikking wordt gesteld op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 (art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956).¹⁹³ De onroerende zaak moet volgens hetzelfde lid wel dienstbaar zijn aan de onderneming van

191. NnavNV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 26-27.

192. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 5.

193. In art. 7, tweede lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is nog bepaald dat een onder art. 3.92 Wet IB 2001 vallende onroerende zaak tot de objectieve onderneming wordt gerekend. Anders zou niet voldaan kunnen worden aan de eisen genoemd in art. 35b SW 1956.

een onder art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 vallend lichaam. De laatste eis lijkt mij overbodig omdat onder art. 3.92 Wet IB 2001 alleen wordt belast dat gedeelte van de onroerende zaak voor zover deze ter beschikking wordt gesteld. Ten aanzien van de verkrijger van de onroerende zaak wordt aanvullend de eis gesteld dat deze tegelijkertijd¹⁹⁴ een kwalificerend belang, als bedoeld in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956, in de vennootschap krijgt. Indien iemand alleen een onroerende zaak ter beschikking stelt aan een vennootschap maar daarbij geen kwalificerend belang in de vennootschap verkrijgt, is geen sprake van een bedrijfsoverdracht.¹⁹⁵ Dit is naar mijn mening juist. Indien evenwel de verkrijger al vóór de schenking of het overlijden door een eerdere bedrijfsoverdracht beschikte over een ab moet de faciliteit wel van toepassing kunnen zijn.¹⁹⁶

De wetgever heeft de faciliteit beperkt tot onroerende zaken. In het geval van andere onder art. 3.92 Wet IB 2001 vallende vermogensbestanddelen bestaat geen noodzaak dit vermogen in privé te houden. Ook zou de regeling zowel wetstechnisch als in de uitvoering te ingewikkeld worden.¹⁹⁷ Ten aanzien van een vordering op de vennootschap oppert de regering de vordering dan maar om te zetten in aandelenkapitaal. Om voor een onroerende zaak iets soortgelijks te bereiken zou deze moeten worden ingebracht in de BV tegen uitreiking van aandelen, hetgeen de regering bezwaarlijk acht.^{198, 199} Ook voor buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen geldt dat een vermogensbestanddeel alleen tot de objectieve onderneming kan behoren indien het een onroerende zaak betreft (art. 7, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting). Naar mijn mening komt het evenwel de doeltreffendheid van de regeling ten goede als de faciliteit zodanig wordt uitgebreid dat wordt aangesloten bij de vermogensetiketteringsregels voor IB-ondernemingen. Alle vermogensbestanddelen die bij IB-ondernemingen op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend moeten kwalificeren. Dit voorstel heb ik ook gedaan voor buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen (zie paragraaf 5.3.5.2). Het voorgaande heeft tot gevolg dat ook de onder art. 3.92 Wet IB 2001 vallende vordering van de dga op zijn vennootschap als ondernemingsvermogen kwalificeert. Dit is ook juist omdat de met de vordering samenhangende schuld in de vennootschap het ondernemingsvermogen vermindert. In feite worden de vordering en schuld gesaldeerd.

Net zoals bij het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen speelt ook hier de vraag hoe het terbeschikkinggesteld vermogen moet worden

194. Deze eis is om uitvoeringstechnische redenen opgenomen (NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, blz. 101).

195. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45.

196. Zie ook Hoogeveen (2005), blz. 120. Er moet dan wel sprake zijn van een gefaseerde bedrijfsoverdracht zoals dit ook wordt vereist bij toepassing van de in art. 15, eerste lid, onderdeel b, Wet BRV 1970.

197. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 44-45.

198. NnavNV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 28.

199. Dit zou ook leiden tot heffing van overdrachtsbelasting. Er wordt immers niet voldaan aan de voorwaarden van art. 15, eerste lid, onderdeel e, Wet BRV 1970.

meegenomen bij de berekening van de in art. 35b, eerste lid, onderdeel b, ten tweede, SW 1956 opgenomen 100%-vrijstelling van ondernemingsvermogen. Uit een in de parlementaire behandeling opgenomen voorbeeld blijkt dat het terbeschikkinggesteld vermogen voor de berekening van de 100%-vrijstelling bij het totale 'gewone' ondernemingsvermogen van de vennootschap moet worden gevoegd.²⁰⁰ Dit lijkt juist indien art. 7, tweede lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting (terbeschikkinggesteld vermogen behoort tot de objectieve onderneming) in ogenschouw wordt genomen. Het gevolg is wel dat de vrijstelling van een andere verkrijger zonder terbeschikkinggesteld vermogen daardoor wordt beïnvloed.²⁰¹ Op zich kan ik instemmen met het argument van de regering dat de uiteindelijke vrijstelling niet hoger mag worden dan € 1.028.132. Een andere oplossing is het bedrag van de vrijstelling in eerste instantie te berekenen exclusief het terbeschikkinggesteld vermogen. Indien vervolgens nog een bedrag aan vrijstelling resteert, kan dat worden gebruikt om het terbeschikkinggesteld vermogen (gedeeltelijk) vrij te stellen. Naar mijn mening doet deze oplossing meer recht aan de verkrijger zonder terbeschikkinggesteld vermogen.

Overigens doet zich hier nog wel een verschil voor met de situatie waarbij het pand niet door de ab-houder in privé wordt gehouden, maar door de holdingvennootschap van de ab-houder. Het pand wordt in de werkmaatschappij gebruikt. Alsdan hoeft voor de berekening van de 100%-vrijstelling de waarde van het pand niet tot het totale 'gewone' ondernemingsvermogen van de vennootschap te worden gerekend. De vrijstelling van de andere verkrijger, zonder pand, wordt dan niet beïnvloed door het pand van de andere aandeelhouder.²⁰²

5.3.5.7 *Bezitstermijn en voortzettingsvereiste*

In art. 35d en 35e SW 1956 worden zowel eisen gesteld aan de erflater/schenker als aan de verkrijger. Deze bepalingen zijn ingevoerd om misbruik van de regeling tegen te gaan.²⁰³

Op grond van art. 35d SW 1956 geldt voor de erflater een bezitseis van één jaar voorafgaand aan het overlijden.²⁰⁴ Voor de schenker betreft dit een

200. Zie voorbeeld 9 in MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 5 en 6.

201. Zie ook Hoogwout (2010b).

202. Hoogwout (2011). Zie ook het aldaar opgenomen voorbeeld.

203. Zie MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45-46 (erflater) en MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, blz. 8 en 23 (schenker).

204. Gedurende deze periode moet de erflater wel als 'echte ondernemer' kwalificeren, aldus de parlementaire behandeling (NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 103). Hier moet rekening mee worden gehouden indien bijvoorbeeld gewone aandelen worden omgezet in preferente aandelen. Voor de situatie van overlijden geldt dan dat de erflater minimaal één jaar in bezit moet zijn geweest van gewone aandelen. Het voorgaande geldt eveneens voor de bezitstermijn bij schenkingen.

periode van vijf jaren voorafgaande aan de schenking.²⁰⁵ Naar mijn mening is dit verschil gerechtvaardigd. Een schenking kan immers worden gepland. De eis ten aanzien van de erflater geldt sinds 1 januari 2010. Voordien werd de opvatting gehuldigd dat een dergelijke eis niet nodig was omdat overlijden niet voorzienbaar is. Er is evenwel gebleken dat in het zicht van overlijden belast vermogen werd omgezet in onbelast ondernemingsvermogen.²⁰⁶ De bezitseis voor de schenker geldt vanaf de invoering van de kwijtscheldingsfaciliteit per 1 januari 1997.

Naar mijn mening is het stellen van voorwaarden noodzakelijk. Het betreft immers een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit. Om te voorkomen dat vlak vóór overlijden, dan wel schenking beleggingsvermogen wordt omgezet in ondernemingsvermogen, is deze bezitseis ingevoerd. Ik acht de bezitseis doeltreffend.

In art. 35e SW 1956 wordt bepaald wanneer aan het voortzettingsvereiste is voldaan.²⁰⁷ De termijn bedraagt hiervoor in alle gevallen vijf jaren.²⁰⁸ Ten aanzien van een IB-onderneming geldt dat de verkrijger niet mag ophouden, ook niet voor een gedeelte, winst uit onderneming te genieten.²⁰⁹ *‘De terminologie ‘ophouden uit de onderneming of uit een deel daarvan winst te genieten’ sluit aan bij het materiële stakingsbegrip in de inkomstenbelasting. Dit betekent overigens niet dat er een volledige gelijkheid bestaat met de behandeling voor de inkomstenbelasting. Afwijkingen zijn mogelijk indien de ratio van de BOR dat rechtvaardigt.’*²¹⁰ Dit geldt onder andere indien de onderneming wordt ingebracht in een samenwerkingsverband met voorbehoud van stille reserves.²¹¹ Er worden dan geen stille reserves gerealiseerd, maar de winstgerechtigdheid

205. In art. 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting worden situaties benoemd waarvoor tevens geldt dat aan genoemde periode geacht wordt te zijn voldaan. Zie nader Toelichting Uitv.reg. schenk- en erfbelasting van 17 december 2009, Stcrt. 2009, 20619.

206. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 45-46.

207. Zie art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor gebeurtenissen die niet leiden tot verlies van de faciliteit. In die situaties verandert alleen de juridische huls. Een belastingplichtige mag geruisloos doorschuiven op grond van art. 3.65 Wet IB 2001, mits hij niet meer aan contanten ontvangt dan is toegestaan op basis van de desbetreffende doorschuivingsbepalingen. Zie voor de toelichting op genoemd artikel: Toelichting Uitv.reg. schenk- en erfbelasting; regeling van 17 december 2009, Stcrt. 2009, 20619. In de toelichting zijn ook voorbeelden opgenomen. Indien van art. 10, eerste tot en met derde lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting gebruik wil worden gemaakt, moet een verzoek worden gedaan bij de inspecteur (vijfde lid van genoemd artikel). De inspecteur beslist bij voor bezwaar vatbare beschikking.

208. Indien de voortzetter gedurende deze periode komt te overlijden kunnen de rechtsopvolgers krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht voor de resterende duur van de termijn in de plaats treden van de oorspronkelijke verkrijger (art. 10, zesde lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting).

209. Het ophouden winst uit onderneming te genieten betekent niet altijd dat een belastingplichtige ook zijn onderneming staakt. Zo leidt de toepassing van art. 3.61 Wet IB 2001 (eindafrekeningsbepaling) ertoe dat de belastingplichtige ophoudt winst uit onderneming te genieten, terwijl van een staking geen sprake is.

210. Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.1.

211. Zie ook Nadere MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 10.

gaat gedeeltelijk over op een ander.²¹² Er wordt ook niet voldaan aan het voortzettingsvereiste bij toepassing van de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001. Het gaat er in feite om of het in de IB-onderneming verkregen belang (gedeeltelijk) wordt overgedragen.²¹³ Zo leidt ook het inbrengen van de IB-onderneming in een CV waarbij de inbrenger commanditair vennoot wordt tot verlies van de vrijstelling. Dat in genoemde situaties het recht op een vrijstelling verloren gaat, acht ik acceptabel. Indien het doel is alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, kan een voortzettingvereiste niet ontbreken. Dit geldt des te meer indien, zoals onder de huidige SW 1956, sprake is van een zeer genereuze vrijstellingsfaciliteit. Een voortzettingstermijn van vijf jaren is naar mijn mening de ondergrens. Ook ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid geldt dezelfde voortzettingseis. De verkrijger mag niet ophouden uit de medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten. Het moet naar mijn mening geen probleem zijn als de CV wordt ontbonden en de verkrijger de onderneming voortzet in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001.

De discussie bij de verkrijging van een ab is van een andere orde als bij een IB-onderneming. Indien immers een ab wordt verkregen, kan geen sprake zijn van een door de verkrijger gedreven onderneming. De betrokkenheid is anders. De vennootschap mag niet ophouden in materiële zin een onderneming te drijven, ook niet voor een gedeelte daarvan, noch ophouden uit de onderneming of winstgerechtigdheid winst te genieten (art. 35e, eerste lid, onderdeel c, ten derde, SW 1956).²¹⁴ Dit is ook aan de orde als de toerekening op grond van art. 35c, vijfde lid, SW 1956 tot een andere uitkomst leidt omdat bijvoorbeeld gedurende de voortzettingstermijn aandelen in de werkmaatschappij worden verkocht.²¹⁵ Hierbij is niet van belang of er een vervangingsvoornemen is ten aanzien van de verkregen opbrengst of dat een herinvestering is gedaan.²¹⁶ S.A. Stevens²¹⁷ stelt terecht kanttekeningen bij dit standpunt. Het voortzettingvereiste legt immers beperkingen op waar het betreft de gewenste bedrijfsstrategie. Volgens Stevens zou de faciliteit niet terug moeten worden genomen zolang de verkoopopbrengst nog als ondernemingsvermogen in de vennootschap aanwezig is. Ik onderschrijf zijn standpunt, maar zijn denkrichting maakt de regeling wel weer ingewikkelder. Verder stelt Stevens dat het nog maar de

212. Jansen (2005a) stelt zich de vraag waarom de staatssecretaris van Financiën onder de tot 31 december 2001 geldende wetgeving nog wel goedkeurde dat de faciliteit niet eindigde bij het aangaan van een personenvennootschap onder voorbehoud van stille reserves. Ik denk dat hierbij een rol speelt dat destijds sprake was van een minder genereuze regeling. De kwijtscheldingsfaciliteit voor niet specifiek ondernemingsvermogen bedroeg destijds 'slechts' 25%.

213. Zie ook art. 35e, tweede lid, SW 1956 waarin wordt aangegeven dat het voortzettingvereiste niet geldt voor het belang waartoe de voortzetter al gerechtigd was vóór de verkrijging.

214. Voor de uitleg hiervan wordt verwezen naar de regels zoals die in de inkomstenbelasting gelden (NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 103).

215. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 46.

216. Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.5.

217. S.A. Stevens (2008).

vraag is of een verkoop van een deelneming op grond van de jurisprudentie kan worden gezien als staking van (een gedeelte van) de onderneming.²¹⁸

Ten aanzien van het ab geldt dat de vermogensbestanddelen of een gedeelte van de in deze vermogensbestanddelen liggende rechten niet mogen worden vervreemd (zie daarvoor paragraaf 3.3.3.2). Wat betreft de voortzettingseis ten aanzien van een ab²¹⁹ geldt hetzelfde als ik heb aangegeven voor een IB-onderneming. Een vijfjaarstermijn acht ik geboden. Er geldt overigens een verschil met de in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit bij schenking. Op grond van art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 moet de verkrijger gedurende 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van de vervreemding in dienstbetrekking zijn geweest van de vennootschap waarop de geschonken aandelen betrekking hebben. Er geldt voor art. 4.17c Wet IB 2001 geen voortzettingsvereiste. Dit verschil is goed te verklaren. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting geeft uiteindelijk, indien wordt voldaan aan de voorwaarden, afstel van belastingheffing. Het is niet meer dan redelijk daaraan een voortzettingsvereiste te koppelen. Voor een doorschuiffaciliteit geldt evenwel dat het de claim van de overdrager betreft. Het is dan niet logisch de doorschuiffaciliteit terug te nemen als de verkrijger niet voortzet.²²⁰ Bovendien leidt een doorschuiffaciliteit niet tot een echt afstel van belastingheffing. De belastingclaim wordt immers doorgeschoven naar de verkrijger.

Uiteindelijk vervalt het recht op de faciliteit ook als vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen²²¹ of als de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen wordt beperkt (art. 35e, eerste lid, onderdeel c, ten tweede, SW 1956).²²² De regering is van mening dat niet gesproken kan worden van een reële bedrijfsopvolging. De verkrijger is niet meer de ondernemer die voortzet.²²³ Bij winstbewijzen is het vreemd te moeten constateren dat deze kwalificeren als ze recht geven op ten minste 5% van de jaarwinst (art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 verwijst immers naar afdeling 4.3 van de Wet IB 2001), maar dat vervolgens ten aanzien van andere vermogensbestanddelen wordt geëist dat het recht op toekomstige waardeontwikkeling niet mag worden beperkt. De wetgever zal zich dit waarschijnlijk niet hebben gerealiseerd.

De voortzettingseis geldt op grond van het vierde lid van art. 35e SW 1956 ook voor de gewone aandelen die de voortzetter op het moment van verkrijging reeds in bezit moet hebben. Indien 60% van de gewone aandelen worden

218. Zie uitgebreider S.A. Stevens (2008), paragraaf 5.

219. Zie wanneer in een dergelijk geval tevens van een vervreemding sprake is art. 35e, derde lid, SW 1956.

220. Zie ook paragraaf 4.2.4.5.d.

221. Dat e.e.a. voor de ab-regeling wel geruisloos kan verlopen, acht de wetgever niet van belang. Daar gaat geen claim verloren. Zie Nadere MvA, Kamerstukken I 2009/10, nr. F, blz. 10.

222. Het certificeren van aandelen leidt niet tot het ontnemen van de faciliteit, mits wordt voldaan aan de voorwaarden uit het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, onderdeel 4.5. Zie het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 6.4.

223. NnavNV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 28-29.

vervreemd vervalt voor 60% de voorwaardelijke vrijstelling ten aanzien van de preferente aandelen.²²⁴ Deze eis is logisch als het doel van art. 35c, vierde lid, SW 1956 in ogenschouw wordt genomen.

Ten aanzien van terbeschikkinggestelde onroerende zaken geldt de voortzettingseis ten aanzien van het ter beschikking blijven stellen van de onroerende zaak en het dienstbaar blijven aan de onderneming van de vennootschap.²²⁵ De verkrijger hoeft niet belast te worden op grond van art. 3.92 Wet IB 2001. De verkrijger hoeft immers geen ab te hebben om de faciliteit te kunnen krijgen. Deze persoon kan dan ook niet belast worden onder art. 3.92 Wet IB 2001. Met het voortzettingseis vereiste inzake terbeschikkinggestelde onroerende zaken kan ik instemmen.

De in art. 35e SW 1956 gestelde voortzettingstermijn blijft overigens doorlopen bij overlijden van de verkrijger, dan wel indien sprake is van een overgang onder algemene titel krachtens huwelijksvermogensrecht of bij ontbinding en verdeling van een huwelijksgemeenschap (art. 6 en 7 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting).²²⁶ Degene die op die grond verkrijgt moet wel blijven voldoen aan het oorspronkelijke voortzettingseis vereiste. Ten aanzien van de overlijdenssituatie geldt dat er vervolgens voor de verkrijger een nieuwe voortzettingstermijn gaat lopen. Deze persoon krijgt immers uit eigen hoofde de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

5.3.5.8 Invorderingsfaciliteiten art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW 1990

De vraag die hier aan de orde is, is of de in art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteiten bijdragen aan het oplossen van een eventueel liquiditeitsprobleem. Een invorderingsfaciliteit is bij uitstek het middel om een uit de belastingclaim voortvloeiend liquiditeitsprobleem op te lossen. Ten aanzien van de invorderingsfaciliteit voor de voortzetter geldt dat deze het sluitstuk vormt van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Het rentedragende uitstel wordt verleend over het verschil tussen de belasting over de belaste verkrijging en de belasting over de belaste verkrijging minus de geconserveerde waarde²²⁷ (art. 35b, derde lid, SW 1956). Dit betekent dat aan de voortzetter uitstel van betaling wordt verleend voor 17% van het ondernemingsvermogen. Dit betreft het gedeelte van het ondernemingsvermogen dat niet voorwaardelijk is vrijgesteld. Het uitgangspunt dat voor de

224. Tweede NvW, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 16, blz. 14. De redactie van V-N oppert in een aantekening bij deze wijziging (V-N 2009/50.3) de terugname van de vrijstelling niet te baseren op het aantal gewone aandelen ten opzichte van het totaal aantal gewone aandelen maar op de waarde van de aandelen. Daar kan ik mee instemmen. Overigens kan ik niet volgen waarom de waarde van het aandeel in kwestie maar 0,00002% van het totaal zou bedragen.

225. Ook hiervoor geldt weer een aantal uitzonderingen. Zie art. 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting.

226. Zie voor voorbeelden de Toelichting Uitv.reg. schenk- en erfbelasting; regeling van 17 december 2009, Stcrt. 2009, 20619.

227. Zie art. 35b, tweede lid, SW 1956 alwaar is bepaald dat de geconserveerde waarde de waarde van het ondernemingsvermogen betreft minus de voorwaardelijke vrijstelling.

belastingheffing die ziet op ondernemingsvermogen uitstel van betaling wordt verleend ondersteun ik, maar hieraan moeten wel voorwaarden worden gesteld. De faciliteit moet in ieder geval rentedragend blijven. Dit werk ik uit in paragraaf 6.2.2.2.a. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de in art. 25, twaalfde lid, IW 1990 opgenomen faciliteit doeltreffend is, maar over zijn doel heen kan schieten als er geen liquiditeitsprobleem is.

De in het dertiende lid van art. 25 IW 1990 opgenomen rentedragende invorderingsfaciliteit geldt voor degene die een onderbedelingsvordering krijgt op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen, als bedoeld in art. 35c, eerste lid, SW 1956. Er moeten vraagtekens worden gesteld bij de doeltreffendheid van deze invorderingsfaciliteit. Het is afhankelijk van de situatie of de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen als gevolg van het feit dat erfbelasting moet worden voldaan. In paragraaf 5.3.3.3.e heb ik hiertoe een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarbij de wettelijke verdeling van toepassing is en de situatie waarin op grond van een testamentaire regeling een onderbedelingsvordering ontstaat. De in paragraaf 5.3.3.3.e gemaakte analyse kan hier worden overgenomen. Op basis van deze analyse is mijn conclusie voor de toetsing in deze paragraaf dat de invorderingsfaciliteit in ieder geval doeltreffend is indien sprake is van een wettelijke verdeling. Het is dan immers de voortzetter, de langstlevende, die de belasting moet voorschieten. Indien er een testament is gemaakt, is het in principe de verkrijger van de onderbedelingsvordering die de erfbelasting moet voldoen. Alsdan wordt de continuïteit van de onderneming niet bedreigd. Dit is anders indien de erflater in het testament heeft bepaald dat de voortzetter de belasting moet voorschieten. In dat geval is de faciliteit ook doeltreffend.

Voor beide invorderingsfaciliteiten geldt een uitsteltermijn van tien jaren. Deze termijn vangt aan op de dag na het einde van het kalenderjaar waarin de verkrijging heeft plaatsgevonden (art. 6a en 6b Uitv.reg. schenk- en erfbelasting). Een termijn van tien jaren acht ik doeltreffend. In deze periode zouden betrokkenen voldoende voorbereid moeten zijn op het feit dat het uitstel vervalt.

Het uitstel wordt bij beide invorderingsfaciliteiten beëindigd in geval van faillissement van de belastingschuldige en ingeval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van de belastingschuldige van toepassing is (zie de onderdelen a en b van art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW 1990).²²⁸ Aan het voortzettingsvereiste van de verkrijger is hiervoor al aandacht besteed. Het uitstel wordt beëindigd als de verkrijger van ondernemingsvermogen niet voldoet aan de voorwaarden van art. 35e SW 1956. Dit acht ik een logisch gevolg. Voor degene die een vordering krijgt op de voortzetter is het overigens moeilijk te verkroppen dat het uitstel op grond van art. 25, dertiende lid, onderdeel c, IW 1990 wordt beëindigd als de voortzetter niet voldoet aan het

228. Op grond van art. 26, eerste lid, IW 1990 kan in bepaalde situaties kwijtschelding worden verleend. Zie daartoe art. 10-19a Uitv.reg. IW 1990.

voortzettingvereiste. Ik begrijp de overwegingen van de regering, omdat indien niet aan het in art. 35b, vijfde lid, SW 1956 opgenomen voortzettingvereiste wordt voldaan er geen reden meer is nog een faciliteit te verlenen. Het voorgaande speelt geen rol indien sprake is van een wettelijke verdeling. Het is dan immers de langstlevende, de voortzetter, die de belasting moet voldoen.

Het uitstel wordt voorts nog beëindigd als de oorspronkelijke voortzetter de vordering (gedeeltelijk) aflost. Met de vrijgekomen middelen kan de belasting worden voldaan. Dat het uitstel wordt beëindigd voor zover de vordering wordt voldaan is geregeld in art. 25, dertiende lid, onderdeel d, IW 1990.

5.3.6 Doelmatigheid

Ook voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting geldt dat de kans aanwezig is dat belastingplichtigen gebruikmaken van de faciliteit terwijl ze deze niet nodig hebben. Dit geldt ook voor de in art. 25, twaalfde en dertiende lid IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteiten. Er hoeft niet te worden aangetoond dat daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem. In die zin zijn de faciliteiten niet doelmatig.²²⁹

In paragraaf 5.3.5.4.a kwam aan de orde dat een belastingplichtige met directe belangen in verschillende vennootschappen zoveel keer de in art. 35b, eerste lid, onderdeel a, SW 1956 opgenomen (voorwaardelijke) vrijstelling kan benutten. Dit komt omdat in genoemde bepaling wordt aangesloten bij het begrip 'objectieve onderneming'. Het ligt voor de hand dat belastingplichtigen hierop gaan anticiperen.²³⁰ Ook leidt de dubbele structuur (100% vrijstelling ondernemingsvermogen tot een bedrag van inmiddels € 1.028.132 in combinatie met de 83%-vrijstelling voor het restant van het ondernemingsvermogen) tot ingewikkelde berekeningen. Dit was anders onder de tot 1 januari 2010 geldende wetgeving. Toen bedroeg de vrijstelling nog een bepaald percentage van het ondernemingsvermogen. De staatssecretaris heeft in een brief²³¹ aangegeven dat hem signalen uit de praktijk hebben bereikt dat de dubbele structuur voor problemen zorgt.²³² De staatssecretaris heeft in dezelfde brief toegezegd in 2011 de faciliteit op dit punt te evalueren. Tot op heden is hier geen uitvoering aan gegeven.²³³ In paragraaf 6.3.2.2 doe ik aanbevelingen om de faciliteit op dit punt doelmatiger te maken.

229. Zie ook Rijkers (2009).

230. Zie ook Heithuis (2010c).

231. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 21 december 2010, Kamerstukken I 2010/2011, 32 504, nr. G, blz. 4.

232. Ook Jansen (2010) verwijst naar de uitvoeringsproblemen. Denk daarbij aan de verwerking van het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen. Zie ook paragraaf 5.3.5.2.

233. In een brief van de staatssecretaris van Financiën van 20 maart 2013 aan de Eerste Kamer, nr. AFP/2013/63M, V-N 2013/16.3 is aangegeven dat een onderzoek loopt naar de bedrijfsopvolgingsregeling en dat de uitkomsten uiterlijk op Prinsjesdag 2013 bekend worden gemaakt.

Om de faciliteit toe te kunnen passen moet ten aanzien van kapitaalvennootschappen een onderscheid worden gemaakt tussen ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen. Dit zal niet altijd een gemakkelijke opgave zijn.²³⁴ Ook is het lastig vast te stellen aan welke activa schulden moeten worden toegerekend. Daarnaast levert het voorgaande voor de overheid uitvoeringskosten op. De fiscus moet controleren of het gemaakte onderscheid juist is gemaakt.

De wetgever heeft met art. 35c, eerste lid, onderdeel c, ten tweede, SW 1956 een doelmatigheidsmarge geïntroduceerd. Ik ben van mening dat deze bepaling zou moeten komen te vervallen.²³⁵ Voor de argumentatie wordt verwezen naar paragraaf 4.2.4.3.e.

De wetgeving is voorts ingewikkeld te noemen omdat bepaalde tot het ab behorende belangen worden uitgesloten in art. 35c SW 1956. Ook worden belangen van minder dan 5% in het geplaatste aandelenkapitaal verschillend behandeld. Zie hiervoor eveneens paragraaf 4.2.4.3.e. Hetgeen daar aan de orde is geweest voor de doorschuiffaciliteiten geldt onverkort voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.

De in art. 35c, vijfde lid, SW 1956 opgenomen bepaling (indirecte belangen) is naar mijn mening goed toepasbaar indien alleen sprake is van gewone aandelen. Dat de consolidatie van de bezittingen en schulden van holding- en werkmaatschappijen lastig kan zijn valt niet te voorkomen. De onder art. 35c, vijfde lid, SW 1956 opgenomen voorwaarden ten aanzien van indirecte belangen van minder dan 5%, doch ten minste 0,5% maken de regelgeving beduidend ingewikkelder.²³⁶ Niet duidelijk is verder hoe moet worden omgegaan met situaties waarbij op één of meer niveaus sprake is van verschillende soorten aandelen.²³⁷ Omdat het hier evenwel om de vraag gaat of sprake is van een indirect soort ab ga ik op dit vraagstuk niet verder in. In het kader van dit onderzoek gaat het erom of het ab kwalificeert als aandelenbelang waarop de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden toegepast. Indien vastgesteld kan worden dat een indirect belang kwalificeert als indirect ab kan op grond van de wettekst de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden toegepast voor zover verder aan de voorwaarden wordt voldaan.

De verzoeken om de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit te kunnen benutten en uitstel van betaling op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 te kunnen krijgen voor de geconserveerde waarde moeten gelijktijdig met de aangifte worden gedaan (art. 35b, zevende lid, SW 1956). Het aanslagbiljet zal – informatief – de belastingbedragen behorende bij de voorwaardelijke vrijstelling vermelden, alsmede de door de inspecteur in aanmerking genomen

234. Zie ook Van den Dool (2009a).

235. Zo ook S.A. Stevens (2010).

236. Zie ook Hoogwout (2010b).

237. Zie ook Van der Kroon (2012).

waarde van het ondernemingsvermogen.²³⁸ Op grond van art. 37, vierde lid, SW 1956 staan tegen de waardering van het ondernemingsvermogen geen rechtsmiddelen open indien de verkrijgers al eerder een aanslag hebben gehad waarin het ondernemingsvermogen in de grondslag is betrokken en waartegen zij in bezwaar en beroep hadden kunnen komen.²³⁹

Er worden geen conserverende aanslagen meer opgelegd waar het betreft de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteiten. In meer dan 90% van de gevallen bleken de verkrijgers te voldoen aan de voortzettingsvereisten.²⁴⁰ Indien niet aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, moet de verkrijger hiervan aangifte doen binnen acht maanden na de desbetreffende gebeurtenis. Gerekend vanaf de dag na deze gebeurtenis kan de inspecteur gedurende vijf jaren navorderen (art. 66, eerste lid, ten derde, SW 1956). De NOB²⁴¹ merkt terecht op dat hiermee de rechtspositie van de belastingplichtige verslechtert. Er bestaat pas zekerheid of voldaan is aan het voortzettingsvereiste als de navorderingstermijn is verstreken.

5.3.7 Tussenconclusie

In deze tussenconclusie worden de bevindingen uit dit hoofdstuk in een schema samengevat. De bevindingen heb ik door middel van symbolen van een oordeel voorzien. In hoofdstuk 6 worden op basis hiervan aanbevelingen gedaan teneinde tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. De symbolen hebben de volgende betekenis:

- ++ = overtuigend positief
- + = positief
- +/- = neutraal
- = negatief
- = overtuigend negatief

238. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 41.

239. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 41.

240. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 41.

241. NOB (2009), blz. 13.

Legitimiteit	De verkrijger kan moeilijkheden ondervinden om de verschuldigde erfbelasting te voldoen. De continuïteit van de onderneming kan worden bedreigd als de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. Overheidsingrijpen kan legitiem zijn.	++
	De verkrijger kan moeilijkheden ondervinden om de verschuldigde schenkbelasting te voldoen. Naar mijn mening is het evenwel niet aan de overheid om in te grijpen. Het is een bewuste keuze van de overdrager om te schenken.	- -
Gelijkheid: mensenrechtenverdragen	<i>Vrijstelling verschil tussen liquidatiewaarde en lagere waarde going concern.</i> Gelijke gevallen: Door het stellen van een voortzettingsvereiste is het gekozen middel proportioneel gegeven het doel. Ongelijke gevallen: er is geen sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling.	++
	<i>Vrijstelling ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 en daarboven 83% van het ondernemingsvermogen (waarde going concern).</i> Gelijke gevallen: deze vrijstelling is in de huidige vormgeving niet meer proportioneel gegeven het doel. Ongelijke gevallen: er is sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling.	- -
	<i>Uitstel van betaling ten aanzien van 17% van het ondernemingsvermogen.</i> Gelijke gevallen: er is sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen. Ongelijke gevallen: geen sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling.	++
	<i>Uitstel van betaling voor verkrijgers van onderbedelingsvorderingen.</i> Gelijke gevallen: Er is sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van verkrijgers van onderbedelingsvorderingen en andere verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen indien de wettelijke verdeling van toepassing is. Bij testamenten is dit alleen zo indien de voortzetter op grond van het testament verplicht is de erfbelasting voor te schieten. Er is wel sprake van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel indien verkrijgers van onderbedelingsvorderingen worden vergeleken met verkrijgers van ondernemingsvermogen. Ongelijke gevallen: er is sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van verkrijgers van onderbedelingsvorderingen en verkrijgers van ondernemingsvermogen.	-

Gelijkheid: draagkrachtbeginsel	De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit die ziet op het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern voldoet aan het draagkrachtbeginsel. Indien een belastingplichtige een onderneming verkrijgt en vervolgens voortzet, wordt zijn draagkrachtvermeerdering bepaald door de waarde going concern. Hij realiseert de liquidatiewaarde niet. Voorwaarde is wel dat er een voortzettingstermijn geldt.	+
	De voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit die ziet op het overige ondernemingsvermogen is niet in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel. De draagkracht van de verkrijger wordt wel degelijk vermeerderd. Op grond van art. 1 SW 1956 moet deze verkrijging in de heffing worden betrokken. Eventuele liquiditeitsproblemen behoeven niet met een vrijstellingsfaciliteit te worden opgelost.	--
	De in art. 25, twaalfde en dertiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteiten zijn in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel. Invorderingsfaciliteit zijn bij uitstek instrumenten om liquiditeitsproblemen op te lossen.	++
Neutraliteit	Overdracht bij leven versus overdracht door overlijden. De huidige vrijstellingsfaciliteit is te ruim en werkt daardoor verstarend. Hoe hoger het bedrag van de voorwaardelijke vrijstelling is, hoe aantrekkelijker het wordt te wachten met de overdracht tot het moment dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting kan worden benut.	--
	Het gedrag van belastingplichtigen als gevolg van de scheiding tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen wordt beïnvloed. Belastingplichtigen zullen naar wegen zoeken niet-ondernemingsvermogen om te zetten in ondernemingsvermogen.	--
	Uit onderzoek blijkt dat bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die zich beperken tot de familiesfeer ertoe kunnen leiden dat minder gekwalificeerde erfgenamen een onderneming voortzetten terwijl zij dit zonder faciliteiten niet zouden doen. De keuze voor een opvolger wordt beïnvloed door faciliteiten.	--
Doeltreffendheid	Het doel van de faciliteit is te voorkomen dat middelen uit de onderneming moeten worden gehaald om de belasting te voldoen. Zowel met een vrijstellingsfaciliteit als een invorderingsfaciliteit wordt dit doel bereikt.	++
	Als gevolg van de keuze voor het begrip 'objectieve onderneming' voor de vrijstelling kan de vrijstelling meermalen worden benut indien een belastingplichtige meer IB-ondernemingen bezit dan wel meer directe belangen heeft in verschillende kapitaalvennootschappen (in plaats van een holdingstructuur).	--

	Ten aanzien van IB-ondernemingen geldt dat vermogensbestanddelen alleen kwalificeren als ondernemingsvermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit indien zij voor de inkomstenbelasting tot het ondernemingsvermogen zijn gerekend. De keuze om aan te sluiten bij de keuze voor de inkomstenbelasting acht ik niet doeltreffend.	-
	Voor buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen geldt dat tot het ondernemingsvermogen slechts onroerende zaken kunnen worden gerekend. Dit acht ik te beperkt.	-
	De verkrijging van een medegerechtigdheid kwalificeert slechts onder voorwaarden voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. De eis dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de erflater of schenker gedreven materiële onderneming (dit geldt tevens indien een kapitaalvennootschap de medegerechtigdheid houdt; de vennootschap moet dan eerst een materiële onderneming hebben gedreven) is niet doeltreffend.	- -
	Het aansluiten bij het materiële ondernemingsbegrip waar het betreft de verkrijging van een ab in een kapitaalvennootschap is doeltreffend. De regering wil immers reële bedrijfsoverdrachten faciliteren. Dat vervolgens moet worden bepaald of vermogensbestanddelen tot het ondernemingsvermogen van die materiële onderneming behoren acht ik juist. Dit is wel wezensvreemd omdat een kapitaalvennootschap geacht wordt haar onderneming met het gehele vermogen te drijven. De vraag of sprake is van ondernemingsvermogen is dus alleen relevant op het moment van de verkrijging.	++
	Vanuit de doelstelling van de overheid dat de belastingclaim geen bedreiging mag vormen voor de continuïteit van de onderneming is de positie van de erflater/schenker niet relevant. Het gaat erom dat sprake is van een materiële onderneming. De beperkingen ten aanzien van het type ab van de schenker/erflater zijn niet doeltreffend.	- -
	Er worden geen eisen gesteld aan het belang dat de opvolger in een kapitaalvennootschap verkrijgt. Dit sluit niet aan bij het standpunt van de regering dat verkregen moet worden door een ondernemer. Dit laatste standpunt onderschrijf ik.	- -
	Een voortzettingsvereiste kan niet ontbreken indien het doel is alleen reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Zeker als, zoals onder de huidige SW 1956, sprake is van een zeer genereuze vrijstellingsfaciliteit. Een voortzettingstermijn van vijf jaren is naar mijn mening de ondergrens. De keerzijde is wel dat dit overdrachten gedurende de voortzettingsperiode beperkt.	++
	De in art. 35f, derde lid, SW 1956 genoemde termijn van twee jaren kan knellend werken.	- -

Doelmatigheid	Van de vrijstellings- en invorderingsfaciliteiten kan ook gebruik worden gemaakt als de belastingheffing niet tot liquiditeitsproblemen leidt. Dit leidt tot cadeaueffecten. Ook is het zo dat het niet nodig is een vrijstellingsfaciliteit te verlenen om het doel te bereiken. Een invorderingsfaciliteit zou volstaan.	- -
	De beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen is doelmatig indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.	- -
	De uitsluiting van verschillende aandelenbelangen maakt de regeling onnodig gecompliceerd.	- -
	De belastingplichtige verkeert onnodig lang in onzekerheid of voldaan is aan het voortzettingsvereiste.	-

5.4 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk zijn de op de erf- en schenkbelasting gerichte bedrijfsopvolgingsfaciliteiten getoetst op basis van de in paragraaf 1.4 opgenomen toetsingscriteria. Daarmee is de tiende deelvraag uit dit onderzoek beantwoord. Deze deelvraag luidt als volgt: *'Welke op de erf- en schenkbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?'* Tevens is daarmee het eerste deel van de probleemstelling aan bod gekomen, te weten of fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn.

De verkrijging van een onderneming als gevolg van overlijden dan wel schenking wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast met erf-, dan wel schenkbelasting. In art. 35b-35f SW 1956 is een regeling uitgewerkt waarbij, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit ten aanzien van het ondernemingsvermogen kan worden toegepast. Op grond van de faciliteit wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld (waarde going concern). Voor het surplus kan een vrijstelling worden verkregen van 83%. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 rentedragend uitstel van betaling worden gekregen. Voorts geldt nog een voorwaardelijke vrijstelling voor een eventueel verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern.

De vraag is of het legitiem is dat de overheid een faciliteit biedt voor de verkrijging van ondernemingsvermogen. Dit is allereerst legitiem indien hiermee kapitaalmarktimperfecties kunnen worden gecorrigeerd (zie

paragraaf 2.3). Daarnaast is ingrijpen legitiem indien daarmee verstoringen in de belastingwetgeving worden weggenomen (zie paragraaf 2.4). Van dergelijke verstoringen is naar mijn mening geen sprake waar het gaat om de heffing van erf- en schenkbelasting bij een bedrijfsoverdracht. Het gedrag van belastingplichtigen wordt niet beïnvloed door de heffing. Belastingplichtigen kunnen wel te maken krijgen met liquiditeitsproblemen. Indien zij niet in staat zijn, ook niet na een beroep op de kapitaalmarkt, de belasting te voldoen kunnen zij zich genoodzaakt zien de middelen ter voldoening van de belastingschuld aan de onderneming te onttrekken. Alsdan kan de continuïteit van de onderneming worden geschaad. Uit onderzoek van Hoogeveen²⁴² blijkt dat in veel gevallen een vrijstelling niet noodzakelijk is. Dit neemt niet weg dat er een groep belastingplichtigen overblijft die wel met liquiditeitsproblemen kan worden geconfronteerd. Een faciliteit bij schenking van een IB-onderneming of aandelen acht ik niet legitiem. Naar mijn mening is het niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze tot schenking over te gaan. Naar mijn mening is hier niet relevant of middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Indien de verkrijger niet in staat is de schenkbelasting te betalen, is het aan de schenker om de schenkbelasting voor zijn rekening te nemen. Indien dat niet mogelijk is, kan de overdracht ook gedeeltelijk tegen schuldi-gerkenning plaatsvinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt is er wel iets voor te zeggen een faciliteit bij schenking op te nemen. De groep belastingplichtigen die in de mogelijkheid verkeert te schenken zal dan niet wachten met de overdracht tot het moment van overlijden. De conclusie moet hier zijn dat overheidsingrijpen bij overlijden legitiem kan zijn. Of een faciliteit aanvaardbaar is, dan wel de juiste vorm heeft, wordt evenwel mede bepaald door de uitkomsten van de toetsing aan de andere criteria (gelijkheid, neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid).

Voor de toetsing aan gelijkheid is eerst ingegaan op de vraag of de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De toetsing aan gelijkheid is gedaan op basis van art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Allereerst is de vraag beantwoord of verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen zijn aan te merken. Hiervoor zijn twee benaderingen mogelijk. De eerste betreft degene die voor de analyse aansluit bij art. 1 SW 1956. Er is geen reden verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen verschillend te behandelen. Het zijn gelijke gevallen. De tweede benadering stelt het behoud van de continuïteit van de onderneming voorop.

De conclusie kan dan niet anders zijn dan dat geen sprake is van gelijke gevallen. Uitgaande van dit doel hebben verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen geen kenmerken gemeen. Naar mijn mening is de eerste benadering de juiste. Omdat de rechterlijke macht in diverse uitspraken heeft beslist dat geen sprake is van

242.

gelijke gevallen (zie paragraaf 5.3.2.2) is ook voor deze situatie uitgewerkt of sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.

Indien wordt uitgegaan van gelijke gevallen moet er een objectieve en redelijke rechtvaardiging zijn voor de ongelijke behandeling. Hiervan is sprake als er een legitiem doel voor de ongelijke behandeling is en er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het gewenste doel. Naar mijn mening is het doel legitiem. De doelstelling van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is het voorkomen van liquiditeitsproblemen bij de onderneming als gevolg van de belastingheffing. Deze liquiditeitsproblemen zouden een bedreiging kunnen vormen voor de continuïteit van de onderneming. In bepaalde situaties kan het zo zijn dat middelen moeten worden onttrokken aan de onderneming om de erf- dan wel schenkbelasting te moeten voldoen. De vraag is vervolgens of er een redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het doel.

Ten aanzien van de voorwaardelijke vrijstelling tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern ben ik van mening dat door het stellen van een voortzettingsvereiste van vijf jaren het gekozen middel proportioneel is gegeven het doel. Wat betreft de voorwaardelijke vrijstelling voor overig ondernemingsvermogen (waarde going concern) ben ik van mening dat bij het huidige vrijstellingspercentage (100% tot € 1.028.132 en daarboven 83%) geen sprake meer is van een redelijke proportionaliteit tussen het gekozen middel en het gewenste doel. De mogelijkheid om uitstel van betaling te krijgen voor de op de resterende 17% van het ondernemingsvermogen drukkende belasting acht ik niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het verlenen van een invorderingsfaciliteit om liquiditeitsproblemen te voorkomen is naar mijn mening een juist middel, zeker nu invorderingsrente verschuldigd is gedurende de periode van het uitstel. Dat remt onbedoeld gebruik af. De verkrijger van ondernemingsvermogen verkeert dan wel in een betere positie dan een verkrijger van ander vermogen waarvoor de belastingheffing geen uitstel wordt verleend, maar deze keuze acht ik proportioneel. Als laatste onderdeel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan worden genoemd de invorderingsfaciliteit voor degene die een onderbedelingsvordering krijgt op een door een medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen. Indien allereerst de vergelijking wordt gemaakt met andere belastingplichtigen waar geen ondernemingsvermogen tot de nalatenschap behoort, meen ik dat daarvoor in ieder geval een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat als sprake is van wettelijke verdeling. Indien sprake is van een testament is het afhankelijk van de vraag hoe de erfflater een en ander heeft bepaald. Omdat de faciliteit zich beperkt tot het verlenen van rentedragend uitstel van betaling meen ik dat het middel nog proportioneel is gegeven het doel. Verder moet nog de vergelijking worden gemaakt tussen verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van onderbedelingsvorderingen op medeverkrijgers van ondernemingsvermogen. Naar mijn mening is het verschil tussen de in art. 35b SW 1956 opgenomen voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit en een invorderingsfaciliteit te groot om te kunnen concluderen dat bij deze vergelijking geen sprake zou zijn van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel.

Als verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen zijn aan te merken als ongelijke gevallen is de analyse als volgt. Er is strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel als sprake is van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling. Voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern acht ik dit, vanwege de voortzettingstermijn, niet aan de orde. Dit is naar mijn mening wel het geval indien het gaat om de voorwaardelijke vrijstelling voor overig ondernemingsvermogen (waarde going concern). In zijn algemeenheid geldt dat niet snel sprake zal zijn van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Ook de rechter stelt zich terughoudend op. Naar mijn mening is hier evenwel de grens overschreden. Ik ben deze mening toegedaan omdat er geen enkele toets plaatsvindt of liquiditeitsproblemen ontstaan als gevolg van de belastingheffing. Met de huidige in art. 35b SW 1956 opgenomen vrijstellingspercentages is dat niet meer te verdedigen. Verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen worden ten opzichte van verkrijgers van ondernemingsvermogen overduidelijk onevenredig ongelijk behandeld. Ten aanzien van de invorderingsfaciliteit die ziet op de belasting over 17% van het ondernemingsvermogen ben ik van mening dat geen sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Het geven van een invorderingsfaciliteit om liquiditeitsproblemen te voorkomen, sluit aan bij het doel van de regeling. Als laatste deel van de faciliteit geldt de mogelijkheid voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering om uitstel van betaling te vragen. Ook hier is naar mijn mening sprake van een overduidelijke onevenredige ongelijke behandeling van verkrijgers van ondernemingsvermogen ten opzichte van verkrijgers van onderbedelingsvorderingen. De nuancering die hier gemaakt moet worden is dat verkrijgers van onderbedelingsvorderingen ook een faciliteit hebben gekregen. Zij kunnen immers verzoeken om rentedragend uitstel van betaling. Naar mijn mening is evenwel het verschil tussen het bieden van een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit en het bieden van rentedragend uitstel van betaling te groot.

De andere toets aan gelijkheid betreft die van toetsing aan het draagkrachtbeginsel. De erf- en schenkbelasting kunnen worden getypeerd als een heffing naar draagkracht. De verkrijger wordt belast voor de draagkrachtvermeerdering die hem toekomt door het overlijden van iemand of door een aan hem gedane schenking. Hetgeen in de heffing wordt betrokken betreft de waarde van al wat krachtens erfrecht of schenking wordt verkregen. De voorwaardelijke vrijstelling bestaande uit het verschil tussen de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen en de lagere waarde going concern kan naar mijn mening de toets aan het draagkrachtbeginsel doorstaan. Indien een belastingplichtige een onderneming verkrijgt en vervolgens voortzet, wordt zijn draagkrachtvermeerdering bepaald door de waarde going concern. Hij realiseert de liquidatiewaarde niet. Voorwaarde is wel dat, zoals dat in de huidige faciliteit is gedaan, aan de vrijstelling een voortzettingsvereiste is gekoppeld. De voorwaardelijke vrijstelling ten aanzien van de waarde going concern kan naar mijn mening de toets aan het draagkrachtbeginsel niet doorstaan. Het is niet de aard van het vermogen waarop de vrijstelling wordt gebaseerd, maar de

liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan in de onderneming indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. Een faciliteit moet daarop worden afgestemd. De wetgever kiest met deze vrijstellingsfaciliteit voor afstel van de belasting, terwijl het niet de aard van het vermogensbestanddeel is waarop de vrijstelling is gebaseerd.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit leidt tot versturende gedragsveranderingen bij belastingplichtigen. Het is aannemelijk dat belastingplichtigen een onderneming op een ander moment overdragen dan zij zouden doen zonder faciliteit. Hoe hoger het bedrag van de voorwaardelijke vrijstelling uiteindelijk is, hoe aantrekkelijker het wordt te wachten met de overdracht tot het moment dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting kan worden benut. Het is uiteindelijk wel de verkrijger die een beroep doet op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit, maar toch zal ook de potentiële overdrager bij zijn beslissingen worden beïnvloed door een mogelijke toepassing van de faciliteit. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting zet de potentiële overdrager ertoe aan de overdracht van de onderneming uit te stellen tot het moment van overlijden indien de overdrager niet in staat is de onderneming te schenken. Belastingplichtigen zullen evenwel naar wegen zoeken om dan anderszins het belang bij de onderneming over te dragen. Om toegang tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te behouden moet sprake zijn van ondernemingsvermogen. Dit betekent dat belastingplichtigen erbij gebaat zijn dat hun belang bij de onderneming blijft kwalificeren als ondernemingsvermogen. Dit is bijvoorbeeld niet aan de orde indien een onderneming wordt overgedragen tegen schuldigerkenning. Indien de belastingplichtige daarentegen als commanditair vennoot bij de onderneming betrokken blijft, kwalificeert deze medegerechtigdheid onder voorwaarden als ondernemingsvermogen (art. 35c, eerste lid, onderdeel b en tweede lid, SW 1956). Een belastingplichtige zou er derhalve voor kunnen kiezen zijn onderneming in te brengen in een CV in plaats van de onderneming in zijn geheel over te dragen. De faciliteit beïnvloedt dan het gedrag van de belastingplichtige. Ook de toepassing van een opzet met behulp van preferente aandelen kan ertoe leiden dat de faciliteit behouden blijft. Uit het voorgaande blijkt dat het gedrag van belastingplichtigen als gevolg van de scheiding tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen kan worden beïnvloed. Dit heeft een welvaartsverlies tot gevolg. Hier past de kanttekening dat de analyse niet beperkt kan worden tot eventuele welvaartsverliezen. Om onbedoeld gebruik van een faciliteit tegen te gaan, moet de wetgever nu eenmaal voorwaarden stellen. Een verstoring doet zich verder ook voor indien niet-ondernemingsvermogen wordt getransformeerd in ondernemingsvermogen. Ook het onderscheid dat wordt gemaakt tussen verkrijgers van een onderbedelingsvordering en verkrijgers van ondernemingsvermogen kan tot gedragsveranderingen leiden. Door de bedrijfsopvolgingsfaciliteit gaan nettoverkrijgingen, bij gelijke erfdelen, tussen de erfgenamen verschillen. Indien de erflater de verkrijgingen toch op één lijn wil hebben, zal hij proberen het belang van deze erfgenamen als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit zal ook de keuze voor een opvolger beïnvloeden. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit is alleen toegankelijk voor degenen die krachtens erfrecht, dan wel krachtens schenking ondernemingsvermogen verkrijgen. In de regel betreft dit personen binnen de familiekring. Ook kan het zijn dat de erflater ervoor kiest zijn ondernemingsvermogen aan een aantal erfgenamen na te laten. De regeling kan ertoe leiden dat de voortzetter niet de gehele voorwaardelijke vrijstelling kan benutten. Door nu ook aan andere erfgenamen ondernemingsvermogen toe te delen, kan de vrijstelling wellicht wel geheel worden gebruikt. Dit werkt verstorend gedrag in de hand.

Bezien vanuit het doel van de overheid is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit doeltreffend. Niet kan worden ontkend dat met een vrijstellingsfaciliteit de liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing worden weggenomen. Dit geldt eveneens voor het gedeelte waarvoor rentedragend uitstel van betaling wordt gekregen (art. 25, twaalfde lid, IW 1990). Ook met een invorderingsfaciliteit wordt het liquiditeitsprobleem (tijdelijk) opgelost. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit kan evenwel ook worden toegepast indien de middelen aanwezig zijn om de belasting te betalen (cadeaueffect). Dit beïnvloedt de doelmatigheid negatief. Voor de invorderingsfaciliteit geldt dit in mindere mate omdat deze rentedragend is. Dit remt het gebruik af.

De uitsluiting van beleggingsvermogen is een goede keuze van de wetgever geweest. Het is aan partijen zelf dit vermogen liquide te maken. De beperkingen ten aanzien van het type ab dat de erflater/schenker bezit kunnen vervallen. De regering wenst met de bedrijfsopvolgingsfaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet. Het gaat erom dat de continuïteit van de onderneming niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald. Indien dit uitgangspunt wordt gevolgd, heeft dit gevolgen voor de in art. 35d SW 1956 opgenomen bezitseis. Deze zou veeleer moeten aansluiten bij de duur waarin in de kapitaalvennootschap een onderneming wordt gedreven, dan wel een medegerechtigdheid is gehouden.

Wel moeten naar mijn mening eisen worden gesteld aan de voortzetter. Met een bedrijfsopvolgingsfaciliteit wenst de wetgever bedrijfsoverdrachten te faciliteren. In die zin is het redelijk te eisen dat de voortzetter op een bepaalde manier betrokken is bij de in de vennootschap gedreven onderneming. In die zin acht ik het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste doeltreffend. Een vijfjaarstermijn acht ik geboden.

De in art. 25, dertiende lid, IW 1990 opgenomen rentedragende invorderingsfaciliteit acht ik ook doeltreffend. Met een invorderingsfaciliteit wordt het liquiditeitsprobleem (tijdelijk) opgelost. Bij deze faciliteit past dezelfde kanttekening als die hiervoor is geplaatst bij art. 25, twaalfde lid, IW 1990. De faciliteit kan ook worden toegepast indien de middelen aanwezig zijn om de belasting te betalen (cadeaueffect). Dit beïnvloedt de doelmatigheid negatief. Het rentedragende karakter remt het gebruik van de faciliteit wel af.

Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat de in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit opgenomen voorwaardelijke vrijstellingen niet het juiste instrument zijn om kapitaalmarktimperfecties weg te nemen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft een te ruime werking. Er kan ook van de faciliteit gebruik worden gemaakt indien er geen sprake is van liquiditeitsproblemen. Het gaat dan erg ver om een faciliteit te verlenen die leidt tot afstel van belastingheffing. Dit is in strijd met het draagkrachtbeginsel. Er zou gekozen moeten worden voor een faciliteit die direct aansluit bij het liquiditeitsprobleem als gevolg van de uit de overdracht voortvloeiende belasting. Ook is de voorwaardelijke vrijstelling die ziet op de waarde going concern in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De faciliteit werkt daarnaast verstorend. In hoofdstuk 6 volgt mijn voorstel tot verbetering.

HOOFDSTUK 6

Aanbevelingen voor een optimaal stelsel

6.1 Inleiding

In de hoofdstukken 4 en 5 is de aanvaardbaarheid van de door de overheid tot stand gebrachte fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten getoetst. Dit is gedaan op basis van de in paragraaf 1.4 opgenomen toetsingscriteria. Per type bedrijfsopvolgingsfaciliteit zijn in tussenconclusies de bevindingen in schema's samengevat. Deze bevindingen vormen de basis voor mijn aanbevelingen (deelvraag 11). Ik heb ervoor gekozen twee voorstellen te formuleren. Het eerste voorstel is opgenomen in paragraaf 6.2 en is een first-best voorstel.

Dit voorstel bevat fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten waarop natuurlijke personen, die geconfronteerd worden met een uit een overdracht voortvloeiende belastingclaim, een beroep zouden moeten kunnen doen. Dit voorstel wijkt, zowel wat betreft de faciliteiten gericht op de IB-claim als wat betreft de faciliteiten gericht op de schenk- en erfbelasting, sterk af van de huidige faciliteiten. Indien het niet mogelijk en/of niet wenselijk is direct over te stappen naar een nieuw systeem, zou gedurende een aantal jaren een tussenfase kunnen worden gehanteerd die ik aanduid als de second-best oplossing. Een dergelijke overgangsfase kan ook gebaseerd worden op de omstandigheid dat ten aanzien van lopende of binnenkort startende bedrijfsopvolgingen het onwenselijk kan zijn ineens uit te gaan van een geheel nieuw systeem omdat daarmee door partijen geen rekening is gehouden; dit is vooral van belang omdat bedrijfsopvolgingen in het algemeen een lange periode beslaan, zowel wat betreft voorbereiding, uitvoering en veelal ook nog wat betreft de afwikkeling. Derhalve is in paragraaf 6.3 een second-best voorstel geformuleerd waarin verbeteringen zijn voorgesteld ten aanzien van de huidige faciliteiten teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten uit hoofdstuk 4 en 5. Het uitgangspunt was daarbij de huidige faciliteiten te behouden, tenzij de toetsing noodzaakt tot het zo spoedig mogelijk laten vervallen van een faciliteit. Ik ben van mening dat het second-best voorstel in een overgangsfase op basis van bovenstaande argumenten voor een beperkt aantal jaren kan worden verdedigd. Overigens is deze overgangsfase niet noodzakelijk en kan desgewenst, hetgeen mijn voorkeur heeft, ook direct worden overgegaan op de first-best oplossing.

In zowel paragraaf 6.2 als paragraaf 6.3 wordt een onderscheid gemaakt tussen de faciliteiten gericht op de IB-claim en de faciliteiten die gericht zijn op de heffing van schenk- en erfbelasting. Tevens wordt voor het first-best

voorstel in paragraaf 6.2.3 onderzocht of er mogelijkheden zijn om met een fiscaal instrument financieringsproblemen bij de overnemer te verminderen.

6.2 **First-best voorstel**

6.2.1 *Faciliteiten IB-claim*

6.2.1.1 *Inleiding*

In hoofdstuk 4 zijn de huidige IB-faciliteiten getoetst. Hiertoe is een onderscheid gemaakt tussen doorschuiffaciliteiten (paragraaf 4.2) en invorderingsfaciliteiten (paragraaf 4.3). In paragraaf 4.4.2 heb ik geconcludeerd dat doorschuiffaciliteiten niet het juiste instrument zijn om kapitaalmarktperfectionies weg te nemen. Vanuit de positie van de overdrager bezien hebben doorschuiffaciliteiten, ondanks dat ze legitiem kunnen zijn, een te brede werking. Ook zijn doorschuiffaciliteiten niet in overeenstemming met het subjectgebonden karakter van de inkomstenbelasting. Dat de belasting bij doorschuiving door de overdrager indirect wordt betaald is maar ten dele juist. Alleen bij overdrachten tegen een koopsom is van een indirecte betaling van de belastingclaim sprake (zie paragraaf 4.2.2.2). Een ander nadeel van doorschuiffaciliteiten is dat de belastingclaim ten gevolge van opeenvolgende doorschuivingen alsnog groter kan worden hetgeen het wellicht steeds noodzakelijker maakt om door te schuiven. Vanuit de positie van de overnemer zie ik ook geen aanleiding doorschuiffaciliteiten te behouden. De overnemer is bezig met het financieren van de koopsom. Een doorschuiffaciliteit draagt daar slechts beperkt aan bij, in die zin dat de koopprijs lager zal worden in verband met het overnemen van de latente belastingclaim. Doorschuiffaciliteiten kunnen dan ook vervallen met uitzondering van die situaties waarbij een in de belastingwet opgenomen bepaling tot afrekenen dwingt, terwijl de positie van de bestuursbevoegde winstgenieter of ab-houder niet wijzigt. In dit geval wordt een verstoring als gevolg van overheidshandelen weggenomen. Dit is allereerst aan de orde indien als gevolg van de ontbinding van een huwelijks-gemeenschap de helft van een IB-onderneming overgaat van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot naar de bestuursbevoegde echtgenoot (hierop ziet art. 3.59 Wet IB 2001). Bij ab-houders doet dit zich voor indien als gevolg van het aangaan van een huwelijk aandelen tot een huwelijks-gemeenschap gaan behoren en de oorspronkelijke echtgenoot bestuursbevoegd blijft. Op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 wordt dit gezien als een fictieve vervreemding. Afrekening moet naar mijn mening evenwel worden voorkomen. Dit geldt eveneens indien de huwelijks-gemeenschap bij leven wordt ontbonden of als de niet-bestuursbevoegde echtgenoot komt te overlijden en de aandelen weer toekomen aan de bestuursbevoegde echtgenoot. Art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 moet worden gevolgd door een doorschuifbepaling. Het voorgaande wordt uitgewerkt in paragraaf 6.2.1.2.

In paragraaf 4.4.3 was mijn conclusie dat invorderingsfaciliteiten, mits juist vormgegeven, bij uitstek als instrument kunnen dienen om eventuele uit de

bedrijfsoverdracht voortvloeiende liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen.¹ Hoogeveen² is deze mening ook toegedaan, maar kiest uiteindelijk voor een niet-belastinggerelateerde kredietfaciliteit. Zij heeft gelijk dat indien de overnemer via een dergelijke kredietfaciliteit in staat wordt gesteld de overnamesom aan de overdrager te betalen het liquiditeitsprobleem van de overdrager ter zake van de IB-claim wordt opgelost en een invorderingsfaciliteit daarmee overbodig wordt gemaakt.³ Ik ben evenwel van mening dat nu het de overheid is die de belastingheffing veroorzaakt, het ook doeltreffender en doelmatiger is dat de overheid in voorkomende gevallen een invorderingsfaciliteit biedt.

Een invorderingsfaciliteit bij schenking van een IB-onderneming of ab-aandelen wijs ik af. Naar mijn mening is het niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze de IB-onderneming of de ab-aandelen te schenken. Onder de Wet IB 1964 was dit ook het uitgangspunt van de regering: *'Bij veelal geheel vrijwillige schenking van aanmerkelijkbelangaandelen is er geen reden de afrekening uit te stellen. De schenker is een vervreemder, die op het ogenblik van de schenking mede over de vennootschappelijke reserves, waarop een inkomstenbelastingclaim rust, zij het om niet, beschikt.'*⁴ Het voorgaande ging over een doorschuiffaciliteit bij schenking van ab-aandelen, maar gaat naar mijn mening evenzeer op voor een invorderingsfaciliteit. Naar mijn mening mag van iemand die in de gelegenheid is te schenken worden verwacht dat hij ook de IB-claim kan voldoen. De overdracht kan anders ook gedeeltelijk tegen schuldigerkenning plaatsvinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt is een faciliteit bij schenking wel aanvaardbaar. Partijen kunnen zonder een faciliteit bij schenking wachten met de overdracht tot het moment dat wel een faciliteit kan worden toegepast. Deze verstorende reactie zal evenwel aanzienlijk minder worden indien de faciliteiten worden beperkt tot invorderingsfaciliteiten. Bovendien heb ik in paragraaf 1.4 aangegeven dat de toetsing aan legitimiteit het uitgangspunt vormt. Indien een faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar. Derhalve neem ik in mijn first-best voorstel geen faciliteit meer op voor schenking van ondernemingsvermogen.

De conclusie ten aanzien van het voorgaande is dat invorderingsfaciliteiten moeten aansluiten bij een mogelijk liquiditeitsprobleem. Derhalve worden in paragraaf 6.2.1.3 (winstgenieters) en paragraaf 6.2.1.4 (ab-houders) invorderingsfaciliteiten voorgesteld in het geval de belastingplichtige komt te overlijden dan wel er een overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt. Gegeven de in paragraaf 1.4 opgenomen toetsingscriteria wordt onderzocht welke voorwaarden aan de invorderingsfaciliteiten moeten worden gesteld.

1. Zie ook o.a. Van den Dool en Heithuis (2009), blz. 30-31 en L.G.M. Stevens (2001), blz. 406.
2. Hoogeveen (2011), blz. 382.
3. Hoogeveen (2011), blz. 420.
4. MvA, Kamerstukken I 1964/65, nr. 13a, blz. 10.

6.2.1.2 Doorschuiffaciliteiten

6.2.1.2.a Doorschuiving bij ontbinding huwelijksgemeenschap winstgenieter

In paragraaf 4.2.3.2.b heb ik geconcludeerd dat de in art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit niet kan worden gemist nu in het eerste lid van hetzelfde artikel een afrekenbepaling is opgenomen indien de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden. Het artikel ziet op de ontbinding van de huwelijksgemeenschap bij leven en de ontbinding van de huwelijksgemeenschap als gevolg van het overlijden van de echtgenoot van de winstgenieter. Een afrekening bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap is niet nodig omdat de winstgenieter de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening drijft (zie o.a. HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9). De winstgenieter is ook bestuursbevoegd (art. 1:97, eerste lid, BW). Een doorschuifbepaling moet naar mijn mening daarentegen worden afgewezen als door overlijden van de niet-ondernemende echtgenoot diens aandeel in de onderneming (helft van de onderneming) overgaat op iemand anders dan de winstgenieter (zie uitgebreider paragraaf 4.2.3.2.b). Aan art. 3.59, tweede lid, Wet IB 2001 moet aldus de voorwaarde worden toegevoegd dat de bestanddelen van het vermogen van de onderneming moeten toekomen aan degene die vóór de ontbinding van de huwelijksgemeenschap de onderneming dreef. Dit geldt evenzo bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap bij leven (met name door echtscheiding). Ook dan moet de voorwaarde worden gesteld dat de onderneming wordt voortgezet door degene die oorspronkelijk de onderneming dreef. Pas dan moet de belastingclaim die betrekking heeft op de helft van de onderneming kunnen worden doorgeschoven.

Tot slot pleit ik ervoor om in art. 3.59 Wet IB 2001 de mogelijkheid op te nemen om op verzoek af te rekenen (zie paragraaf 4.2.3.2.e).

6.2.1.2.b Doorschuiving bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap ab-houder (leven en overlijden)

Op grond van art. 4.17 Wet IB 2001 wordt een overgang van ab-aandelen als gevolg van het aangaan van een huwelijk, een wijziging van de huwelijksgemeenschap tijdens huwelijk en de verdeling van de huwelijksgemeenschap bij het einde van het huwelijk niet als vervreemding aangemerkt. In paragraaf 4.2.4.2.b heb ik betoogd dat deze faciliteit legitiem is indien op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 moet worden afgerekend, terwijl de bestuursbevoegdheid ten aanzien van de aandelen niet wijzigt. Afrekening is allereerst aan de orde indien de aandelen als gevolg van een huwelijk tot een gemeenschap gaan behoren. Afrekening moet worden voorkomen omdat de feitelijke positie van de bestuursbevoegde ab-houder niet wijzigt. Dit geldt ook indien als gevolg van een echtscheiding deze aandelen weer worden toebedeeld aan de bestuursbevoegde echtgenoot. Een doorschuiffaciliteit moet worden afgewezen indien aan een belastingplichtige meer aandelen worden toebedeeld dan het aantal waartoe hij bestuursbevoegd is. Het voorgaande geldt ook indien wijzigingen worden aangebracht aan de huwelijksgemeenschap bij leven.

Het huidige art. 4.17 Wet IB 2001 geldt niet als de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Deze situatie wordt bestreken door art. 4.17a Wet IB 2001. Zoals in paragraaf 6.2.1.1 is aangegeven, wil ik doorschuiffaciliteiten alleen behouden voor situaties die in deze en de vorige (sub)paragraaf zijn beschreven. Dit betekent dat onder mijn voorstel ook art. 4.17a Wet IB 2001 komt te vervallen. De doorschuiffaciliteit die betrekking heeft op de ab-claim als gevolg van het overlijden van een in gemeenschap van goederen gehuwde ab-houder moet worden opgenomen in art. 4.17 Wet IB 2001.⁵ Deze doorschuiffaciliteit moet worden beperkt tot die situaties waarbij de ab-aandelen als gevolg van het overlijden van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot toekomen aan de bestuursbevoegde echtgenoot. Indien de bestuursbevoegde echtgenoot komt te overlijden, moet over diens aandeel op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001 worden afgerekend. De niet-bestuursbevoegde echtgenoot is dan nog steeds ab-houder. Het is afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe de huwelijksgemeenschap en de nalatenschap worden verdeeld wat de gevolgen zijn voor de belastingheffing. Indien bijvoorbeeld de aandelen van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap worden toebedeeld aan de nalatenschap en de aandelen worden vervolgens toebedeeld aan het kind, is de doorschuifregeling niet van toepassing.

Ik pleit ervoor de toepassing van de doorschuiffaciliteit niet te beperken tot het ondernemingsvermogen, omdat de door mij voorgestelde doorschuifbepaling alleen ziet op situaties waarbij er niets verandert aan de positie van de bestuursbevoegde ab-houder.⁶ Indien er niets wijzigt aan de positie van de bestuursbevoegde ab-houder is het ook niet redelijk dat bij overlijden van de echtgenoot zou moeten worden afgerekend over de waarde van de aandelen toerekenbaar aan het beleggingsvermogen.

Tot slot zou de termijn waarbinnen de verdeling van de huwelijksgemeenschap moet plaatsvinden moeten worden verruimd. Dit moet dan ook gelden voor de verdeling van de nalatenschap. De termijn van twee jaren acht ik voor de verdeling te kort (zie paragraaf 4.2.4.2.d).

6.2.1.3 *Invorderingsfaciliteiten winstgenieters*

6.2.1.3.a *Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst*

Bij staking van de onderneming als gevolg van het overlijden van de winstgenieter kan de in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit worden toegepast. In paragraaf 4.3.2.2 was mijn conclusie dat met deze invorderingsfaciliteit, in ieder geval tijdelijk, een uit de belastingheffing

5. Dit was vóór 1 januari 2010 niet anders. Ook toen gold art. 4.17 Wet IB 2001 zowel voor een overgang krachtens erfrecht als voor een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Ook de verdeling van een nalatenschap en de verdeling van een huwelijksgemeenschap werden bestreken door art. 4.17 Wet IB 2001.
6. Dit geldt nu nog wel indien de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Alsdan is art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing.

voortvloeiend liquiditeitsprobleem wordt opgelost. In paragraaf 4.3.2.5 heb ik aangegeven een uitstelperiode van tien jaren acceptabel te vinden.

Bij een overdracht als gevolg van overlijden komen geen middelen vrij om de belasting te voldoen. In feite is dit gezien vanuit de doelstelling van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het voorkomen van continuïteitsproblemen bij de onderneming als gevolg van de belastingbetaling, alleen een probleem indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. Het komt de doeltreffendheid van de bepaling ten goede als een invorderingsfaciliteit hierop aansluit.

Een eerste optie is het invoeren van een vermogenstoets. Hier is allereerst van belang dat het de erflater is die de belasting is verschuldigd. Dit betekent naar mijn mening dat uitsluitend de in de nalatenschap aanwezige middelen in de vermogenstoets zouden moeten worden meegenomen. Overigens is het geen probleem vast te stellen welke bezittingen en schulden de nalatenschap omvat, omdat deze vaststelling ook voor de aangifte erfbelasting moet worden gemaakt. Wanneer kan nu worden gezegd dat de middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken? Is dit automatisch aan de orde indien in de nalatenschap onvoldoende bezittingen aanwezig zijn om de belasting te voldoen? Hierbij moet worden bedacht dat de nalatenschap kan bestaan uit vermogensbestanddelen die niet zonder meer liquide te maken zijn (zoals de eigen woning), vermogensbestanddelen die moeilijker liquide te maken zijn (zoals auto's en effecten) en vermogensbestanddelen die van nature al liquide zijn. Welke vermogensbestanddelen worden geacht te moeten worden aangewend voor de uit de overdracht voortvloeiende belastingschuld? Indien alleen wordt gekozen voor liquide middelen en het overlijden van de winstgenieter voorzienbaar is, kunnen partijen hierop anticiperen en zal de winstgenieter wellicht bij leven nog effecten met in zijn vermogen aanwezige liquide middelen aanschaffen. Dergelijke gedragseffecten zijn economisch niet wenselijk. Ook brengt het transactiekosten met zich. Ten aanzien van de omzetting in vermogensbestanddelen die moeilijk liquide te maken zijn, ligt dit iets genuanceerder. Partijen zullen daartoe minder snel overgaan gezien de juridische stappen die moeten worden gezet. Uit het voorgaande blijkt dat een vermogenstoets ertoe bijdraagt dat de overheid de belasting op een eerder moment kan innen en dat de belastingschuld ook niet voor een langere periode hoeft te worden gevolgd, maar dat het nadeel is dat het lastig is vast te stellen of de middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. Daarnaast nemen de kosten voor de belastingplichtige toe indien vermogensbestanddelen die moeilijk liquide te maken zijn moeten worden verkocht om met de vrijgekomen middelen de belasting te kunnen betalen. Gezien het voorgaande heeft invoering van een vermogenstoets niet mijn voorkeur.⁷

Een tweede optie is het rentedragend maken van de invorderingsfaciliteit. Op grond van art. 28, derde lid, IW 1990 is gedurende de periode van het uitstel

7. Zo ook Meussen (2005) en Janssen (2005b). Hoogeveen (2004), paragraaf 1.4.3.2 pleit wel voor een materiële beoordelingstoets. In Hoogeveen (2011), blz. 418 geeft zij aan dat door het aanbrenge van een liquiditeitstoets het beroep op de faciliteit zal afnemen.

geen invorderingsrente verschuldigd. Ik heb in paragraaf 4.3.2.2 geconcludeerd dat het niet verschuldigd zijn van invorderingsrente niet is terug te voeren op enige vorm van marktfalen. Ook maakt de renteloosheid de belasting degresief van karakter. Tot slot heeft een renteloze invorderingsfaciliteit een aanzuigende werking. Belastingplichtigen zullen eerder van de faciliteit gebruikmaken dan gelet op de achtergrond ervan noodzakelijk is. Dit is naar mijn mening al voldoende reden om uit te gaan van een rentedragende invorderingsfaciliteit. Daarnaast is er geen reden om in afwijking van hetgeen zakelijk handelende partijen zouden overeenkomen geen of een lage rente in aanmerking te nemen. Aldus wordt ook mogelijke concurrentievervalsing voorkomen. Het rentedragend maken van de invorderingsfaciliteit draagt eraan bij dat minder snel een beroep wordt gedaan op de invorderingsfaciliteit indien andere middelen ter beschikking staan om de belasting te voldoen.⁸ Dit maakt een vermogenstoets dan ook minder noodzakelijk. De te berekenen rente moet vanzelfsprekend marktconform zijn. Op grond van art. 29 IW 1990 is het percentage van de invorderingsrente gelijk aan dat van de ingevolge art. 6:120, eerste lid, BW bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde wettelijke rente, bedoeld in art. 6:119 BW (wettelijke rente voor niet-handelstransacties). Aanpassing van het percentage van de wettelijke rente geschiedt, indien nodig, halfjaarlijks per 1 januari en per 1 juli door bij de basisherfinancieringsrente (peildatum ultimo oktober respectievelijk ultimo april) van de ECB 2,25 procentpunt op te tellen.⁹ Vanaf 1 juli 2012 geldt een percentage van 3.¹⁰ De invorderingsrente wordt enkelvoudig berekend (art. 28, tweede lid, IW 1990). De 3% aan verschuldigde invorderingsrente kan worden vergeleken met hetgeen wordt verkregen aan rente op een tienjaars deposito. Recent bedroeg de hoogste rente hiervoor 3,85%.¹¹ Deze rente betreft evenwel een samengestelde rente. Een enkelvoudige rente van 3% komt overeen met een samengestelde rente van afgerond 2,66%. Door uit te gaan van de wettelijke rente kan het dus voor belastingplichtigen nog steeds aantrekkelijk zijn de belasting schuldig te blijven in situaties waarin dit niet echt noodzakelijk is. Derhalve verdient het overweging aan te sluiten bij door banken gehanteerde rentetarieven.¹² Speciaal voor de hier aan de orde zijnde faciliteit geldt verder dat geen zekerheid hoeft te worden gesteld.¹³ Het ondernemersrisico wordt in feite door de overheid gedragen. Dit zou een opslag op de marktrente rechtvaardigen.

8. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 417.

9. Nota van toelichting bij het Koninklijk Besluit van 18 januari 1971 (Stb. 1971, 27), laatstelijk gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 25 juni 2012 (Stb. 2012, 285).

10. Koninklijk Besluit van 18 januari 1971 (Stb. 1971, 27), laatstelijk gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 25 juni 2012 (Stb. 2012, 285).

11. www.spaarrente.nl op 14 mei 2013.

12. Er zou ook gekozen kunnen worden voor een hogere rente dan banken hanteren om het lenen bij de overheid verder tegen te gaan. Mijn voorkeur gaat daar evenwel niet naar uit. In paragraaf 6.2.1.1 heb ik aangegeven het redelijk te vinden dat de overheid in voorkomende gevallen een invorderingsfaciliteit biedt. Ik acht het dan voldoende als wordt aangesloten bij de door banken gehanteerde tarieven.

13. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.10.

Het rentedragend maken van de faciliteit zal, indien geen sprake is van betalingsproblemen ten aanzien van de belastingschuld, het gebruik van een invorderingsfaciliteit afremmen. Ook speelt hierbij een rol dat, indien gebruik wordt gemaakt van de invorderingsfaciliteit, de belastingschuld niet als schuld voor de rendementsgrondslag kwalificeert (art. 5.3, derde lid, onderdeel b, Wet IB 2001).

Voorts doet zich nog de vraag voor of in de in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit niet beter kan worden uitgegaan van een samengestelde rente.¹⁴ Het uitstel wordt immers verleend voor een periode van tien jaren. Uit hetgeen de regering in het kader van de keuze voor een enkelvoudige rente voor art. 7, derde lid, SW 1956 hierover heeft geschreven, blijkt dat dit niet haar voorkeur heeft: *'Voor de keuze voor een enkelvoudige rentevergoeding is derhalve aansluiting te vinden bij zowel regelgeving die ziet op het verkeer tussen fiscus en burger als, in het kader van het erfrecht, tussen burgers onderling. Ik zie geen reden daarvan af te wijken. De enkelvoudige wijze van renteberekening komt bovendien zowel de eenvoud als de toegankelijkheid van de wetgeving ten goede.'*¹⁵ Ik onderschrijf dit standpunt niet. Indien een invorderingsfaciliteit ziet op het corrigeren van kapitaalmarktimperfecties, behoort de rente samengesteld te worden berekend.

6.2.1.3.b *Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom*

Indien (een gedeelte van) een onderneming tegen schuldigerkenning wordt overgedragen kan, onder voorwaarden, de in art. 25, achttiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit worden toegepast. In paragraaf 4.3.3.2 was mijn conclusie dat deze invorderingsfaciliteit bijdraagt aan het wegnemen van een liquiditeitsprobleem.

Bij een overdracht tegen schuldigerkenning komen geen middelen vrij om de belasting te voldoen. Dit kan ertoe leiden dat de overdracht van een onderneming niet doorgaat als de belasting niet kan worden betaald. Indien de overdrager tegen schuldigerkenning wil overdragen, en uitstel van betaling krijgt voor de belastingclaim, betekent dit voor de overnemer dat een eventueel financieringsprobleem wordt opgelost. Dit zijn voor mij valide argumenten om de in art. 25, achttiende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit te behouden.¹⁶

14. Dit zou dan uiteraard ook gelden voor de andere in dit onderzoek relevante invorderingsfaciliteiten.

15. MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. D, blz. 13.

16. L.G.M. Stevens (2003), blz. 130-131 oppert de zogenoemde opvolgingsfinancieringsfaciliteit. Op grond van deze faciliteit zou renteloos uitstel moeten worden verleend voor het deel van de aanslag dat betrekking heeft op de stakingswinst. Voorts moet de vordering van de overdrager kwalificeren voor de durfkapitaalregeling. De faciliteit moet de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuifregeling vervangen. Het laatste ondersteun ik. Een renteloze faciliteit keur ik evenwel af (zie paragraaf 6.2.1.3.a). Ook is de durfkapitaalregeling inmiddels afgeschaft. Ik zie geen reden deze faciliteit opnieuw in te voeren. Zie hiervoor paragraaf 6.2.3.

Toch kan ook bij een overdracht tegen schuldigerkenning de overdrager anderszins over de middelen beschikken om de belasting te voldoen. Zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam, moet worden nagegaan welke voorwaarden aan de faciliteit kunnen worden gekoppeld om hiermee rekening te houden. Een vermogenstoets wijs ik hier op dezelfde gronden af als ik in de vorige paragraaf heb gedaan. Verder dient de invorderingsfaciliteit ook in deze gevallen rentedragend te zijn (zie voor de verdere voorwaarden uitgebreider paragraaf 6.2.1.3.a). In paragraaf 6.2.1.3.a betrof het de faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling wordt verleend als gevolg van het overlijden van de winstgenieter. Bij het overlijden van de winstgenieter behoeft geen zekerheid te worden gesteld. Ik heb aangegeven dat dit, indien hieraan wordt vastgehouden, een opslag op het rentepercentage rechtvaardigt. Dit is niet aan de orde voor de onderhavige faciliteit. Op grond van de eerste volzin van art. 25, achttiende lid, IW 1990 moet zekerheid worden gesteld. In de toelichting op het amendement dat heeft geleid tot de invoering van de faciliteit is aangegeven dat in voorkomende gevallen ook zekerheid kan worden gesteld door het aan de ontvanger verpanden van (een deel van) de vordering op de koper.^{17, 18} Indien het op enig moment minder gaat met de onderneming van de koper, kan deze vorm van zekerheid een aanmerkelijk risico voor de overheid vormen. Dit zou naar mijn mening een opslag op het rentetarief rechtvaardigen.

De duur van het uitstel wordt in art. 25, achttiende lid, IW 1990 gekoppeld aan de overeengekomen aflossingsperiode maar bedraagt maximaal tien jaren.¹⁹ In paragraaf 4.3.3.5 heb ik aangegeven een maximale termijn van tien jaren acceptabel te vinden. Het uitstel wordt op grond van art. 25, negentiende lid, IW 1990 evenredig beëindigd. Indien versneld wordt afgelost, heeft dit gevolgen voor het uitstel (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel d, IW 1990).²⁰ Na de versnelde aflossing moet opnieuw worden berekend hoeveel het uitstel op dat moment zou mogen bedragen. Ook wordt rekening gehouden met de situatie waarbij de overnemer minder aflost dan het wettelijk veronderstelde evenredige aflossingsschema en de belasting-schuldige pas later een belastingaanslag krijgt opgelegd (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel e, IW 1990). In genoemde paragraaf heb ik aangegeven deze voorwaarden doeltreffend te vinden. De wetgever wil uitstel van betaling verlenen bij overdracht tegen schuldigerkenning en wenst vervolgens rekening te houden met de aflossingsduur en versnelde aflossingen. Voor het bedrag van de aflossingen is verder uitstel niet meer nodig. Deze methodiek moet naar mijn mening ook gelden indien ab-aandelen tegen

17. Gewijzigd amendement, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 42, blz. 3.

18. Zie ook nog paragraaf 34.2.1 van de Instructie en Belastingdeurwaarders waar andere vormen van zekerheid worden genoemd (http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/instructie_invordering_en_belastingdeurwaarders_ov0211z36fd.pdf).

19. Met de kanttekening dat de duur van het uitstel ook afhankelijk is van het moment van de voor de belastingaanslag geldende enige of laatste betalingstermijn. Zie uitgebreider paragraaf 4.3.3.5.

20. Op grond van art. 5b, derde lid, Uitv.reg. IW 1990 moet de ontvanger bij versnelde aflossing hiervan onverwijld schriftelijk in kennis worden gesteld.

schuldigerkenning worden overgedragen (art. 25, negende lid, IW 1990). Dit werk ik uit in paragraaf 6.2.1.4.b.

Op grond van art. 25, negentiende lid, IW 1990 geldt dat het uitstel wordt beëindigd indien de belastingschuldige overlijdt. Deze bepaling is niet opgenomen in art. 25, negende lid, IW 1990. Ik bepleit aan te sluiten bij laatstgenoemde bepaling omdat de belastingschuld als gevolg van het overlijden van de belastingschuldige overgaat op zijn erfgenamen.²¹ Indien partijen blijven voldoen aan de voorwaarden is het niet nodig het uitstel te beëindigen.

De doelmatigheid wordt door het ingewikkelde karakter van de faciliteit negatief beïnvloed. Dit vormt naar mijn mening evenwel geen argument om een wijziging op dit punt door te voeren. Het is reëel te veronderstellen dat er wordt afgelost en hier vervolgens het bedrag waarvoor uitstel kan worden verleend op aan te passen. Hiermee wijkt deze invorderingsfaciliteit qua systematiek af van de in de vorige paragraaf behandelde invorderingsfaciliteit. Bij overlijden van de winstgenieter wordt uitstel gegeven voor een periode van tien jaren. Daar geldt geen evenredige vermindering van het uitstel. Dit verschil tussen beide invorderingsfaciliteiten acht ik verdedigbaar. Bij overlijden van de winstgenieter is de belastingschuld een schuld van de nalatenschap. Er is geen aanleiding het uitstel evenredig te verminderen.

Ten aanzien van de overige voorwaarden is nog onduidelijk welke gevolgen moeten worden verbonden aan het feit dat op grond van art. 25, achttiende lid, eerste volzin, IW 1990 de onderneming moet worden overgedragen aan een natuurlijk persoon. Het is onduidelijk of de overnemer/natuurlijk persoon gedurende de periode van het uitstel de onderneming mag inbrengen in een kapitaalvennootschap. Naar mijn mening moet dit mogelijk zijn. De overnemer moet zelf kunnen beslissen in welke rechtsvorm deze de onderneming gaat uitoefenen. In de tweede volzin van hetzelfde artikellid wordt bepaald dat ingeval de overnemer de onderneming staakt de ontvanger het uitstel kan beëindigen. In de Leidraad Invordering 2008 is ter zake opgenomen dat '(...) als de onderneming na de overdracht wederom is gestaakt en de overnemer als gevolg daarvan voldoende liquide middelen heeft verkregen om de verschuldigde overdrachtprijs te kunnen voldoen' de ontvanger het uitstel beëindigt.²² Dit duidt erop dat de overnemer de onderneming in zou kunnen brengen in een kapitaalvennootschap en dat dit geen gevolgen zou hebben voor het uitstel van de overdrager. Het verdient aanbeveling dit op duidelijke wijze kenbaar te maken. Overigens kan het voorgaande niet worden bereikt door in art. 25, achttiende lid, IW 1990 op te nemen dat ook kan worden overgedragen aan een kapitaalvennootschap. Dit zou immers een ruisende inbreng in de vennootschap mogelijk maken, hetgeen niet aansluit bij de bedoeling van de faciliteit, zijnde het faciliteren van de overgang naar een, in economisch opzicht, ander

21. Dit is alleen anders indien geen van de erfgenamen de erfenis aanvaardt. Dit is evenwel bij andere belastingschulden niet anders.

22. Leidraad Invordering 2008, paragraaf 74.11.

subject, aldus de parlementaire geschiedenis.²³ Hier stem ik mee in (zie ook paragraaf 4.3.3.5).

6.2.1.4 *Invorderingsfaciliteiten ab-houders*

6.2.1.4.a *Invorderingsfaciliteit bij overlijden*

Onder de huidige wetgeving is voor de situatie waarin een ab-houder komt te overlijden geen invorderingsfaciliteit ter zake van de ab-claim opgenomen. Wel kunnen de in art. 4.17a en 4.17b Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteiten worden toegepast. In mijn first-best voorstel heb ik ervoor gekozen deze doorschuiffaciliteiten niet meer op te nemen. Dit maakt het naar mijn mening nodig om een invorderingsfaciliteit voor het overlijden van de ab-houder te creëren. Bij een overdracht als gevolg van overlijden komen geen middelen vrij om de belasting te voldoen. In feite is dit gezien vanuit de doelstelling van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, het voorkomen van continuïteitsproblemen bij de kapitaalvennootschap als gevolg van de belastingbetaling, alleen een probleem indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de vennootschap moeten worden gehaald. Indien dit aan de orde is, is er naar mijn mening reden voor de overheid om in te grijpen. Aan het kunnen toepassen van de faciliteit moeten voorwaarden worden gesteld. Zo zal voorkomen moeten worden dat van de faciliteit gebruik wordt gemaakt indien in de nalatenschap voldoende middelen aanwezig zijn om de belasting te voldoen. Overeenkomstig hetgeen in paragraaf 6.2.1.3.a aan de orde is geweest, is het (marktconform) rentedragend maken van de faciliteit voldoende om het gebruik van de faciliteit af te remmen tot die situaties waarin de faciliteit echt nodig is. Er behoeven geen voorwaarden te worden gesteld ten aanzien van het type ab van de overdrager. Het gaat erom dat in de vennootschap een materiële onderneming wordt gedreven.

De doeltreffendheid wordt verder vergroot indien alleen een beroep kan worden gedaan op deze invorderingsfaciliteit voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. Voor het beleggingsvermogen geldt dat dit vermogen in principe vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de ab-claim te voldoen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. Het begrip ondernemingsvermogen kan worden overgenomen uit het huidige art. 4.17a, zesde lid, Wet IB 2001 (zie uitgebreid paragraaf 4.2.4.3.d), met uitzondering van de beleggingsmarge. In paragraaf 4.2.4.3.e is geconcludeerd dat een beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen doelmatig is indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.

23. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. C, blz. 9-10.

Voor de duur van het uitstel sluit ik aan bij de tienjaarstermijn geldend voor de situatie waarin de winstgenieter komt te overlijden (zie paragraaf 6.2.1.3.a).

Indien de faciliteit alleen kan worden toegepast voor ondernemingsvermogen moet mijns inziens ook een faciliteit van toepassing zijn met betrekking tot vergelijkbare indirecte belangen. Hiervoor kan eenvoudigweg worden aangesloten bij het huidige art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001.

Het huidige art. 4.12a Wet IB 2001 (dividendfaciliteit) dient behouden te blijven. Op grond van deze bepaling kan de kapitaalvennootschap aan de erfgenamen dividend uitkeren zonder dat daarover in box 2 inkomstenbelasting moet worden betaald.²⁴ Het dividend moet worden genoten binnen 24 maanden na het overlijden van de erflater. Dit kan tot maximaal het bedrag dat bij de erflater als inkomen uit ab in aanmerking is genomen. Onder de huidige regeling kan dit bij toepassing van de doorschuiffaciliteit alleen betrekking hebben op de waarde van de aandelen toerekenbaar aan het beleggingsvermogen. Overigens biedt de tekst van art. 4.12a Wet IB 2001 ook ruimte tot toepassing van de bepaling indien ervoor is gekozen niet door te schuiven. In dat geval bevat het bij de erflater genoten inkomen uit ab de totale waarde van de aandelen (dus inclusief de aan het ondernemingsvermogen toerekenbare waarde). Onder mijn voorstel geldt evenwel geen doorschuifmogelijkheid meer bij overlijden, maar een invorderingsfaciliteit voor zover de belastingclaim is toe te rekenen aan ondernemingsvermogen. Art. 4.12a Wet IB 2001 moet dan ook alleen kunnen worden toegepast voor zover de waarde van de aandelen ziet op beleggingsvermogen.

6.2.1.4.b *Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom*

Indien ab-aandelen of winstbewijzen worden overgedragen kan, onder voorwaarden, de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit worden toegepast. In paragraaf 4.3.4.2 was mijn conclusie dat deze invorderingsfaciliteit legitiem is..

Bij een overdracht tegen schuldigerkenning komen geen middelen vrij om de belasting te voldoen. Dit kan ertoe leiden dat de overdracht van een ab niet doorgaat als de belasting niet kan worden betaald. Indien de overdrager tegen schuldigerkenning wil overdragen, en uitstel van betaling krijgt voor de belastingclaim, betekent dit voor de overnemer dat een eventueel financieringsprobleem wordt opgelost. Dit zijn voor mij valide argumenten om de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit te behouden. Ik pleit er wel voor om conform art. 25, achttiende lid, IW 1990 de faciliteit ook van toepassing te verklaren indien de overdrachtprijs gedeeltelijk wordt voldaan. Dit is op grond van de huidige wettekst niet mogelijk (HR 7 december 2012, nr. 12/02062, NTFR 2013/45).

24. De erfgenamen moeten een verzoek doen om art. 4.12a Wet IB 2001 van toepassing te laten zijn. Er zijn geen eisen aan het verzoek gesteld. In art. 4e Wet DB 1965 jo. art. 1ab Uitvoeringsbeschikking DB 1965 is ten aanzien van de dividendbelasting bepaald dat de opbrengstgerechtigde voor het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking wordt gesteld jegens de inhoudingsplichtige schriftelijk verklaart dat met betrekking tot het dividend een verzoek zal worden gedaan om toepassing van art. 4.12a Wet IB 2001.

Toch kan ook bij een overdracht tegen schuldig erkenning de overdrager anderszins over middelen beschikken om de belasting te voldoen. In de in de vorige paragrafen aanbevolen invorderingsfaciliteiten kwam aan de orde dat moet worden vastgesteld welke voorwaarden aan de faciliteit moeten worden gekoppeld om hiermee rekening te houden. Een vermogenstoets wijs ik hier op dezelfde gronden af als ik in de vorige paragrafen heb gedaan. De invorderingsfaciliteit moet verder ook in dit geval rentedragend zijn. Hiervoor wordt verwezen naar paragraaf 6.2.1.3.a.

Daarnaast ben ik van mening dat de doeltreffendheid, conform paragraaf 6.2.1.4.a, wordt verbeterd indien alleen een beroep kan worden gedaan op deze invorderingsfaciliteit voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. Het voorgaande heeft tot gevolg dat de aan het slot van de eerste volzin van art. 25, negende lid, IW 1990 genoemde voorwaarde dat de bezittingen van de vennootschap waarop het ab betrekking heeft niet in belangrijke mate onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen kan vervallen. In paragraaf 4.3.4.5 is aangegeven dat deze voorwaarde in essentie doeltreffend is, maar dat het probleem is dat de gekozen grens arbitrair is. Indien de bezittingen voor bijvoorbeeld 31% bestaan uit beleggingen kan de faciliteit niet worden toegepast, terwijl dit wel mogelijk is bij 29%. Dit wordt voorkomen door de invorderingsfaciliteit alleen open te stellen voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen.

Verder geldt dat in het huidige art. 25, negende lid, IW 1990 geen duidelijke keuze is gemaakt ten aanzien van de vraag hoe het bedrag waarvoor uitstel wordt gekregen moet worden verminderd. Allereerst moet de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen worden voldaan (aansluiting doorschuiffaciliteit winstsfeer) maar daarnaast wordt het uitstel nog verminderd bij aflossingen op schuldvorderingen, uitkering van dividend of bij vervreemding van de aandelen (zie uitgebreider paragraaf 4.3.4.5). De omslachtige manier van berekenen of een aflossing op een schuldvordering of de door de koper genoten reguliere voordelen van substantiële omvang zijn doet afbreuk aan de doelmatigheid. Het heeft mijn voorkeur aan te sluiten bij de voorwaarden in art. 25, achttiende en negentiende lid, IW 1990. De duur van het uitstel wordt in art. 25, achttiende lid, IW 1990 gekoppeld aan de overeengekomen aflossingsperiode maar bedraagt maximaal tien jaren.²⁵ In paragraaf 4.3.3.5 heb ik aangegeven een maximale termijn van tien jaren acceptabel te vinden. Het uitstel wordt op grond van art. 25, negentiende lid, IW 1990 evenredig beëindigd. Indien versneld wordt afgelost, heeft dit gevolgen voor het uitstel (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel d, IW 1990).²⁶ Na de versnelde aflossing moet opnieuw worden berekend hoeveel het uitstel op dat moment zou mogen bedragen. Ook wordt rekening gehouden met de situatie waarbij de overnemer minder aflost dan het

25. Met de kanttekening dat de duur van het uitstel ook afhankelijk is van het moment van de voor de belastingaanslag geldende enige of laatste betalingstermijn. Zie uitgebreider paragraaf 4.3.3.5.

26. Op grond van art. 5b, derde lid, Uitv.reg. IW 1990 moet de ontvanger bij versnelde aflossing hiervan onverwijld schriftelijk in kennis worden gesteld.

wettelijk veronderstelde evenredige aflossingsschema en de belastingschuldige pas later een belastingaanslag krijgt opgelegd (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel e, IW 1990). Dat het uitstel ook moet worden beëindigd indien de verkrijger de aandelen of winstbewijzen vervreemdt die aan het uitstel ten grondslag liggen, acht ik juist. Daarvoor voldoet de huidige in art. 3, vierde lid, onderdeel b, Uitv.reg. IW 1990 opgenomen bepaling.

Wel kan de beëindigingsgrond op basis waarvan het uitstel moet worden verminderd indien de koper reguliere voordelen van substantiële omvang geniet vervallen. Er wordt uitstel verkregen omdat het ab tegen schuldigerkenning is vervreemd. Voor het verminderen van het uitstel is het dan het zuiverste om aan te sluiten bij het (fictieve) aflossingsschema. Ook vind ik het niet juist het uitstel van de overdrager afhankelijk te laten zijn van de door overnemer genoten reguliere voordelen.

De voorwaarde dat de vervreemde aandelen ten minste 5% van het geplaatste kapitaal moeten uitmaken kan vervallen.²⁷ Er geldt op grond van art. 3, tweede lid, Uitv.reg. IW 1990 al een doelmatigheidsmarge van € 2.269 aan te betalen belasting. Deze doelmatigheidsgrens acht ik voldoende. Voor art. 25, achttiende lid, IW 1990 geldt een dergelijke doelmatigheidsgrens niet. Dit acht ik ook niet nodig, omdat de invorderingsfaciliteit alleen van toepassing kan zijn indien (een gedeelte van) een onderneming wordt overgedragen.

6.2.2 *Faciliteiten schenk- en erfbelasting*

6.2.2.1 *Inleiding*

In hoofdstuk 5 is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit de schenk- en erfbelasting getoetst. Op grond van deze faciliteit kan, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit ter zake van de verkrijging van ondernemingsvermogen worden toegepast. De faciliteit bestaat uit meer onderdelen. De verkrijging van ondernemingsvermogen wordt tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld (waarde going concern). Voor het surplus kan een vrijstelling worden verkregen van 83%. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 rentedragend uitstel van betaling worden gekregen. Voorts geldt voor de verkrijger van ondernemingsvermogen nog een voorwaardelijke vrijstelling voor een eventueel verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. Tot slot kan de verkrijger van een onderbedelingsvordering, ter zake van door een medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen, een verzoek doen voor rentedragend uitstel van betaling.

In paragraaf 5.4 heb ik geconcludeerd dat overheidsingrijpen waar het betreft de verschuldigde erfbelasting over de verkrijging van ondernemingsvermogen legitiem kan zijn. Er kunnen belastingplichtigen zijn die met

27. Ook valt het uitsluitend vervreemden van winstbewijzen op grond van deze eis niet onder de faciliteit. Dit acht ik niet juist.

liquiditeitsproblemen worden geconfronteerd. Het kan de continuïteit van de onderneming bedreigen indien de middelen ter voldoening van de belasting-schuld uit de onderneming moeten worden gehaald. Een faciliteit bij schenking van een IB-onderneming of ab-aandelen wijs ik af. Naar mijn mening is het ook hier niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Het is niet relevant of middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Indien de begiftigde niet in staat is de schenkbelasting te betalen, is het aan de schenker om de schenkbelasting voor zijn rekening te nemen. Indien dat niet mogelijk is, kan de overdracht ook gedeeltelijk tegen schuldigerkenning plaatsvinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt is een faciliteit bij schenking wel aanvaardbaar. Partijen kunnen zonder een faciliteit bij schenking wachten met de overdracht tot het moment van overlijden indien daarvoor wel een faciliteit geldt. In paragraaf 1.4 heb ik evenwel aangegeven dat de toetsing aan legitimiteit het uitgangspunt vormt. Indien een faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar. Derhalve neem ik in mijn first-best voorstel geen faciliteit meer op voor de schenking van ondernemingsvermogen.

Naar mijn mening moet een vrijstellingsfaciliteit bij overlijden worden afge-wezen. Een vrijstellingsfaciliteit heeft een te ruime werking. Het is niet nodig, ook al is sprake van liquiditeitsproblemen, afstel van belastingheffing te verlenen. Dit geldt des te meer indien in het geheel geen sprake is van liquiditeitsproblemen. Indien de doelstelling is liquiditeitsproblemen bij de onderneming als gevolg van de belastingschuld weg te nemen is een invorderingsfaciliteit, mits juist vormgegeven, voldoende.²⁸ Ook is de huidige voorwaardelijke vrijstelling betrekking hebbend op de waarde going concern in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast werkt de vrijstellingsfaciliteit verstorend. Belastingplichtigen worden verleid te wachten met de overdracht tot het moment van overlijden (indien schenking niet mogelijk is). Ook zullen belastingplichtigen trachten niet-ondernemingsvermogen te transformeren in ondernemingsvermogen om zo de faciliteit optimaal te kunnen benutten. Daarnaast werkt de huidige faciliteit verstorend indien niet alle erfgenamen voortzetten. Onder mijn first-best voorstel is dan ook geen plaats meer voor een vrijstellingsfaciliteit ter zake van de verkrijging van ondernemingsvermogen. Alleen invorderingsfaciliteiten zijn geschikt om potentiële liquiditeitsproblemen op te lossen. In paragraaf 6.2.2.2 werk ik dit uit. In paragraaf 6.3.2.2 komt aan de orde of het aanvaardbaar is, en zo ja, onder welke voorwaarden, een vrijstellingsfaciliteit in het second-best voorstel op te nemen.

6.2.2.2 *Invorderingsfaciliteiten*

6.2.2.2.a *Invorderingsfaciliteit voor de verkrijger van ondernemingsvermogen*

Onder de huidige wet is een (rentedragende) invorderingsfaciliteit opgenomen voor de verkrijger van ondernemingsvermogen (art. 25, twaalfde lid, IW 1990). Dit betreft het gedeelte dat wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Het

28. Zie o.a. ook Gribnau (2013), Kavelaars (2011), Van Vijfeijken (2011), blz. 243, Van den Dool en Heithuis (2009), blz. 183, Rijkers (2009), Stubbé (2008), Van Rijn (2000) en Zwemmer (2000).

gaat kort gezegd om 17% van de waarde going concern toerekenbaar aan het ondernemingsvermogen. Aan deze faciliteit wordt alleen toegekomen indien met de verkrijging van ondernemingsvermogen een bedrag van € 1.028.132 wordt overschreden.

In mijn first-best voorstel is geen vrijstellingsfaciliteit opgenomen, omdat eventuele liquiditeitsproblemen met een invorderingsfaciliteit moeten worden opgelost. Zie hiervoor uitgebreider paragraaf 6.2.1.1. Een faciliteit is vervolgens alleen nodig indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. Alleen dan wordt de continuïteit van de onderneming bedreigd. Aldus moet voorkomen worden dat van de faciliteit gebruik wordt gemaakt indien in de nalatenschap voldoende middelen aanwezig zijn om de belasting te voldoen. Naar mijn mening is het voldoende de faciliteit in ieder geval (marktconform) rentedragend te maken (zie uitgebreider paragraaf 6.2.1.3.a).²⁹ Het gebruik van de faciliteit wordt beperkt tot die situaties waarin de faciliteit echt nodig is.

De faciliteit is alleen van toepassing op ondernemingsvermogen. Er is geen reden om voor beleggingsvermogen een faciliteit te verlenen. Voor het beleggingsvermogen geldt dat dit vermogen in principe vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de belasting te kunnen voldoen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. Voor de definitie van ondernemingsvermogen kan in eerste instantie worden teruggegrepen op de voorwaarden uit art. 35c SW 1956. De onderdelen a en b van het eerste lid kunnen in de huidige vorm behouden blijven. Op grond van deze leden wordt als ondernemingsvermogen aangemerkt een (gedeelte van een) onderneming op grond van art. 3.2 Wet IB 2001 en een (gedeelte van een) medegerechtigdheid op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Verder moet kwalificeren het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen (zie paragraaf 5.3.5.2).³⁰ Er hoeven geen eisen te worden gesteld aan de periode dat de erflater ondernemer of medegerechtigde was. Dit is naar mijn mening voor een (marktconforme) rentedragende invorderingsfaciliteit niet nodig.

De in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 opgenomen voorwaarden ten aanzien van de verkrijging van een belang in een kapitaalvennootschap moeten anders worden ingekleed. De voorwaarde dat het lichaam waarop het belang betrekking heeft een materiële onderneming drijft of een medegerechtigdheid houdt, moet worden gehandhaafd. Ik acht het niet nodig te eisen dat hieraan gedurende een bepaalde periode is voldaan. Dit is wel nodig voor een vrijstellingsfaciliteit (zie paragraaf 6.3.2.2). Alsdan geldt dat indien wordt voldaan aan de voorwaarden afstel van belastingheffing volgt. Dit is bij een invorderings-

29. Hoogeveen (2011), blz. 302 verwijst nog naar de toets die tussen 1 januari 1997 en 1 januari 2002 werd aangelegd om te bepalen of sprake was van onvoldoende middelen om de belasting te betalen. Naar mijn mening is een rentedragende invorderingsfaciliteit, mits juist vormgegeven, een beter middel om onnodig gebruik van een faciliteit tegen te gaan. Zie voor de motivering paragraaf 6.2.1.3.a.

30. Op grond van art. 7, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting kwalificeren alleen buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken.

faciliteit niet aan de orde. Ook speelt hier een rol dat een marktconforme rente in rekening wordt gebracht.

Voorts geldt dat slechts als ondernemingsvermogen moet worden aangemerkt de waarde van de vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, zonder rekening te houden met een beleggingsmarge. In paragraaf 5.3.6 is geconcludeerd dat een beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen doelmatig is indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.

In paragraaf 5.3.5.4.a heb ik aangegeven het type belang van de overdrager in principe niet relevant te vinden. Vanuit de doelstelling van de bepaling is het uitsluitend van belang of de continuïteit van de onderneming als gevolg van de belastingbetaling wordt bedreigd. Het is de verkrijger die de belasting is verschuldigd. Het gaat erom of de verkrijger bij machte is de middelen aan de vennootschap te onttrekken. Ik acht dit onuitvoerbaar. Ik meen dan toch te moeten aansluiten bij het in afdeling 4.3 Wet IB 2001 geldende ab-regime.³¹ In de regel gaat het dan toch om belangen van ten minste 5%. Helemaal zuiver is het niet, maar ik acht het geen juiste keuze ook de verkrijging van een box 3-belang onder de invorderingsfaciliteit te brengen. Naarmate het belang in de vennootschap groter wordt, is het steeds aannemelijker dat de verkrijger een bepaalde invloed heeft op de vennootschap. Dit vormt voor mij de reden om uiteindelijk als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren die vermogensbestanddelen die op grond van afdeling 4.3 Wet IB 2001 tot een ab behoren. Ook hoeven geen eisen te worden gesteld aan de periode dat de erfflater abhouder was. Dit is naar mijn mening voor een (marktconforme) rentedragende invorderingsfaciliteit niet nodig.

Ik acht het voor deze invorderingsfaciliteit niet nodig aanvullende eisen te stellen aan het type ab dat de voortzetter krijgt. Dit vind ik wel nodig voor een vrijstellingsfaciliteit (zie paragraaf 6.3.2.2). Alsdan geldt dat indien wordt voldaan aan de voorwaarden afstel van belastingheffing volgt. Dit is bij een rentedragende invorderingsfaciliteit niet aan de orde.

Ook ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 moeten als ondernemingsvermogen worden aangemerkt (zie art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956). De huidige beperking tot onroerende zaken moet naar mijn mening worden aangepast in die zin dat alle vermogensbestanddelen die bij IB-ondernemingen op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen kunnen worden gerekend, kwalificeren (zie paragraaf 5.3.5.6). De in art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956 opgenomen voorwaarde ten aanzien van het tegelijkertijd verkrijgen van een ab in de zin van art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 moet worden

31. Voor de invorderingsfaciliteit ter zake van de ab-claim bij overlijden is het aanstands duidelijk dat de overdrager een ab moet hebben. Anders is een ab-claim niet aan de orde.

aangepast. Naar mijn mening is het ook voldoende als de verkrijger op het moment van overlijden al over een kwalificerend ab beschikte.

Voor de huidige invorderingsfaciliteit geldt een uitsteltermijn van tien jaren. Deze termijn vangt aan op de dag na het einde van het kalenderjaar waarin de verkrijging heeft plaatsgevonden (art. 6a Uitv.reg. schenk- en erfbelasting). In paragraaf 5.3.5.7 heb ik aangegeven een termijn van tien jaren doeltreffend te vinden. In deze periode zouden betrokkenen voldoende voorbereid moeten zijn op het feit dat het uitstel vervalt. In de onderdelen a, b en c van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 zijn verder drie beëindigingsgronden voor het uitstel opgenomen. Allereerst is dit aan de orde in geval van faillissement van de belastingschuldige en ingeval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van de belastingschuldige van toepassing is. Deze beëindigingsgronden kunnen behouden blijven. Dit geldt tevens voor het in onderdeel c opgenomen voortzettingsvereiste. Hiervoor kan in eerste instantie worden aangesloten bij art. 35e SW 1956. Het in het eerste lid, onderdeel c, ten tweede opgenomen vereiste hoeft niet te worden overgenomen. De faciliteit wordt immers verleend ongeacht het type ab. Het in art. 35e, eerste lid, onderdeel d, SW 1956 opgenomen vereiste moet worden uitgebreid tot alle in de zin van art. 3.92 Wet IB 2002 ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen. Het vierde lid van art. 35e SW 1956 is in de door mij gekozen vormgeving niet meer van belang.

6.2.2.2.b *Invorderingsfaciliteit voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering*

Op grond van art. 25, dertiende lid, IW 1990 kan rentedragend uitstel van betaling worden verkregen indien een vordering wordt verkregen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen. Ik kwalificeer de verkrijging van een dergelijke onderbedelingsvordering als een verkrijging van niet-ondernemingsvermogen (zie paragraaf 5.3.3.2). In paragraaf 5.3.3.3.e heb ik geconcludeerd dat het onderscheid dat gemaakt wordt tussen verkrijgers van dergelijke vorderingen en verkrijgers van ander niet-ondernemingsvermogen niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Indien sprake is van een wettelijke verdeling moet de voortzetter, de langstlevende, de belasting voorschieten. De mogelijkheid bestaat dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd omdat hiervoor middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken. Indien sprake is van een testament is het maar de vraag of de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen. Dit is afhankelijk van hetgeen de erflater in het testament heeft bepaald. Het nadeel van het opnemen van een invorderingsfaciliteit voor deze situaties is dat het zich voor kan doen dat een faciliteit wordt verleend terwijl de voortzetter geen middelen aan de onderneming hoeft te onttrekken. Dit doet afbreuk aan de doeltreffendheid van de regeling. Naar mijn mening wordt de regeling evenwel te gecompliceerd indien ten aanzien van situaties waarin sprake is van een testament nadere voorwaarden in de wetgeving moeten worden opgenomen. In feite zou dan daadwerkelijk getoetst moeten worden of de voortzetter op grond van het testament verplicht is een gedeelte

van de vordering af te lossen om de verkrijgers van een onderbedelingsvordering in de gelegenheid te stellen de belasting te kunnen betalen. Ik ben van mening dat indien de faciliteit rentedragend wordt gemaakt zoals beschreven in paragraaf 6.2.1.3.a onnodig gebruik van de regeling voldoende wordt tegengegaan.

De in art. 25, dertiende lid, IW 1990 opgenomen beëindigingsgronden kunnen ongewijzigd blijven gelden.

6.2.3 Fiscale faciliteiten gericht op de financiering van de koopsom

In dit onderzoek staat de aanvaardbaarheid van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten centraal. In paragraaf 6.2.1 kwam aan de orde de vraag of de overheid moest ingrijpen waar het betreft de uit een overdracht voortvloeiende IB-claim. Hetzelfde is gedaan in paragraaf 6.2.2 voor de uit de overdracht voortvloeiende schenk- en erfbelasting. In deze paragraaf wordt beoordeeld of het aanvaardbaar is een fiscale faciliteit te creëren waarmee een kapitaalmarktimperfectie betrekking hebbend op het financieren van de koopsom kan worden gecorrigeerd. In paragraaf 2.3.3 is gebleken dat de overheid reden heeft tot ingrijpen waar het betreft het financieren van bedrijfsovernames. In dit onderzoek wordt uitsluitend beoordeeld of fiscale faciliteiten daarin een rol zouden moeten spelen.

Tot en met 31 december 2012 waren in de fiscale wetgeving specifieke faciliteiten opgenomen die zagen op het verstrekken van leningen aan ondernemingen.³² De in box 3 geldende vrijstelling van € 56.420 (2012) voor een natuurlijke persoon die een achtergestelde lening verstrekte aan een beginnende ondernemer, gecombineerd met een heffingskorting van 0,7%³³ van het vrijgestelde bedrag is met ingang van 1 januari 2013 afgeschaft.³⁴ Dit geldt tevens voor de vrijstelling voor indirecte beleggingen in durfkapitaal.³⁵ De afschaffing is als volgt beargumenteerd: *'De andere drie heffingskortingen (voor sociaal-ethisch beleggen, cultureel beleggen en durfkapitaal) en de daaraan gerelateerde vrijstellingen in box 3 worden met ingang van 1 januari 2013 geschrapt. Deze regelingen zijn van een te geringe omvang om een fiscale faciliteit te rechtvaardigen. De afschaffing van deze heffingskortingen en vrijstellingen past bovendien in het streven van het kabinet naar een meer eenvoudige belastingheffing.'*³⁶ Nu is het natuurlijk altijd de vraag waarom van een faciliteit weinig gebruik wordt

32. Indirect hebben doorschuif Faciliteiten in de inkomstenbelasting nog wel gevolgen voor de financiering van de koopsom. Toepassing van een doorschuif Faciliteit zal de koopsom verlagen, omdat de koper de over te nemen latente belastingclaim zal verwerken in de prijs die hij wil betalen. Het is uiteindelijk afhankelijk van de onderhandelingen tussen koper en verkoper welke waarde aan deze claim wordt toegekend. Zie ook paragraaf 4.2.2.1.

33. Dit percentage is in voorgaande jaren al teruggebracht van 1,3% naar 1% en naar 0,7%.

34. De mogelijkheid om een verlies op een dergelijke lening te verantwoorden als persoonsgebonden aftrekpost is al eerder afgeschaft.

35. Het EIM (2008), blz. 109 zag deze regeling als instrument om de toegankelijkheid van financieringen voor bedrijfsovernames te verbeteren.

36. MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 8.

gemaakt. Albregtse en ik³⁷ hebben in een eerder stadium aandacht besteed aan een evaluatie van de durfkapitaalregeling, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Werkgelegenheid.³⁸ Uit deze evaluatie blijkt dat met name uit durfkapitaalfondsen (indirecte beleggingen in durfkapitaal) vele bedrijfsovernames gefinancierd zijn. Voor een belangrijk deel ging het om bedrijfsovernames in de landbouwsector binnen de familiesfeer. De indirecte variant van de durfkapitaalregeling betekende in de periode voorafgaand aan de 'versobering' per 1 januari 2003 een fiscaal voordeel van 2,5% (1,2% voordeel vanwege vrijstelling in box 3 en 1,3% heffingskorting). Uit de evaluatie blijkt dat van deze 2,5% per saldo circa 1% is terechtgekomen bij de belegger. Het belastingvoordeel van 2,5% kwam dan wel via de inkomstenbelasting voor de belegger beschikbaar, maar daar stond tegenover dat de vergoede rente aan de belegger (door de fondsen) wat lager was dan bij vergelijkbare producten. Verder konden de startende ondernemers die vanuit de fondsen werden gefinancierd (daardoor) circa 0,6% tot 1,0% goedkoper lenen in vergelijking met vergelijkbare (hypothecaire) leningen. De banken berekenden het voordeel van de lagere rentekosten voor het aantrekken van vermogen niet volledig aan de ondernemers door. Met dit verschil konden de banken (onder andere) de organisatie rondom de fondsen bekostigen. Overigens blijkt uit de evaluatie dat het beleggingsbeleid van de durfkapitaalfondsen nogal risicomijdend was, waardoor met name belegd is in traditionele, weinig innovatieve bedrijven. Fondsbeheerders gaven aan dat er vanuit de fondsen maar in zeer beperkte mate starters zijn gefinancierd die anders geen lening hadden verkregen. Voor de regering was dat de reden om de indirecte variant, wat de heffingskorting betreft, als zijnde niet effectief, af te schaffen. Na de versobering (afschaffing van de heffingskorting) bedroeg het te 'verdelen' fiscale voordeel bij de indirecte variant nog maar 1,2%. Dit was in de optiek van de banken te weinig om de fondsen te continueren. Uit de evaluatie bleek verder dat de directe variant met name een familie-instrument was. Negen van de tien geraadpleegde directe ondernemers ontvingen de lening van een familielid. Meestal (in 95% van de gevallen) had de directe belegger ook maar één onderneming gefinancierd. Voor zover op de directe variant een beroep werd gedaan bij bedrijfsovernames ging het in verreweg de meeste gevallen om bedrijfsovernames in de landbouwsector. Wat de directe variant van de durfkapitaalregeling aanging, blijkt dat ongeveer de helft van de directe beleggers door deze regeling gestimuleerd werd om (grotere) leningen aan starters te verstrekken. Uit de consultatie van de ondernemers die via de directe variant van de durfkapitaalregeling een lening van een particuliere belegger hebben verkregen, blijkt een vergelijkbare impact van de durfkapitaalregeling. Ook bij deze doelgroep gaf ongeveer de helft aan dat de durfkapitaallening in een 'witte vlek' heeft voorzien. Relevant is tevens dat bij circa twee op de vijf van de hiervoor bedoelde

37. Albregtse en Tigelaar-Klootwijk (2006).

38. Evaluatie van de durfkapitaalregeling, Bureau Bartels in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Werkgelegenheid, Amersfoort, 8 april 2005.

ondernemers de durfkapitaalregeling een 'hefboomwerking' heeft gehad. Daarmee wordt bedoeld dat andere partijen – en dan met name banken – 'over de streep zijn getrokken' om eveneens een deel van de financiering te verzorgen. Door de durfkapitaallening wordt de 'haalbaarheid' van bancaire financiering immers vergroot (een durfkapitaallening is achtergesteld en behoort dus tot het risicodragend vermogen). Onze conclusie was dat de durfkapitaalregeling vooralsnog weinig effectief was bij bedrijfsovernames buiten de familiesfeer. Ook gaven wij aan mogelijkheden te zien om de effectiviteit van de regeling, ook bij bedrijfsoverdrachten buiten de familiesfeer, zodanig te vergroten dat sprake kan zijn van een adequaat instrument om de continuïteitsdoelstelling bij bedrijfs-overnames te verwezenlijken. Niet-fiscale overheidsgarantieregelingen zijn evenwel niet in de analyse betrokken. Ook in dit onderzoek behoort een toetsing van niet-fiscale regelingen niet tot de onderzoeksvraag. Bij de vraag of een fiscale regeling wenselijk is, kunnen niet-fiscale regelingen evenwel niet helemaal worden genegeerd. De overheid grijpt op financieringsgebied al in. Zo kan een beroep worden gedaan op een aantal (niet-fiscale) overheidsgarantieregelingen. Hiermee wordt de kans vergroot om een financiering te krijgen. Het betreft regelingen waarbij de overheid garant staat voor diverse vormen van kapitaalverstrekking.³⁹ De overheid zet momenteel sterk in op deze niet-fiscale overheidsgarantieregelingen. Dergelijke instrumenten kunnen de kredietmogelijkheden van bedrijven vergroten.⁴⁰ Nu de overheid ervoor heeft gekozen om op een directe manier faciliteiten in te zetten die erop gericht zijn financieringsproblemen ter zake van de financiering van de koopsom weg te nemen of te verminderen geef ik de voorkeur aan dergelijke faciliteiten. De kans op overheidsfalen is bij fiscale regelingen groter dan bij niet-fiscale regelingen. Indien gekozen wordt voor niet-fiscale maatregelen is het immers de markt (vermogensverschaffers) die zijn werk doet. In paragraaf 2.5 heb ik in dit kader aangegeven dat de overheid zich steeds weer de vraag moet stellen of zij moet ingrijpen via de belastingheffing. Bij de invoering van een belastinguitgave moet altijd eerst worden beargumenteerd waarom niet voor ingrijpen door middel van een subsidie is gekozen.⁴¹

Ook Hoogeveen⁴² kiest in haar proefschrift duidelijk voor niet-belasting gerelateerde maatregelen.

39. Zie paragraaf 2.3.3 en uitgebreider Hoogeveen (2011), hoofdstuk 4. Hoogeveen beperkt haar onderzoek niet tot fiscale faciliteiten.

40. Met ingang van 19 oktober 2012 is de borgstellingsregeling voor het MKB (BMKB) bij wijze van pilot ook opengesteld voor niet-banken. Deze maatregel geldt in beginsel tot ultimo 2013 (brief van de minister van Economische Zaken van 28 februari 2013 inzake de halfjaarsrapportage inzake de benutting van de EZ-financieringsinstrumenten).

41. Zie ook MvA, Kamerstukken I 2009/10, 32 128 enz., nr. E, blz. 40 en Gribnau (2012a).

42. Hoogeveen (2011), blz. 507-508.

6.3 **Second-best voorstel**

6.3.1 **Faciliteiten IB-claim**

6.3.1.1 *Inleiding*

In paragraaf 6.2 heb ik een first-best voorstel gedaan waarin is opgenomen dat doorschuiffaciliteiten kunnen vervallen behoudens in die situaties waarbij aan de positie van de bestuursbevoegde winstgenieter, dan wel bestuursbevoegde ab-houder niets wijzigt. Voor mijn second-best voorstel geldt dat het uitgangspunt is de huidige faciliteiten te behouden, tenzij de toetsing in hoofdstuk 4 aanleiding geeft tot het laten vervallen van een faciliteit. Indien een faciliteit behouden blijft, worden aanpassingen voorgesteld teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Als basis voor de aanpassingen dienen de in paragraaf 4.2 opgenomen tussenconclusies.

In paragraaf 6.3.1.3 volgt het voorstel voor de doorschuiffaciliteiten voor winstgenieters. Hetzelfde wordt gedaan in paragraaf 6.3.1.4 voor ab-houders. In paragraaf 6.3.1.2 ga ik eerst in op de vraag of de toepassing van een doorschuiffaciliteit vergezeld zou moeten gaan van een wettelijke bepaling waarin wordt bepaald op welke wijze de hoogte van de contante waarde van de belastingclaim zou moeten worden berekend. Deze vraag is zowel van belang voor winstgenieters als voor ab-houders.

Ook voor de invorderingsfaciliteiten geldt als uitgangspunt de faciliteiten te behouden, maar tegelijkertijd wordt onderzocht of aanpassingen moeten worden gedaan om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. In paragraaf 6.3.1.5 wordt dit gedaan voor winstgenieters en in paragraaf 6.3.1.6 voor ab-houders. Als basis hiervoor dient de in paragraaf 4.3.6 opgenomen tussenconclusie.

6.3.1.2 *De contante waarde van de belastingclaim bij doorschuiving*

Indien een onderneming wordt vervreemd en de hieruit voortvloeiende belastingclaim wordt doorgeschoven naar de overnemer, wil de koper de contante waarde van de belastingclaim in mindering gebracht zien worden op de prijs van de onderneming. De contante waarde van de belastingclaim is afhankelijk van de verwachte voortzettingstermijn, de tijd dat de activa waarin de stille reserves besloten liggen nog meegaan, de rente waarmee wordt gerekend en het belastingtarief. De koper en verkoper zullen hierover verschillende inzichten kunnen hebben. De belastingclaim vormt hiermee onderdeel van de onderhandelingen tussen koper en verkoper. In deze paragraaf staat de vraag centraal of voorschriften nodig zijn voor het bepalen van de waarde van de belastingclaim indien deze wordt doorgeschoven. Dergelijke voorschriften kennen we al. In art. 20, vijfde lid, SW 1956 staat dat op de verkrijging in mindering wordt gebracht de inkomstenbelasting welke de verkrijger verschuldigd kan worden. Als de erflater bij de overgang van een onderneming door overlijden inkomstenbelasting is verschuldigd, is deze schuld op grond van art. 20, derde lid, SW 1956

afteikbaar. Dit geldt niet als de onderneming fiscaal geruisloos wordt doorgeschoven. Een latente inkomstenbelastingsschuld is rechtens niet afdwingbaar. Om evenwel cumulatie van inkomsten- en erfbelasting te voorkomen, is het redelijk dat met een aftrek voor de latente belastingclaim rekening mag worden gehouden. In het zesde lid van art. 20 SW zijn hiervoor forfaitaire percentages opgenomen. Het is begrijpelijk dat de wetgever deze vaste percentages heeft opgenomen. Dit voorkomt immers dat bij iedere verkrijging overeenstemming tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst moet worden bereikt over de contante waarde van de belastingclaim. Naar mijn mening is het evenwel niet nodig dergelijke voorschriften te geven in het kader van de prijsbepaling tussen koper en verkoper bij doorschuiving. Dit betreft een transactie tussen partijen in het economische verkeer. De overheid behoeft en behoort daar geen rol in te vervullen. De overheid kiest ervoor belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden de belastingclaim door te schuiven naar de opvolger. Het is dan aan de koper en de verkoper om de waarde daarvan vast te stellen. Dit geldt naar mijn mening ook indien de onderneming wordt doorgeschoven in het kader van het overlijden van de winstgenieter, dan wel de ab-houder. Het is aan de voortzetter en de andere erfgenamen om de contante waarde van de belastingclaim vast te stellen.

6.3.1.3 *Doorschuiffaciliteiten winstgenieters*

6.3.1.3.a *Doorschuiving bij ontbinding huwelijksgemeenschap*

In paragraaf 4.4.2 heb ik geconcludeerd dat doorschuiffaciliteiten kunnen vervallen met uitzondering van die situaties waarbij een in de belastingwet opgenomen bepaling tot afrekening van de fiscale claim dwingt, terwijl de positie van de bestuursbevoegde winstgenieter niet wijzigt. Dit is aan de orde indien als gevolg van de ontbinding van een huwelijksgemeenschap de helft van een IB-onderneming overgaat van de niet-bestuursbevoegde echtgenoot naar de bestuursbevoegde echtgenoot (hierop ziet art. 3.59 Wet IB 2001). In paragraaf 6.2.1.2.a is voor deze situatie een first-best voorstel geformuleerd. Dit voorstel kan ook hier gelden; er is in dit verband geen reden onderscheid te maken tussen een principiële oplossing en een tussenoplossing.

6.3.1.3.b *Doorschuiving bij staking door overlijden*

Bij staking van de onderneming als gevolg van het overlijden van de winstgenieter kan de in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit, onder voorwaarden, worden toegepast. In mijn first-best voorstel is voor deze situatie geen doorschuiffaciliteit opgenomen. Op basis van de toetsing in paragraaf 4.2.3.3 zie ik geen aanleiding, uitgaande van het uitgangspunt de huidige faciliteiten te behouden, de doorschuiffaciliteit bij overlijden van de winstgenieter te schrappen. Wel moeten aanpassingen worden gedaan aan de faciliteit om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Als basis hiervoor geldt de in paragraaf 4.2.3.5 opgenomen tussenconclusie voor art. 3.62 Wet IB 2001. Alvorens hiertoe over te gaan, besteed ik nog aandacht aan de vraag hoe art. 3.62 Wet IB 2001 zich verhoudt tot art. 25, zeventiende lid, IW 1990. In laatstgenoemd artikel is een invorderingsfaciliteit opgenomen

op basis waarvan renteloos uitstel van betaling kan worden verkregen voor de uit het overlijden voortvloeiende stakingswinst. De invorderingsfaciliteit dient ter compensatie van het vervallen van het bijzondere tarief van 20% onder de Wet IB 1964 voor overlijdenswinsten. Met de combinatie van het uitstel en het renteloze karakter van de faciliteit is beoogd het bijzondere tarief te benaderen. Gerekend met een rekenrente van 4% is het effectieve tarief, uitgaande van een uitstelperiode van tien jaren, volgens het kabinet 35% (zie uitgebreider paragraaf 4.3.2.5). Ook onder de Wet IB 1964 bestonden twee faciliteiten die gericht zijn op overlijdenswinsten naast elkaar, te weten een bijzonder tarief van 20% en een doorschuiffaciliteit. Dit mag geen argument zijn om ook onder de Wet IB 2001 twee faciliteiten naast elkaar te behouden. Toch ben ik van mening dat onder een second-best voorstel twee typen faciliteiten naast elkaar kunnen zijn opgenomen. Met het second-best voorstel beoog ik een overgangsfase te creëren naar het first-best voorstel waarin geen doorschuiffaciliteit meer is opgenomen voor overdrachten door overlijden. Door in het second-best voorstel aanpassingen te doen die leiden tot een verbetering van de toetsingsresultaten, kan in een overgangsfase deze doorschuiffaciliteit behouden blijven.

De in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit is vanuit het oogpunt van de overdrager alleen legitiem indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming zouden moeten worden gehaald. Allereerst past hier de opmerking dat als gevolg van een overdracht door overlijden geen middelen vrijkomen om de belasting te voldoen. Dit is naar mijn mening een eerste voorwaarde die, indien wordt vastgehouden aan doorschuiffaciliteiten, aan de toegang tot een doorschuiffaciliteit moet worden gesteld. De vraag is vervolgens of daar nog een tweede voorwaarde aan moet worden toegevoegd inhoudende dat de faciliteit alleen openstaat indien de middelen daarvoor uit de onderneming moeten worden gehaald. Ik ben van mening dat deze tweede voorwaarde niet moet worden gesteld. Het uitgangspunt van doorschuiffaciliteiten is dat de belastingclaim behouden blijft. Indien de keuze wordt gemaakt een doorschuiffaciliteit in de wet op te nemen past daar naar mijn mening, mede gezien het karakter van doorschuiffaciliteiten, geen toets bij op basis waarvan zou moeten worden bepaald of de belasting uit de onderneming moet worden gehaald. Het leidt tot kosten voor de overheid en de belastingplichtige om te onderzoeken of hiervan sprake is, hetgeen de doelmatigheid negatief beïnvloedt. Het nadeel voor de overheid is dat zij door het doorschuiven van de belastingclaim wordt geconfronteerd met een liquiditeits- en dus een rentenadeel. In de winstsfeer wordt dit nadeel gecompenseerd omdat de voortzetter na doorschuiving over een lager bedrag gaat afschrijven. Nadeel blijft dat ook belastingplichtigen van de faciliteit gebruik kunnen maken die zij gegeven hun vermogenspositie eigenlijk niet nodig hebben (cadeaueffect).

Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat de in art. 3.62 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit bij overlijden behouden kan blijven zonder de toets aan te leggen of de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald.

Verder stel ik de volgende wijzigingen voor om tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. In het eerste lid van art. 3.62 Wet IB 2001 is opgenomen dat de onderneming rechtstreeks moet worden voortgezet. Naar mijn mening roept het begrip 'rechtstreeks voortzetten' verwarring op (zie paragraaf 4.2.3.3.d) en is het stellen van deze voorwaarde ook niet nodig. Bij een onverdeeldheid moet aan partijen in ieder geval een termijn worden geboden waarbinnen de verdeling moet hebben plaatsgevonden (zoals in art. 4.17b Wet IB 2001). Dit biedt duidelijkheid. Overigens acht ik de huidige in art. 4.17b Wet IB 2001 opgenomen termijn van twee jaren te kort.

Ik wil de voorwaarde opnemen dat de voortzetter moet kwalificeren als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. Ook voor ab-aandelen wordt hierna voorgesteld dat pas sprake is van een reële bedrijfsoverdracht als wordt verkregen door een 'ondernemer' (zie paragraaf 6.3.1.4.b). Het voorgaande betekent dat het uitsluitend verkrijgen van een medegerechtigdheid onvoldoende is om de doorschuiffaciliteit toe te kunnen passen.

Verder acht ik het wenselijk dat de wetgever duidelijkheid verschaft over de vraag of alle voortzetters dezelfde keuze moeten maken ten aanzien van afrekenen of doorschuiven.⁴³ Dat alle voortzetters dezelfde keuze moeten maken is onder de Wet IB 1964 wel zo bepaald.⁴⁴ Aangezien aan dit punt in de wetsgeschiedenis bij de behandeling van de Wet IB 2001 geen aandacht is besteed, lijkt dit standpunt nog steeds gelding te hebben. Naar mijn mening dient iedere voortzetter zelf de keuze te kunnen maken tussen doorschuiving van de claim, dan wel te laten afrekenen door de erflater (zie uitgebreider paragraaf 4.2.3.3.d).

Tot slot pleit ik voor een aanpassing van art. 3.62, derde lid, Wet IB 2001. De oudedagsreserve kan worden beschouwd als een persoonlijke fiscale reserve en kan daarom, anders dan de andere in art. 3.53 Wet IB 2001 genoemde fiscale reserves, niet worden doorgeschoven. Een uitzondering is opgenomen ten aanzien van de oudedagsreserve die naar de partner overgaat. De oudedagsreserve mag op grond van genoemde bepaling worden doorgeschoven naar de partner mits de oudedagsreserve niet uitgaat boven het ondernemingsvermogen waarmee deze de onderneming voortzet of mede voortzet. Naar mijn mening verdient het aanbeveling toe te staan dat de oudedagsreserve van de overledene geheel kan worden doorgeschoven naar de partner. Dit beperkt deze persoon wel bij toekomstige toevoegingen (art. 3.68, tweede lid, Wet IB 2001). Zie uitgebreider het slot van paragraaf 4.2.2.4.

6.3.1.3.c *Doorschuiving naar ondernemers*

Bij staking van de onderneming als gevolg van de overdracht van een onderneming kan de in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit, onder

43. Over het gedeelte dat overgaat naar niet-voorzetters moet de erflater wel afrekenen. In deze situatie kunnen doorschuiven en afrekenen naast elkaar worden toegepast. Zie ook de beschouwing in aant. 2.2 bij art. 3.62 Wet IB 2001 Vakstudie IB 2001.

44. Korte toelichting Wet IB 1964, paragraaf 14, dertiende lid.

voorwaarden, worden toegepast. Deze faciliteit is in mijn first-best voorstel niet meer opgenomen. Op basis van de toetsing in paragraaf 4.2.3.4 ben ik van mening dat voor deze faciliteit in mijn second-best voorstel nog wel ruimte bestaat. Wel moet tot een verbetering van de toetsingsresultaten worden gekomen. Als basis hiervoor geldt de in paragraaf 4.2.3.5 opgenomen tussenconclusie voor art. 3.63 Wet IB 2001.

De in art. 3.63 Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit is vanuit het oogpunt van de overdrager alleen legitiem indien er geen middelen vrijkomen om de belasting te voldoen. Alsdan kan de overdrager met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt te maken krijgen, omdat er geen middelen beschikbaar komen om de belasting te voldoen. Hier moet worden bedacht dat de belastingschuld een privéschuld is van de overdrager. Dit betekent dat de continuïteit van de onderneming niet in gevaar kan komen als gevolg van het feit dat de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming zouden moeten worden gehaald. Het is wel mogelijk dat de onderneming niet wordt overgedragen omdat de belastingplichtige bij een overdracht tegen schuldigerkenning geen middelen ontvangt om de belasting te voldoen. De vraag is vervolgens hoe het overheidsingrijpen in een dergelijke situatie zou moeten worden vormgegeven. In paragraaf 4.4.3 was mijn conclusie dat invorderingsfaciliteiten bij uitstek als instrument kunnen dienen om eventuele uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen. Voor de overdracht tegen schuldigerkenning is hiervoor ook een invorderingsfaciliteit opgenomen (art. 25, achttiende lid, IW 1990). Hier doet zich wederom de vraag voor, zoals dit ook het geval was in paragraaf 6.3.1.3.b, of naast deze invorderingsfaciliteit nog een doorschuiffaciliteit moet kunnen worden toegepast. Ook hier trek ik de conclusie dat onder een second-best voorstel ruimte bestaat om twee typen faciliteiten naast elkaar te behouden. Met het second-best voorstel beoog ik zoals aangegeven een overgangsfase te creëren naar het first-best voorstel waarin geen doorschuiffaciliteit meer is opgenomen voor een dergelijke overdracht bij leven. Door in het second-best voorstel aanpassingen te doen die leiden tot een verbetering van de toetsingsresultaten, kan in een overgangsfase de doorschuiffaciliteit bij een overdracht tegen schuldigerkenning behouden blijven. Dit geldt alleen voor zover de overnamesom schuldig wordt gebleven.

Een andere overdracht bij leven waarbij uit de overdracht geen middelen vrijkomen om de belasting te voldoen, betreft de situatie waarbij de onderneming wordt geschonken. In paragraaf 4.2.3.4.b heb ik aangegeven een doorschuiffaciliteit bij schenking niet legitiem te vinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn er daarentegen redenen om doorschuiving bij schenking toe te staan. In paragraaf 4.2.2.3 is aan de orde geweest dat indien doorschuiffaciliteiten bij leven minder ruimte bieden dan bij overlijden belastingplichtigen kunnen worden aangespoord te wachten met de overdracht tot overlijden. Dit is niet wenselijk. Ik ben van mening dat indien wordt gekozen voor een doorschuiffaciliteit bij

overlijden een doorschuiffaciliteit bij schenking niet mag ontbreken.⁴⁵ Hier kan tegen in worden gebracht dat als er geen doorschuiffaciliteit kan worden toegepast indien de overdrager als gevolg van de overdracht de middelen ontvangt om de belasting te kunnen voldoen hij ook zou kunnen wachten met de overdracht tot het moment van overlijden. Naar mijn mening weegt hier evenwel zwaarder dat de middelen worden ontvangen om de belasting te voldoen, hetgeen bij schenking niet aan de orde is.

Vanuit het oogpunt van de overnemer bezien is er nog wel een legitieme reden de doorschuiffaciliteit ook te behouden indien de overdrager uit de overdracht de middelen ontvangt ter voldoening van de belasting. Als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit zal de koopprijs voor de voortzetter normaliter lager worden. Er behoeft voor een lager bedrag een beroep te worden gedaan op de kapitaalmarkt. Dit is naar mening onvoldoende reden om voor deze situatie een doorschuiffaciliteit te behouden. Allereerst betreft het voordeel een kortetermijneffect. In de toekomst moet meer belasting worden betaald als gevolg van lagere afschrijvingen. Voorts is in de laatste alinea van paragraaf 4.2.2.2 beargumenteerd dat het vooral de onderhandelingspositie is van partijen die uiteindelijk bepalend is welk bedrag als contante waarde van de belastingclaim in de prijs wordt meegenomen.⁴⁶ Dit argument is naar mijn mening te zwak om een doorschuifmogelijkheid op te baseren.

Vervolgens moet worden onderzocht welke voorwaarden moeten worden gesteld aan de toepassing van art. 3.63 Wet IB 2001 indien de mogelijkheid tot doorschuiving wordt beperkt tot overdrachten tegen (gedeeltelijke) schuldi-gerkenning en schenkingen. In paragraaf 4.2.3.4.d is geconcludeerd dat de voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan alvorens geruisloos kan worden doorgeschoven beperkend werkt. Er moet worden gezocht naar methoden om de belastingheffing op het moment van aangaan van het samenwerkingsverband te voorkomen zodat op termijn geruisloos kan worden doorgeschoven. Dit is tegenstrijdig. Ook draagt de eis dat eerst sprake moet zijn geweest van een samenwerkingsverband niet bij aan de doelstelling van de bepaling. Verder verstoort deze voorwaarde het gedrag van belastingplichtigen. De voorwaarde dat een samenwerkingsverband moet worden aangegaan om te zijner tijd geruisloos door te kunnen schuiven, werkt belemmerend indien partijen anders een dergelijk samenwerkingsverband niet zouden zijn aangegaan (zie paragraaf 4.2.3.4.c). Ook zal het aangaan en in stand houden van een samenwerkingsverband gepaard gaan met kosten voor de belastingplichtige (zie paragraaf 4.2.3.4.e). Op basis van het

45. Onder mijn first-best voorstel heb ik wel gekozen voor een invorderingsfaciliteit bij overlijden van een winstgenieter, dan wel ab-houder (paragraaf 6.2.1.3.a en 6.2.1.4.a), maar niet voor een invorderingsfaciliteit bij schenking. Indien een invorderingsfaciliteit met de juiste voorwaarden wordt ingekleed, is er geen reden aan te nemen dat belastingplichtigen zouden wachten met de overdracht tot overlijden. Dit kan zich bij een doorschuiffaciliteit wel voordoen.

46. In paragraaf 6.3.1.2 heb ik beargumenteerd dat het aan de overdragende en overnemende partij moet worden overgelaten te bepalen welk bedrag aan de contante waarde van de belastingclaim moet worden toegekend.

voorgaande ben ik van mening dat art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001 kan vervallen. Er is dan ook geen reden meer om art. 3.63, vijfde lid, Wet IB 2001 (geruisloze doorschuiving naar een werknemer) te behouden.⁴⁷ Het laten vervallen van deze voorwaarden heeft budgettaire consequenties voor de overheid. Daar staat tegenover dat de mogelijkheid om de doorschuifmogelijkheid te benutten aanzienlijk wordt beperkt. Alleen overdrachten tegen (gedeeltelijke) schuldig erkenning en schenkingen kwalificeren nog voor doorschuiving. Ik wil wel de voorwaarde opnemen dat de voortzetter moet kwalificeren als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001 (conform het voorstel voor art. 3.62 Wet IB 2001).⁴⁸ Voor ab-aandelen geldt ook dat pas sprake is van een reële bedrijfsoverdracht als wordt verkregen door een 'ondernemer' (zie paragraaf 6.3.1.4.b).

De eis dat de overnemer moet voortzetten moet blijven gelden (art. 3.63, eerste lid, Wet IB 2001). Er geldt geen termijn. In de parlementaire behandeling⁴⁹ is ten aanzien van het voortzettingsvereiste in art. 3.63 Wet IB 2001 verwezen naar de toenmalige toelichting op de standaardvoorwaarden bij de geruisloze omzetting in een NV/BV.⁵⁰ Er wordt niet aan het voortzettingsvereiste voldaan indien de overdracht deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of liquidatie van de onderneming. Deze eis vind ik redelijk. Indien op het moment van de overdracht al bekend is dat de onderneming wordt doorverkocht, is er ook geen reden een doorschuif-faciliteit te verlenen.

Art. 3.63, zevende lid, Wet IB 2001 kan behouden blijven, maar moet worden aangepast. De oudedagsreserve kan worden beschouwd als een persoonlijke fiscale reserve en kan daarom, anders dan de andere in art. 3.53 Wet IB 2001 genoemde fiscale reserves, niet worden doorgeschoven. Een uitzondering is opgenomen ten aanzien van de oudedagsreserve die naar de partner overgaat. De oudedagsreserve mag op grond van genoemde bepaling worden doorgeschoven naar de partner mits de oudedagsreserve niet uitgaat boven het ondernemingsvermogen waarmee deze de onderneming voortzet of mede voortzet. Naar mijn mening verdient het aanbeveling toe te staan dat de oudedagsreserve geheel kan worden doorgeschoven naar de partner. Dit beperkt deze persoon wel bij toekomstige toevoegingen (art. 3.68, tweede lid, Wet IB 2001). Zie uitgebreider het slot van paragraaf 4.2.2.4.

47. Ook het zesde lid van art. 3.63 Wet IB 2001 kan vervallen. In dit lid wordt uitwerking gegeven aan het vierde en vijfde lid van art. 3.63 Wet IB 2001.

48. Dit geldt nu ook indien wordt overgedragen aan een medeondernemer (art. 3.63, vierde lid, Wet IB 2001). Deze eis geldt op grond van de huidige wettekst niet als wordt overgedragen aan een werknemer (art. 3.63, vijfde lid, Wet IB 2001). Maar ook dan zal de werknemer in de meeste situaties als ondernemer gaan fungeren. Het lijkt erop dat de wetgever hier niet bij stil heeft gestaan.

49. NnavV, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 6, blz. 22.

50. Deze eis geldt nog steeds (Besluit van 30 juni 2010, nr. DGB 2010/3599M, paragraaf 4.2.1 van de toelichting op de standaardvoorwaarden).

6.3.1.4 Doorschuiffaciliteiten ab-houders

6.3.1.4.a Doorschuiving bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap

In paragraaf 6.2.1.2.b heb ik voor mijn first-best voorstel aangegeven een doorschuifmogelijkheid te willen behouden voor situaties waarin aandelen als gevolg van een huwelijk tot een gemeenschap gaan behoren. De bestuursbevoegdheid ten aanzien van de aandelen wijzigt niet. Een doorschuifmogelijkheid acht ik ook aanvaardbaar indien als gevolg van een echtscheiding deze aandelen weer worden toebedeeld aan de bestuursbevoegde echtgenoot. Een doorschuiffaciliteit moet worden afgewezen indien aan een belastingplichtige meer aandelen worden toebedeeld dan het aantal waartoe hij bestuursbevoegd is. Het voorgaande geldt ook indien wijzigingen worden aangebracht aan de huwelijksgemeenschap bij leven.

Voor mijn second-best voorstel is het uitgangspunt aan te sluiten bij de huidige faciliteit, maar te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Allereerst stel ik voor art. 4.17 Wet IB 2001 weer van toepassing te verklaren op de situatie waarin de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden.⁵¹ De wetgever zou geen onderscheid moeten maken tussen een ontbinding van de huwelijksgemeenschap bij leven en bij overlijden (zie paragraaf 4.2.4.2.c). Complicerende factor onder de huidige wetgeving is dat voor de toepassing van art. 4.17 Wet IB 2001, waar dit wel geldt voor art. 4.17a Wet IB 2001, geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Volgens de regering is *'de aanleiding voor een en ander doorgaans niet gelegen in het tot stand brengen van een bedrijfsoverdracht van de ene echtgenoot op de andere echtgenoot. Daarom wordt de doorschuifregeling voor de overgang krachtens huwelijksvermogensrecht niet toegesneden op reële bedrijfsopvolgingen'*.⁵² Hiermee kan ik instemmen. Dit zou dan evenwel ook moeten gelden indien de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Ik zie niet in waarom dit bij echtscheiding anders moet zijn als wanneer één van beide echtgenoten komt te overlijden. Bovendien kan het gedrag van belastingplichtigen worden verstoord. In gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten kunnen onder de huidige wetgeving afrekening over zowel het ondernemings- als het beleggingsvermogen voorkomen door de huwelijksgemeenschap reeds tijdens leven te verdelen. Zo kunnen de echtgenoten in het zicht van overlijden besluiten (nog tijdens leven) huwelijkse voorwaarden op te stellen en de huwelijksgemeenschap zodanig te verdelen dat de ab-aandelen worden toege-deeld aan degene die de ander vermoedelijk overleeft.⁵³

51. Tot en met 31 december 2009 gold art. 4.17 Wet IB 2001 voor zowel de overgang krachtens erfrecht en huwelijksvermogensrecht, als voor de verdeling van een nalatenschap als een verdeling van een huwelijksgemeenschap (zie ook paragraaf 4.2.4.2.c).

52. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 40.

53. Afrekening over het ondernemingsvermogen kan overigens ook worden voorkomen door de langstlevende als erfgenaam te benoemen. In dat geval is onder de huidige wetgeving art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing. Zie ook paragraaf 4.2.4.2.c.

Indien art. 4.17 Wet IB 2001 ook weer kan worden toegepast als de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden moet aan art. 4.17 Wet IB 2001 het tweede lid worden toegevoegd zoals dat gold tot en met 31 december 2009. Dit betreft de bepaling waarin wordt geregeld dat de overgang krachtens erfrecht op een niet in Nederland wonende verkrijger niet als vervreemding wordt aangemerkt, indien de overgang binnen twee jaren wordt gevolgd door een verdeling waarbij de aandelen of winstbewijzen worden toegescheiden aan een binnenlandse belastingplichtige. De aandelen of winstbewijzen mogen bij deze verkrijger niet tot het vermogen van een onderneming of tot het resultaat uit werkzaamheid gaan behoren. Hierbij plaats ik de kanttekening dat de termijn van twee jaren naar mijn mening te kort is.

Art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 moet worden overgenomen in een nieuw lid van art. 4.17 Wet IB 2001. Art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 ziet op de situatie waarbij in het kader van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% van de ab-aandelen aan de nalatenschap van de erflater wordt toebedeeld (zie paragraaf 4.2.4.3.a). Tegelijkertijd wordt in art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 bepaald dat hetgeen boven die 50% wordt toebedeeld aan de nalatenschap wordt aangemerkt als vervreemding van de langstlevende waarbij dit kwalificeert als overgang krachtens erfrecht waarvoor vervolgens op grond van art. 4.17a Wet IB 2001 doorschuiving plaats kan vinden voor zover sprake is van ondernemingsvermogen. Naar mijn mening kan deze bepaling niet ontbreken, omdat (een gedeelte van) de aandelen van de langstlevende hier worden vervreemd. Alsdan moet doorschuiving voor dit gedeelte alleen mogelijk zijn voor zover de waarde van deze aandelen is toe te rekenen aan ondernemingsvermogen. Er moet worden uitgegaan van de waarde van de aandelen ten tijde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap, omdat aan de verdeling geen terugwerkende kracht wordt toegekend.⁵⁴ Hier kan strikt genomen weinig tegen in worden gebracht. Het is evenwel opmerkelijk dat dit in art. 4.17b Wet IB 2001 (uitzondering bij verdeling nalatenschap) anders is geregeld. Om redenen van doelmatigheid wordt de waardeontwikkeling van de aandelen betrekking hebbend op het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en de verdeling van de nalatenschap daar niet in de heffing betrokken.⁵⁵ Het heeft dan mijn voorkeur dit ook te laten gelden waar het betreft de waardeontwikkeling van de aandelen tussen het moment van ontbinding van de huwelijksgemeenschap door overlijden en de verdeling van de huwelijksgemeenschap.

Verder stel ik voor de termijn waarbinnen de verdeling van de huwelijksgemeenschap dan wel de nalatenschap moet plaatsvinden op te rekken naar een langere termijn. De termijn van twee jaren acht ik te kort (zie paragraaf 4.2.4.2.d). Zie ook paragraaf 6.2.1.2.b.

Tot slot heeft het mijn voorkeur ook art. 4.17 Wet IB 2001 op verzoek van toepassing te laten zijn. Onder de huidige wetgeving wordt de doorschuifbepaling automatisch toegepast (met mogelijkheid tot afrekening op grond van

54. NnavV, Kamerstukken II 2010/11, 32 401, nr. 7, blz. 30.

55. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7 en 44.

art. 4.38 Wet IB 2001). De andere doorschuifbepalingen zijn op verzoek. Naar mijn mening komt het de doelmatigheid ten goede als alle doorschuifbepalingen op verzoek kunnen worden toegepast.

6.3.1.4.b *Doorschuiving bij overgang krachtens erfrecht*

Heffing over het uit het overlijden van de ab-houder voortvloeiende vervreemdingsvoordeel kan worden voorkomen door de in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit toe te passen. In mijn first-best voorstel is voor deze situatie geen doorschuiffaciliteit opgenomen. Op basis van de toetsing in paragraaf 4.2.4.3 zie ik geen aanleiding, uitgaande van het uitgangspunt de huidige faciliteiten te behouden, de doorschuiffaciliteit bij overlijden van de ab-houder te schrappen. Wel moeten aanpassingen worden gedaan aan de faciliteit om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Als basis hiervoor geldt de in paragraaf 4.2.4.6 opgenomen tussenconclusie voor art. 4.17a Wet IB 2001.

De in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit is vanuit het oogpunt van de erflater alleen legitiem indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de kapitaalvennootschap zouden moeten worden gehaald. Allereerst past hier de opmerking dat als gevolg van een overdracht door overlijden geen middelen vrijkomen om de belasting te voldoen. Dit is naar mijn mening een eerste voorwaarde die, indien wordt vastgehouden aan doorschuiffaciliteiten, aan de toegang tot een doorschuiffaciliteit moet worden gesteld. De vraag is vervolgens of daar nog een tweede voorwaarde aan moet worden toegevoegd inhoudende dat de faciliteit alleen openstaat indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de kapitaalvennootschap moeten worden gehaald. Ik ben van mening dat deze tweede voorwaarde niet moet worden gesteld (zie uitgebreider paragraaf 6.3.1.3.b met betrekking tot het overlijden van de winstgenieter). Het nadeel voor de overheid van het verlenen van een doorschuiffaciliteit is wel dat zij wordt geconfronteerd met een liquiditeits- en dus een rentenadeel. In de winstsfeer wordt dit nadeel gecompenseerd omdat de voortzetter na doorschuiving over een lager bedrag gaat afschrijven. Dit doet zich niet voor onder het ab-regime. Het is immers de verkrijgingsprijs die wordt doorgeschoven. Toch is dat voor mij geen argument om de doorschuiffaciliteit bij overlijden te schrappen. De belastingclaim blijft immers behouden. In mijn overwegingen om de faciliteit te behouden speelt ook een rol dat de doorschuiffaciliteit alleen kan worden toegepast voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen.

Het uitgangspunt is aldus art. 4.17a Wet IB 2001 te behouden. De toetsing in paragraaf 4.2.4.3 van art. 4.17a Wet IB 2001 geeft daarentegen wel aanleiding aanpassingen te doen.

In onderdeel a van het eerste lid van art. 4.17a Wet IB 2001 is aangegeven dat de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben een onderneming moet drijven als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 of een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 moet houden. In paragraaf 4.2.4.3.d heb ik aangegeven de eis dat de

vennootschap een materiële onderneming moet drijven doeltreffend te vinden. Ook acht ik het een juiste keuze van de wetgever alleen doorschuiving toe te staan voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. Voor zover de waarde van de aandelen is toe te rekenen aan beleggingsvermogen behoeft daarvoor geen doorschuiffaciliteit te gelden omdat dat vermogen in principe vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de fiscale claim op dat moment te voldoen zonder de continuïteit in gevaar te brengen. De wetgever heeft voor het beleggingsvermogen met art. 4.17a, zesde lid, ten tweede, Wet IB 2001 een doelmatigheidsmarge geïntroduceerd. Het beleggingsvermogen wordt tot ten hoogste 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen aangemerkt als ondernemingsvermogen. De regering heeft hierbij het oog gehad op situaties waarin *'in één oogopslag duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is'*.⁵⁶ Indien deze situatie zich voordoet, is de marge inderdaad doelmatig. De doelmatigheidsmarge heeft evenwel een veel breder bereik. De als ondernemingsvermogen in aanmerking te nemen beleggingen worden hoger naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt. Dit verhoogt de kosten van de overheid, hetgeen naar mijn mening niet opweegt tegen de voordelen waarbij de beleggingen op het eerste oog al gering zijn. Ik ben van mening dat art. 4.17a, zesde lid, ten tweede, Wet IB 2001 zou moeten komen te vervallen.

Voorts heeft de wetgever nadere voorwaarden willen stellen aan het type belang van de overdrager. Zo kan op grond van art. 4.17a, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 2001 op een meetrek ab de faciliteit niet van toepassing zijn. Voorts worden nadere eisen aan preferente aandelen gesteld (art. 4.17a, derde lid, Wet IB 2001). Ook gelden eisen voor de situatie waarbij een ab wordt gehouden in een kapitaalvennootschap die een medegerechtigdheid houdt. Dat de wetgever het type belang van de overdrager in de beschouwing betreft, is naar mijn mening niet relevant indien het doel van de faciliteit in ogenschouw wordt genomen. De regering wenst met de doorschuiffaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet. Het gaat erom dat de continuïteit van de *onderneming* niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald (zie paragraaf 4.2.4.3.d). Vanuit deze doelstelling is het type ab dat de overdrager heeft niet relevant. Het is voldoende dat in de vennootschap een materiële onderneming wordt gedreven. Vervolgens is de vraag relevant of het 5%-criterium uit afdeling 4.3 Wet IB 2001 leidend zou moeten zijn voor de toegang tot de doorschuiffaciliteiten. In paragraaf 3.3.3 heb ik opgemerkt dat naar mijn mening het 5%-criterium om vast te stellen of een belastingplichtige een ab heeft in ieder geval te laag is. Er kan toch moeilijk van ondernemen worden

56. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 97.

gesproken bij een belang van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal.⁵⁷ Nu is in feite elke grens arbitrair. Het is immers van belang met welke intentie aandelen worden gehouden. Deze intentie achterhalen is haast onmogelijk, hetgeen toch weer pleit voor een objectief criterium. Louter bezien vanuit de positie van box 2 zou het mijn voorkeur hebben als het ab-criterium zou worden opgetrokken naar minimaal 20%.⁵⁸ Deze keuze behoort evenwel niet te worden gemaakt in dit onderzoek. In dit onderzoek staan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten centraal. Het ab-criterium uit afdeling 4.3 Wet IB 2001 beschouw ik als gegeven. Ik zie vervolgens geen reden overdragers die voldoen aan dit criterium van de doorschuiffaciliteiten uit te sluiten, mits er maar een materiële onderneming in de vennootschap wordt gedreven.

Nu het type ab van de overdrager niet van belang wordt geacht, kan de uitsluiting van het meetrek ab vervallen. Dit geldt dan tevens voor de beperkingen die gelden ten aanzien van tot box 2 behorende preferente aandelen van de overdrager. De in art. 4.17a, derde lid, onderdelen a-c, Wet IB 2001 opgenomen omzettingseis kan vervallen.⁵⁹

Ook de voorwaarde in art. 4.17a, vierde lid, Wet IB 2001 dat de medege-rechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 kan vervallen.

Verder acht ik de positie van de voortzetter van belang. Ik vind het een juist uitgangspunt dat de regering alleen reële bedrijfsoverdrachten wil faciliteren.⁶⁰ Een bepaalde betrokkenheid bij de onderneming is naar mijn mening nodig om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken. Ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 is over het begrip 'reële bedrijfsoverdracht' het volgende gezegd: '(...). Dit betekent dat een onderneming moet worden verkregen van een ondernemer en dat deze onderneming door een ondernemer moet worden voortgezet. (...).'⁶¹ Onder 'ondernemer' wordt in dit kader verstaan: 'Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, (...).'⁶² Ik ondersteun de keuze van de regering dat moet worden verkregen door een 'ondernemer'. Hierna analyseer ik wat onder dit begrip moet worden verstaan.

57. Zie ook Hoogeveen (2012), blz. 25.

58. Zie ook Heithuis (1999, diss.), blz. 475-476. Hij zoekt naar aanknopingspunten bij de moeder-dochterrichtlijn en het al dan niet aanwezig zijn van een deelneming volgens Boek 2 BW. Inmiddels geldt evenwel voor de moeder-dochterrichtlijn dat een belang van 10% in het kapitaal al voldoende is. Van den Dool (2009, diss.) wil aansluiten bij een economisch belang in gezinsverband van ten minste een derde van het geplaatste aandelenkapitaal (blz. 194-198).

59. En daarmee ook art. 26b Uitv.reg. IB 2001.

60. Zie ook Hoogeveen (2012), paragraaf 5.

61. Nadere MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 8. Zie ook NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 97.

62. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 103.

Ten aanzien van aandelen is het geen sinecure om op een consistente wijze vast te stellen wie als 'ondernemer' kan worden gezien. In box 1 moet daarvoor naar mijn mening worden aangesloten bij art. 3.4 Wet IB 2001. Deze ondernemers hebben zeggenschap in de onderneming en zijn ook winstgerechtigd. Dit geldt overigens in steeds mindere mate naarmate er meer vennoten zijn in een samenwerkingsverband.⁶³ Indien een ab-houder een aandeel heeft met stemrecht, heeft hij in ieder geval zeggenschap. Dit wil niet zeggen dat de ab-houder zomaar vergeleken kan worden met een IB-ondernemer. Een ab-houder hoeft niet betrokken te zijn bij de bedrijfsvoering. Een ab-houder is pas met een eenmansondernemer gelijk te stellen indien hij 100% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit en daarnaast bestuurder is van de vennootschap. Deze eis heeft de wetgever in ieder geval niet aan de ab-houder willen stellen voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten. De regering ziet een ab-houder als ondernemer als hij voldoet aan het 5%-criterium.⁶⁴ Ik ben het eens met Hoogeveen⁶⁵ dat dit zeker niet opgaat indien sprake is van een beleggings-BV. Voor de toepassing van de doorschuiffaciliteiten⁶⁶ wordt dit als gevolg van het uitsluiten van beleggingsvermogen op indirecte wijze gecorrigeerd. Het is niet het type ab dat wordt uitgesloten, maar het vermogen in de vennootschap.

Hiervoor heb ik, ten aanzien van de positie van de overdrager, aangegeven dat ik het niet wenselijk acht om af te wijken van het in art. 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001 opgenomen 5%-criterium. Dit trek ik door naar de voortzetter. Om de doorschuiffaciliteit toe te kunnen passen moet de voortzetter na de overdracht ten minste 5% van de aandelen in bezit hebben, maar dan wel 5% van de gewone aandelen.⁶⁷ Naar mijn mening moet de voortzetter wil hij kunnen worden gezien als 'ondernemer' zowel zeggenschap hebben als winstgerechtigd zijn.

Zo moet de doorschuiffaciliteit niet kunnen worden toegepast indien de voortzetter alleen stemrechtloze⁶⁸ aandelen in de zin van art. 2:228, vijfde lid, BW verkrijgt of certificaten van aandelen.⁶⁹ Ook de verkrijging van koopopties ex art. 4.6, onderdeel b, Wet IB 2001 en winstbewijzen ex art. 4.6, onderdeel c, Wet IB 2001 worden om die reden uitgesloten. Ik realiseer me dat bij een belang van 5% van de gewone aandelen de zeggenschap ook minimaal is. Dit is evenwel onvermijdelijk indien wordt vastgehouden aan het 5%-criterium.

63. Zie evenwel paragraaf 3.3.3 waar ik heb beargumenteerd dat vennoten in een samenwerkingsverband dan toch nog als ondernemer in bedoelde zin kunnen worden gezien.

64. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 20-21.

65. Hoogeveen (2012), blz. 25.

66. Dit geldt ook voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting.

67. Indien de voortzetter een belang heeft van minder dan 5%, bestaat geen recht meer op de doorschuiffaciliteit. Dit geldt dan tevens voor een belang op grond van art. 4.7, 4.10 en 4.11 Wet IB 2001.

68. Aan stemrechtloze aandelen kan wel een vergaderrecht gekoppeld zijn.

69. Aan certificaathouders kunnen op grond van de certificeringsakte nog wel speciale bevoegdheden zijn toegekend.

Afwijken van dit criterium vind ik voor de toepassing van doorschuifregelingen in box 2 geen optie.

Ten aanzien van de winstgerechtigdheid is in de parlementaire behandeling het volgende gezegd: *‘Met de term preferente aandelen is beoogd aan te sluiten bij de uitleg die daaraan in het spraakgebruik wordt gegeven. Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen.’*⁷⁰ Deze omschrijving wijkt sterk af van hetgeen de regering op vragen van CDA-leden ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 heeft geantwoord: *‘(...) zolang aandelen volledig delen in de winst-reserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferente aandeel.’*⁷¹ In paragraaf 4.2.4.3.d (onder kopje *Voorwaarden kwalificerende preferente aandelen*) heb ik aangegeven dat mijn voorkeur uitgaat naar de eerste omschrijving. Zodra aandelen gedeeltelijk delen in de waardevermeerdering, zou niet van preferente aandelen gesproken moeten worden.⁷² Dit heeft tot gevolg dat de doorschuiffaciliteit niet kan worden toegepast indien de voortzetter na de overdracht uitsluitend beschikt over preferente aandelen. De verkrijger van de preferente aandelen moet na de verkrijging tevens voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder zijn van gewone aandelen. Deze voorwaarde is ook opgenomen in art. 4.17a, derde lid, onderdeel d, Wet IB 2001.⁷³ Ik ben me ervan bewust dat dit verstorend gedrag kan opleveren bij belastingplichtigen. De erflater kan ervoor kiezen aan een erfgenaam 5% van de gewone aandelen toe te laten komen terwijl hij dit niet zou hebben gedaan als dit niet noodzakelijk zou zijn om toegang te krijgen tot de doorschuiffaciliteit. Naar mijn mening is het evenwel de vraag in welke mate zich dit voordoet. Andere erfgenamen krijgen, al is het maar voor de periode van vijf jaren, op grond van hun aandelenbezit zeggenschap. Dit kan de erflater ervan weerhouden dan maar 5% van de gewone aandelen aan andere erfgenamen toe te kennen. Ondanks de mogelijke verstorende gevolgen van het stellen van dit 5%-vereiste is het naar mijn mening noodzakelijk eisen te stellen aan de voortzetter. Als gevolg van het verkrijgen van de gewone aandelen raakt hij toch op een andere wijze betrokken bij de vennootschap. Ik ben me ervan bewust dat dit marginaal is, maar dit vloeit voort uit de keuze van de wetgever voor een 5%-criterium. Ik ben het eens met Hoogeveen⁷⁴ die opmerkt: *‘Aangezien de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten alleen open zouden moeten staan voor ondernemers, zou een nadere bezinning op het materiële ondernemingsbegrip van een aanmerkelijkbelanghouder op zijn plaats zijn.’* Dat de voortzetter ten minste 5% van de gewone aandelen moet bezitten trek ik door naar art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001 (indirecte belangen). Dit betekent dat indien het lichaam

70. NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, blz. 9-10.

71. NnavNV (bedrijfsopvolgingsfaciliteit SW), Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 13, blz. 25.

72. Zo ook Van der Kroon (2012) en Heithuis (2010a).

73. Het slot van de bepaling *‘als bedoeld in onderdeel b’* kan vervallen. Dit slaat terug op de omzettingseis.

74. Hoogeveen (2012), blz. 34.

waarin de voortzetter een 5%-belang aan gewone aandelen houdt een belang heeft in een ander lichaam, de voortzetter ook indirect ten minste 5% van de gewone aandelen moet bezitten.

Het voorgaande heeft eveneens tot gevolg dat indien uitsluitend winstrechtloze aandelen (art. 2:216, zevende lid, BW) worden verkregen de doorschuiffaciliteit ook niet kan worden toegepast.⁷⁵

Voor aandelen in een vennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden geldt op grond van de huidige wettekst dat de verkrijger beherend vennoot moet zijn van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is. Volgens de regering moet de commanditaire vennoot meer worden gezien als kapitaalverstrekker.⁷⁶ Maar het is wel een kapitaalverstrekker die ook gerechtigd kan zijn tot de stille reserves en goodwill van een CV. Een commanditair vennoot mag evenwel geen daden van beheer verrichten (art. 20, tweede lid, Wetboek van Koophandel). Op die grond ben ik van mening dat de verkrijging van aandelen in een vennootschap waarin uitsluitend een medegerechtigdheid wordt gehouden niet moet kwalificeren voor de doorschuiffaciliteit. De verkrijger moet of zelf beherend vennoot of enig aandeelhouder zijn van een vennootschap die beherend vennoot is. Als gevolg van de voorwaarde dat de voortzetter tevens beherend vennoot moet zijn in de vennootschap waarin de medegerechtigdheid wordt gehouden, kwalificeren andere vormen van medegerechtigdheid niet. Dit betreft bijvoorbeeld de situatie dat de vennootschap een onderneming verhuurt, maar waarbij deze verhuur niet kwalificeert als onderneming in de zin van art. 3.2 Wet IB 2001. Aangezien ik voor de voortzetter aan wil sluiten bij het zijn van 'ondernemer' in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001 kan de verkrijging van aandelen in een vennootschap waarin een andere vorm van medegerechtigdheid wordt gehouden niet kwalificeren.

Het nadeel van bovenstaand voorstel is dat de verstoringen niet geheel worden weggenomen (zie paragraaf 4.2.4.3.c). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin een holdingvennootschap een dochtervennootschap tegen schuldigerkenning overdraagt waarbij deze vordering niet als ondernemingsvermogen kwalificeert.⁷⁷ Dit is ook aan de orde geweest in paragraaf 3.2.4.3 alwaar diverse bijzondere vormen van overdracht zijn beschreven. Dit betekent dat belastingplichtigen naar wegen zullen zoeken om anderszins het belang bij de vennootschap over te dragen, maar wel zodanig dat zij toegang tot de faciliteit behouden.

75. Deze aandelen zullen evenwel doorgaans ook minder waard zijn.

76. MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, blz. 43-44.

77. Zie ook MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7. Indien de vordering evenwel is ontstaan voor 1 januari 2010 geldt op basis van art. 4.17a, zevende lid, Wet IB 2001 overgangsrecht.

Tot slot moet de vraag nog aan de orde komen wat de positie moet worden van art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001. In paragraaf 6.3.1.4.a heb ik aangegeven dat dit artikellid moet worden overgeplaatst naar art. 4.17 Wet IB 2001. Indien dit niet gebeurt, heeft dit tot gevolg dat in de situatie waarbij meer dan 50% van de aandelen worden toebedeeld aan de nalatenschap er niet hoeft te worden afgerekend over de waarde van de aandelen toerekenbaar aan het beleggingsvermogen. Ik heb aangegeven dit niet wenselijk te vinden.

6.3.1.4.c *Doorschuiving bij verdeling nalatenschap*

De in art. 4.17a Wet IB 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid ziet op het vervreemdingsvoordeel voortvloeiende uit het overlijden van de erflater (art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001). Dit wordt wel het eerste heffingsmoment genoemd. Art. 4.17b Wet IB 2001 bevat de doorschuiffaciliteit voor de situatie waarbij een onderbedeling tot een tweede heffingsmoment leidt. In mijn first-best voorstel is voor beide situaties geen doorschuiffaciliteit opgenomen. In paragraaf 6.3.1.4.b heb ik beargumenteerd in mijn second-best voorstel de doorschuifbepaling bij overgang krachtens erfrecht te willen handhaven. Een doorschuiffaciliteit voor het vervreemdingsvoordeel voortvloeiend uit de verdeling van de nalatenschap kan dan niet ontbreken. Ook op basis van de toetsing in paragraaf 4.2.4.4 zie ik geen aanleiding, uitgaande van het uitgangspunt de huidige faciliteiten te behouden, deze doorschuiffaciliteit te schrappen. Als basis voor eventuele aanpassingen geldt de in paragraaf 4.2.4.6 opgenomen tussenconclusie voor art. 4.17b Wet IB 2001.

De te verrichten aanpassing moet, conform mijn voorstel in paragraaf 6.2.1.2.b, 6.3.1.3.b en 6.3.1.4.a, zijn dat ook voor art. 4.17b Wet IB 2001 een langere termijn dan twee jaren gaat gelden waarbinnen de verdeling moet plaatsvinden.

In art. 4.17b Wet IB 2001 behoeft de waardeontwikkeling van de aandelen betrekking hebbend op het beleggingsvermogen tussen het moment van overlijden en de verdeling van de nalatenschap niet in de heffing te worden betrokken.⁷⁸ Dit uitgangspunt wens ik hier, uit doelmatigheidsoverwegingen, te behouden. In paragraaf 6.3.1.4.a heb ik betoogd dat dit ook zou moeten gelden waar het betreft de waardeontwikkeling van de aandelen tussen het moment van ontbinding van een huwelijksgemeenschap door overlijden en de verdeling van de huwelijksgemeenschap (art. 4.17 Wet IB 2001).

6.3.1.4.d *Doorschuiving bij overdracht krachtens schenking*

Onder de huidige wetgeving is voor een overdracht krachtens schenking in art. 4.17c Wet IB een doorschuiffaciliteit opgenomen. In mijn first-best voorstel is geen plaats voor deze doorschuiffaciliteit. In deze paragraaf staat de vraag centraal of ik in mijn second-best voorstel de doorschuiffaciliteit voor overdrachten krachtens schenking wil behouden. In paragraaf 4.2.4.5.b heb ik aangegeven een doorschuiffaciliteit bij schenking niet legitiem te vinden. Een schenking kan worden gepland. De schenker maakt bewust de keuze zijn ab te

78. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 7 en 44.

schenken. Het is naar mijn mening niet aan de overheid in dit proces in te grijpen. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn er daarentegen redenen om doorschuiving bij schenking toe te staan. Indien doorschuiffaciliteiten bij leven minder ruimte bieden dan bij overlijden kunnen belastingplichtigen worden aangespoord te wachten met de overdracht tot overlijden. Dit acht ik niet wenselijk. Indien wordt gekozen voor een doorschuiffaciliteit bij overlijden, mag een doorschuiffaciliteit bij schenking niet ontbreken. Door alleen een doorschuiffaciliteit bij schenking toe te staan wordt afgeweken van de doorschuifmogelijkheid die winstgenieters hebben bij een overdracht tijdens leven (art. 3.63 Wet IB 2001). In paragraaf 6.3.1.3.c heb ik aangegeven art. 3.63 Wet IB 2001 te willen behouden voor situaties waarbij de onderneming wordt geschonken dan wel wordt overgedragen tegen (gedeeltelijke) schuldiggerkenning. Voor overdrachten tegen schuldiggerkenning is in de ab-sfeer ook onder de huidige wetgeving geen doorschuifmogelijkheid opgenomen. De vraag doet zich dus voor of in mijn second-best voorstel een nieuwe doorschuifmogelijkheid moet worden gecreëerd voor ab-houders. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Mijn eerste beweegreden is dat mijn second-best voorstel moet worden gezien als overgangsfase naar mijn first-best voorstel. Ik acht het op grond daarvan niet aanvaardbaar in een second-best voorstel een nieuwe faciliteit te creëren, tenzij er zwaarwegende argumenten zijn.⁷⁹ In paragraaf 4.2.2.2 heb ik geoordeeld dat het verschil in behandeling tussen winstgenieters en ab-houders niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Een groot verschil tussen de winstsfeer en de ab-sfeer is dat in de winstsfeer het voordeel van de doorschuiffaciliteit in de jaren na doorschuiving wordt teruggenomen omdat de voortzetter over een lager bedrag afschrijft. Dit is destijds ook een aspect bij de aanvaardbaarheid van de doorschuifbepaling in de winstsfeer geweest.⁸⁰ Voor mij is dit een belangrijke overweging om in mijn second-best voorstel geen nieuwe doorschuifmogelijkheid te creëren indien een ab wordt overgedragen tegen schuldiggerkenning. Aan het liquiditeitsprobleem ter zake van de belastingclaim voor de ab-houder wordt nog wel tegemoetgekomen door de in art. 25, negende lid, IW 1990 opgenomen betalingsregeling indien tegen schuldiggerkenning wordt overgedragen. Deze invorderingsfaciliteit behoud ik in mijn second-best voorstel (zie paragraaf 6.3.1.6.b).

Uitgangspunt is dus de huidige doorschuiffaciliteit bij schenking te behouden. Wel moeten aanpassingen worden gedaan aan de faciliteit om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Als basis hiervoor geldt de in paragraaf 4.2.4.6 opgenomen tussenconclusie voor art. 4.17c Wet IB 2001. Ik kan hiervoor aansluiten bij mijn voorgestelde aanpassingen voor art. 4.17a Wet

79. In paragraaf 6.3.1.6.a heb ik ervoor gekozen in mijn second-best voorstel een invorderingsfaciliteit op te nemen voor de situatie waarin de ab-houder komt te overlijden. Deze faciliteit bestaat niet in de huidige wet. De reden dat ik wel kies voor een nieuwe invorderingsfaciliteit maar niet voor een nieuwe doorschuiffaciliteit is dat ik invorderingsfaciliteiten het meest geschikte fiscale instrument vind om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen.

80. MvA, Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, blz. 38.

IB 2001 (zie paragraaf 6.3.1.4.b). Ik volsta hier met de conclusies uit deze paragraaf.

De eis dat de vennootschap een materiële onderneming moet drijven vind ik doeltreffend. Deze eis moet blijven gelden. Ook acht ik het een juiste keuze van de wetgever alleen doorschuiving toe te staan voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. De doelmatigheidsmarge voor beleggingsvermogen moet komen te vervallen. Voorts heeft de wetgever nadere voorwaarden willen stellen aan de persoon van de overdrager. Dit is naar mijn mening niet juist indien het doel van de faciliteit in ogenschouw wordt genomen. De regering wenst met de doorschuiffaciliteit te bereiken dat de economische bedrijvigheid onbelemmerd kan worden voortgezet. Het gaat erom dat de continuïteit van de *onderneming* niet wordt bedreigd omdat middelen ter voldoening van de uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim uit de vennootschap zouden moeten worden gehaald. Vanuit deze doelstelling is de positie van de overdrager niet relevant. Wel moeten eisen worden gesteld aan de voortzetter.

De in art. 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 opgenomen werknemerseis kan vervallen. In paragraaf 4.2.4.5.d heb ik betoogd dat het beter is geen voorwaarde te stellen dan een voorwaarde die de facto toch niet werkt. Er worden in het geheel geen kwalitatieve en kwantitatieve vereisten aan het dienstverband gesteld. Daarnaast worden bij overlijden van de ab-houder ook geen voorwaarden gesteld. De regering beargumenteert dit door te stellen dat deze eis ook niet wordt gesteld in art. 3.62 Wet IB 2001 (overlijden in de winstfeer).⁸¹ In paragraaf 6.3.1.3.c heb ik overigens voorgesteld de eis ten aanzien van het samenwerkingsverband ook voor art. 3.63 Wet IB 2001 te laten vervallen. De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling aangegeven de eis voor art. 4.17c Wet IB 2001 ook in te voeren omdat daardoor gelijkheid ontstaat met art. 3.63 Wet IB 2001.⁸² Dit is tevens een argument om dan ook de werknemerseis te laten vervallen in art. 4.17c Wet IB 2001.

6.3.1.5 *Invorderingsfaciliteiten winstgenieters*

6.3.1.5.a *Invorderingsfaciliteit overlijdenswinst*

Onder mijn first-best voorstel heb ik de invorderingsfaciliteit bij overlijden van de winstgenieter behouden (art. 25, zeventiende lid, IW 1990). Ik heb wel aanpassingen gedaan aan de faciliteit om tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. Ik neem dit voorstel hier integraal over. Ook onder mijn second-best voorstel acht ik overheidsingrijpen alleen legitiem indien sprake is van marktfalen, dan wel indien sprake is van verstoringen als gevolg van bestaand overheidshandelen. De in mijn first-best voorstel doorgevoerde wijzigingen moeten hier dan ook worden overgenomen.

81. MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 6.

82. Nadere MvA, Kamerstukken I 2009/10, 31 930, nr. F, blz. 11.

6.3.1.5.b *Invorderingsfaciliteit bij schuldiggerkenning van de koopsom*

Ten aanzien van de invorderingsfaciliteit bij schuldiggerkenning geldt eveneens dat (art. 25, achttiende lid, IW 1990) deze in mijn second-best voorstel, na doorvoering van een aantal aanpassingen, behouden kan blijven. Dit voorstel wordt hier integraal overgenomen.

Hoogeveen⁸³ oppert dat het verdedigbaar is de faciliteit ook open te stellen voor giften: *'Voor zover sprake is van een gift zou echter ook verdedigd kunnen worden dat de overdrager de financiering van de 'koopsom' volledig voor zijn rekening neemt.'* Deze suggestie heb ik tot dusverre niet besproken. In paragraaf 6.2.1.1 heb ik aangegeven in mijn first-best voorstel geen faciliteiten voor schenkingen te willen verlenen. Ook in mijn second-best voorstel zie ik voor deze suggestie geen plaats. In mijn second-best voorstel is het mogelijk om bij schenking gebruik te maken van een doorschuifmogelijkheid (zie paragraaf 6.3.1.3.c). Ook voor ab-houders geldt een doorschuifmogelijkheid bij schenking en een invorderingsfaciliteit indien het ab wordt overgedragen tegen schuldiggerkenning.⁸⁴ In een second-best voorstel behoren naar mijn mening geen nieuwe faciliteiten te worden opgenomen, tenzij daar zwaarwegende argumenten voor zijn. Ik heb daar wel voor gekozen waar het betreft het overlijden van de ab-houder (zie paragraaf 6.3.1.6.a). Ook vind ik het argument van Hoogeveen dat de overdrager de koopsom volledig voor zijn rekening neemt niet steekhoudend. Er is in deze situatie nu eenmaal geen sprake van een overdracht tegen schuldiggerkenning.

6.3.1.6 *Invorderingsfaciliteiten ab-houders*

6.3.1.6.a *Invorderingsfaciliteit bij overlijden ab-houder*

Onder de huidige wetgeving is voor de situatie waarin een ab-houder komt te overlijden geen invorderingsfaciliteit ter zake van de ab-claim opgenomen. Wel kunnen de in 4.17a en 4.17b Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteiten worden toegepast. Deze doorschuiffaciliteiten heb ik in mijn first-best voorstel niet opgenomen. Daarvoor in de plaats heb ik een invorderingsfaciliteit voor het overlijden van de ab-houder gecreëerd (zie paragraaf 6.2.1.4.a). In mijn second-best voorstel heb ik de hiervoor genoemde doorschuiffaciliteiten, met de nodige aanpassingen, behouden. De vraag is of daarnaast een invorderingsfaciliteit in de wet zou moeten worden opgenomen. In principe heeft het niet mijn voorkeur om in een second-best voorstel, bedoeld als overgangsfase, een nieuwe faciliteit op te nemen. Ik maak een uitzondering als er zwaarwegende argumenten zijn. Ik acht het hier verdedigbaar in mijn second-best voorstel voor het overlijden van de ab-houder een invorderingsfaciliteit te creëren. Invorderingsfaciliteiten vormen bij uitstek het juiste instrument om liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen. Het voorstel

83. Hoogeveen (2011), blz. 102.

84. Tot 1 januari 2010 gold de invorderingsfaciliteit nog wel voor schenkingen, maar deze mogelijkheid is geschrapt toen art. 4.17c Wet IB 2001 met ingang van 1 januari 2010 van kracht werd.

uit paragraaf 6.2.1.4.a neem ik integraal over omdat een invorderingsfaciliteit, mits juist vormgegeven, mijn voorkeur heeft. Belastingplichtigen zullen, als gevolg van de geldende voorwaarden, van de invorderingsfaciliteit alleen gebruikmaken indien zij de faciliteit echt nodig hebben.

6.3.1.6.b Invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom

Onder mijn first-best voorstel heb ik de invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning (art. 25, negende lid, IW 1990) behouden. Ik heb wel aanpassingen gedaan aan de faciliteit om tot een verbetering van de toetsingsresultaten te komen. Ik neem dit voorstel hier ongewijzigd over.

6.3.1.6.c Invorderingsfaciliteit bij overdracht indirect ab

De in de wet opgenomen invorderingsfaciliteit (art. 25, elfde lid, IW 1990) bij overdracht van een indirect ab tegen een tegenprestatie lager dan de waarde in het economische verkeer (hierna schenking genoemd) heb ik in mijn first-best voorstel niet overgenomen. Naar mijn mening is het niet aan de overheid voor schenkingen een dergelijke faciliteit te bieden (zie uitgebreider paragraaf 6.2.1.1).

In mijn second-best voorstel doe ik aanpassingen teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. In paragraaf 6.3.1.4.d heb ik beargumenteerd dat ik vanuit neutraliteitsoogpunt de in art. 4.17c Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteit bij schenking van een direct ab in mijn second-best voorstel wens te behouden. Deze keuze vormt voor mij, tevens vanuit neutraliteitsoogpunt, een argument om de invorderingsfaciliteit bij schenking van een indirect ab ook te behouden, temeer omdat het meer voor de hand ligt een ab in de werkmaatschappij te schenken dan een ab in de holdingvennootschap. Indien een indirect ab wordt geschonken, leidt dit voor de ab-houder tot een dividenduitkering in box 2. Het bedrag van de dividenduitkering wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer verminderd met de tegenprestatie. Voor dit bedrag kan uitstel van betaling worden verkregen. Aan de faciliteit moeten wel aanvullende voorwaarden worden gesteld. Hiervoor sluit ik grotendeels aan bij de in vorige paragrafen aanbevolen invorderingsfaciliteiten. Ook hier geldt dat het gebruik van de faciliteit moet worden beperkt tot die situaties waarbij er onvoldoende middelen zijn om de belasting te voldoen. Een vermogenstoets wijs ik hier op dezelfde gronden af als ik ook voor de andere in dit onderzoek relevante invorderingsfaciliteiten heb gedaan. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar het rentedragend maken van de invorderingsfaciliteit. Zie voor het voorgaande uitgebreider paragraaf 6.2.1.3.a.

Verder ben ik van mening dat de doeltreffendheid, zie ook paragraaf 6.2.1.4.a, wordt verbeterd indien alleen een beroep kan worden gedaan op de invorderingsfaciliteit voor zover de waarde van de aandelen toerekenbaar is aan ondernemingsvermogen. Voor het beleggingsvermogen geldt dat dit vermogen in principe vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de ab-claim te

voldoen zonder de continuïteit in gevaar te brengen. Het begrip ondernemingsvermogen kan worden overgenomen uit art. 4.17a, zesde lid, Wet IB 2001 (zie uitgebreid paragraaf 4.2.4.3.d), met uitzondering van de beleggingsmarge (zie voor de motivering paragraaf 6.2.1.4.a). Het voorgaande heeft tot gevolg dat de aan het slot van de tweede volzin van art. 25, elfde lid, IW 1990 genoemde voorwaarde dat de bezittingen van de vennootschap waarop het ab betrekking heeft niet in belangrijke mate onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen kan vervallen. In paragraaf 4.3.4.5 is aangegeven dat deze voorwaarde in essentie doeltreffend is, maar dat het probleem is dat de gekozen grens arbitrair is.

Verder geldt dat in art. 25, elfde lid, IW 1990 geen duidelijke keuze wordt gemaakt ten aanzien van de vraag hoe het bedrag waarvoor uitstel wordt gekregen moet worden verminderd. Allereerst moet de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen worden voldaan (aansluiting doorschuiffaciliteit winst-sfeer) maar daarnaast wordt het uitstel nog verminderd indien de begiftigde aandelen of winstbewijzen welke aan het uitstel ten grondslag liggen vervreemdt of wanneer daaruit reguliere voordelen van substantiële omvang worden genoten.

De laatste beëindigingsgrond wil ik laten vervallen, zoals ik heb voorgesteld voor art. 25, negende lid, IW 1990. Ik vind het niet juist het uitstel van de overdrager afhankelijk te laten zijn van de door overnemer genoten reguliere voordelen (zie paragraaf 6.2.1.4.b).

Dat het uitstel moet worden beëindigd indien de verkrijger de aandelen of winstbewijzen vervreemdt die aan het uitstel ten grondslag liggen (art. 3a, vierde lid, onderdeel a, Uitv.reg. IW 1990), acht ik niet logisch. Bij een overdracht tegen schuldigerkenning is dat anders omdat de voortzetter geacht kan worden de schuld aan de oorspronkelijke overdrager af te lossen. Met dat geld kan de overdrager zijn belastingschuld betalen. Bij schenking is dit niet aan de orde. Ondanks het verschil tussen beide vormen van overdracht ben ik er voorstander van om ook hier het uitstel te verminderen als sprake is van een vervreemding van de aandelen of winstbewijzen. Ik zie geen aanleiding een schenking van ab-aandelen gunstiger te behandelen dan een overdracht tegen schuldigerkenning.

De voorwaarde dat de belasting in tien gelijke jaarlijkse termijnen moet worden voldaan is naar mijn mening niet goed te beargumenteren. Er is aangesloten bij art. 25, negende lid, IW 1990 (overdracht tegen schuldigerkenning). Voor deze overdracht tegen schuldigerkenning heb ik aangegeven aan te willen sluiten bij art. 25, achttiende lid, IW 1990. De duur van het uitstel wordt daar gekoppeld aan de overeengekomen aflossingsperiode maar bedraagt maximaal tien jaren. Het uitstel wordt op grond van art. 25, negentiende lid, IW 1990 evenredig beëindigd. Indien versneld wordt afgelost, heeft dit gevolgen voor het uitstel (art. 25, negentiende lid, tweede volzin, onderdeel d, IW 1990). Het voorgaande is hier niet bruikbaar. Er is immers geen aflossings-schema om bij aan te sluiten. Ik stel verder nergens een uitstelregeling voor waarbij in tien gelijke jaarlijkse termijnen moet worden afgelost. Het heeft dan mijn voorkeur aan te sluiten bij art. 25, zeventiende lid, IW 1990 (overlijden

winstgenieter). Naar mijn mening moet zoveel mogelijk getracht worden uniformiteit te bereiken tussen de voorwaarden in de verschillende bepalingen. Het uitstel eindigt in art. 25, zeventiende lid, IW 1990 uiterlijk op de dag waarop sedert de vervalddag van de voor de belastingaanslag geldende enige of laatste betalingstermijn tien jaren zijn verstreken (art. 5a, Uitv.reg. IW 1990). Een schenking loopt vooruit op het overlijden. Indien de faciliteit rentedragend wordt gemaakt (marktconform) is er geen aanleiding te veronderstellen dat belastingplichtigen gebruikmaken van de faciliteit indien dat niet nodig is.

6.3.2 *Faciliteiten schenk- en erfbelasting*

6.3.2.1 *Inleiding*

In paragraaf 6.2.2 heb ik een first-best voorstel gedaan waarin geen plaats (meer) is voor een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting voortvloeiende uit de verkrijging van ondernemingsvermogen. Het overheidsingrijpen moet worden beperkt tot een invorderingsfaciliteit. Ook is in mijn first-best voorstel geen invorderingsfaciliteit opgenomen voor de schenking van ondernemingsvermogen. Voor mijn second-best voorstel geldt dat het uitgangspunt is de huidige faciliteiten te behouden, tenzij de toetsing in hoofdstuk 5 aanleiding geeft tot het laten vervallen van een faciliteit.

In paragraaf 6.3.2.2 wordt ingegaan op de vraag of het aanvaardbaar is in het second-best voorstel nog een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit op te nemen. En zo ja, welke aanpassingen moeten worden gedaan aan de huidige faciliteit om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten.

Dit geldt in overeenkomstige zin voor de in art. 25, twaalfde, IW 1990 opgenomen invorderingsfaciliteit (paragraaf 6.3.2.3). In paragraaf 6.3.2.4 wordt ingegaan op de vraag of een faciliteit moet worden toegekend aan de verkrijger van een onderbedelingsvordering en zo ja, wat voor soort faciliteit.

6.3.2.2 *Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit voortzetter*

De verkrijging van een onderneming⁸⁵ als gevolg van overlijden dan wel schenking wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast met erf- dan wel schenkbelasting. Onder de huidige wet geldt een bedrijfsopvolgingsfaciliteit waarbij, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit ten aanzien van het ondernemingsvermogen kan worden toegepast. Op grond van de faciliteit wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld. Voor het surplus kan een vrijstelling worden verkregen van 83%. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan op grond van art. 25, twaalfde lid, IW 1990 rentedragend uitstel van betaling worden

85. Waar hierna wordt gesproken over onderneming wordt daarmee zowel een IB-onderneming als ab-aandelen bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.

gekregen. Voorts geldt nog een voorwaardelijke vrijstelling voor een eventueel verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern.

In mijn first-best voorstel is geen voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit meer opgenomen. De vraag die hier aan de orde moet komen is of het aanvaardbaar is dit nog te doen in het second-best voorstel. In paragraaf 5.3.2 was mijn conclusie dat overheidsingrijpen legitiem kan zijn. Belastingplichtigen kunnen als gevolg van de belastingheffing met liquiditeitsproblemen worden geconfronteerd. De continuïteit van de onderneming kan worden bedreigd indien de middelen ter voldoening van de belasting uit de onderneming moeten worden gehaald. Een vrijstellingsfaciliteit komt aan deze liquiditeitsproblemen tegemoet, maar gaat veel verder dan noodzakelijk. In dat opzicht is de faciliteit niet doelmatig. De huidige voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit die gericht is op de waarde going concern acht ik bij het huidige vrijstellingspercentage (100% tot € 1.028.132 en daarboven 83%) buitenproportioneel. Ook acht ik dit deel van de vrijstelling in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het draagkrachtbeginsel (zie paragraaf 5.3.3). Daarnaast werkt de vrijstellingsfaciliteit verstoring. Het is aannemelijk dat belastingplichtigen een onderneming op een ander moment overdragen dan zij zouden doen zonder faciliteit. Ook zullen belastingplichtigen trachten niet-ondernemingsvermogen te transformeren in ondernemingsvermogen. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het feit dat de erflater/schenker zal trachten de faciliteit zo goed mogelijk te benutten. Zo kan de keuze voor de bedrijfsopvolger worden beïnvloed door de faciliteit. Naarmate de voorwaardelijke vrijstelling hoger is, zullen de verstoringen alleen maar groter zijn. De vrijstellingsfaciliteit moet in ieder geval beduidend minder royaal worden en ook moeten er andere aanpassingen aan de faciliteit worden gedaan om te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten.

Indien de faciliteit wordt vormgegeven als vrijstellingsfaciliteit, vormt dit voor mij een argument de faciliteit in een second-best voorstel ook te laten gelden voor schenkingen. Als geen schenkingsfaciliteit zou worden opgenomen, is de kans groter dat belastingplichtigen wachten met de overdracht tot het moment van overlijden. De toetsing aan legitimiteit biedt hiervoor geen ruimte, maar aangezien een schenkingsfaciliteit vanuit neutraliteitsoogpunt wel aanvaardbaar is acht ik het verdedigbaar om in een second-best voorstel wel een schenkingsfaciliteit op te nemen.

Als basis voor de aanpassingen aan het huidige systeem geldt de in paragraaf 5.3.7 opgenomen tussenconclusie.

Ik acht het allereerst geboden dat de faciliteit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Ten aanzien van de voorwaardelijke vrijstelling die is gericht op het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern heb ik geconcludeerd dat deze niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel onder de voorwaarde dat er een voortzettingsvereiste geldt (zie paragraaf 5.3.3.3.b en 5.3.3.4.b). Deze vrijstelling kan behouden blijven. Op grond van art. 35e SW 1956 geldt nu een voortzettingsvereiste van vijf jaren. Deze termijn is wat mij betreft het minimum. Ik acht een termijn van vijf jaren in ieder geval een belemmering om de liquidatiewaarde op korte termijn te realiseren. De termijn

zou maximaal tien jaren moeten bedragen (zie ook hierna bij het voorstel voor art. 35e SW 1956). Hierbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat een voortzettingsvereiste verstrend werkt. Het gedrag van de belastingplichtige wordt immers beïnvloed door het voortzettingsvereiste. Indien de verkrijger bijvoorbeeld de onderneming na drie jaren zou kunnen verkopen aan iemand die de onderneming efficiënter kan voortzetten, leidt dit tot een verstoring. Dit vormt echter voor mij geen reden om het voortzettingsvereiste te versoepelen.

De andere voorwaardelijke vrijstelling voor de waarde going concern (100% van het ondernemingsvermogen tot € 1.028.132 en daarboven 83%) acht ik wel in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Tot deze conclusie kwam ik zowel indien als uitgangspunt wordt gekozen dat verkrijgers van ondernemingsvermogen en verkrijgers van niet-ondernemingsvermogen als gelijke gevallen hebben te gelden (paragraaf 5.3.3.3.c), als wanneer zij als ongelijke gevallen worden gezien (paragraaf 5.3.3.4.c).

Allereerst stel ik voor om qua systematiek weer terug te keren naar de situatie van vóór 1 januari 2010.⁸⁶ Zo moet de voorwaardelijke vrijstelling betrekking hebbend op 100% van het ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 komen te vervallen. Dit middel is niet meer proportioneel gezien het doel van de faciliteit. Ook maakt dit deel van de vrijstelling de regeling te ingewikkeld. Tevens wordt voorkomen dat een belastingplichtige door het drijven van meer ondernemingen, dan wel het houden van meer directe belangen in een kapitaalvennootschap meer malen deze vrijstelling kan benutten. Vervolgens is het de vraag hoe hoog het voorwaardelijke vrijstellingspercentage zou mogen worden zonder dat geconcludeerd moet worden dat sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. In paragraaf 5.3.3.3.b heb ik betoogd dat indien dit percentage meer zou bedragen dan 50 strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel steeds aannemelijker wordt. Hiervoor sluit ik aan bij de parlementaire behandeling: '(...) Hoe ruim de faciliteit in dit kader mag zijn, valt niet exact te bepalen, ook al omdat het een generieke faciliteit is en de ondernemingen waarop zij van toepassing zal zijn, verschillend van aard zijn. Desalniettemin hebben wij de indruk dat, zoals ook elders in deze nota is aangegeven, de liquiditeitsproblemen die ten gevolge van de heffing van successie- of schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging kunnen ontstaan met deze verhoging in voldoende mate zijn weggenomen. Een verdere verhoging of zelfs een volledige vrijstelling zou, nog afgezien van andere ongewenste neveneffecten, naar ons oordeel over zijn doel heen schieten. Dan zou inderdaad de vraag of er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel, terecht gesteld kunnen worden. (...)'⁸⁷ Ook de RvS heeft aangegeven dat bij de verhoging van het vrijstellingspercentage van 50 naar 75 de grens is overschreden waar het betreft de doelstelling van de faciliteit.⁸⁸ Rechtbank Breda overweegt het volgende: '(...) Daarnaast kent de faciliteit geen maximum. In situaties dat de heffing van successierecht feitelijk geen belemmering is voor voortzetting van de onderneming, wordt de verkrijger bevoordeeld boven verkrijgers van andere

86. Zie ook Heithuis (2010c).

87. NnavV, Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14, blz. 38.

88. Advies RvS, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 4, blz. 3.

vermogensbestanddelen. Dat is rechtens acceptabel tenzij deze bevoordeling van redelijke grond ontbloomt is. Bij een vrijstelling van 25% of 30% zoals gold tot 2005 kan die redelijkheid nog worden aangenomen (...).' (Rechtbank Breda 13 juli 2012, nr. 11/05509, NTFR 2012/1997). Ik sluit me aan bij deze visie, maar onderken dat de keuze voor een vrijstellingspercentage gezien het generieke karakter van de faciliteit altijd arbitrair is. Uiteindelijk is dit een keuze die tot stand moet komen in het democratisch proces.

De voorwaardelijke vrijstelling moet alleen worden verleend indien sprake is van ondernemingsvermogen. Er is geen reden om voor beleggingsvermogen een faciliteit te verlenen. Voor het beleggingsvermogen geldt dat dit vermogen in principe vrij beschikbaar is of kan worden gemaakt om de belasting te voldoen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. Voor de definitie van ondernemingsvermogen kan art. 35c SW 1956 als basis dienen. De onderdelen a en b van het eerste lid kunnen in de huidige vorm behouden blijven. Op grond van deze leden wordt als ondernemingsvermogen aangemerkt een (gedeelte van een) onderneming op grond van art. 3.2 Wet IB 2001 en een (gedeelte van een) medegerechtigdheid op grond van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Verder moet buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen te allen tijde kwalificeren voor de faciliteit. Ook ten aanzien van vermogensbestanddelen die onder art. 3.92 Wet IB 2010 vallen is voorgesteld dat deze moeten kunnen kwalificeren indien deze op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen zouden kunnen worden gerekend. De op grond van art. 7, eerste lid, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting opgenomen beperking dat alleen buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken kwalificeren kan dan vervallen. Ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid moet de eis gelden dat de voortzetter na de overdracht kwalificeert als beherend vennoot of hij moet enig aandeelhouder zijn van een vennootschap die beherend vennoot is. Pas dan kan de voortzetter als ondernemer worden gezien.

De in art. 35c, eerste lid, onderdeel c, SW 1956 opgenomen voorwaarden ten aanzien van de verkrijging van een belang in een kapitaalvennootschap moeten anders worden ingekleed. De voorwaarde dat het lichaam waarop het belang betrekking heeft een materiële onderneming drijft of een medegerechtigdheid houdt, moet behouden blijven.

Als ondernemingsvermogen moet slechts worden aangemerkt de waarde van de vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, zonder rekening te houden met een beleggingsmarge. In paragraaf 5.3.6 is geconcludeerd dat een beleggingsmarge van 5% van de waarde in het economische verkeer van het ondernemingsvermogen doelmatig is indien op het eerste gezicht duidelijk is dat weinig beleggingsvermogen aanwezig is. Dit weegt evenwel niet op tegen de kosten voor de overheid naarmate het ondernemingsvermogen toeneemt en dus ook het bedrag aan beleggingsvermogen dat op grond van de doelmatigheidsmarge als ondernemingsvermogen gaat kwalificeren.

In paragraaf 5.3.5.4.a heb ik aangegeven het type belang van de overdrager in principe niet relevant te vinden. Vanuit de doelstelling van de bepaling is het uitsluitend van belang of de continuïteit van de onderneming als gevolg van de belastingbetaling wordt bedreigd. Het is de verkrijger die de belasting is verschuldigd. Het gaat erom of de verkrijger bij machte is de middelen aan de vennootschap te onttrekken. Ik acht dit onuitvoerbaar. Als aangrijpingspunt voor de erflater/schenker meen ik dan toch te moeten aansluiten bij het in afdeling 4.3 Wet IB 2001 geldende ab-regime. In de regel gaat het dan toch om belangen van ten minste 5%. Helemaal zuiver is het niet, maar ik acht het geen juiste keuze ook box 3-belangen te laten delen in de faciliteit. Naarmate het belang in de vennootschap groter wordt, is het steeds aannemelijker dat een bepaalde invloed binnen de vennootschap kan worden uitgeoefend. Dit is mijn motivatie om als ondernemingsvermogen te laten kwalificeren vermogensbestanddelen die op grond van afdeling 4.3 Wet IB 2001 tot een ab behoren. Er hoeven geen nadere eisen aan het type ab van de overdrager te worden gesteld. Aldus kan de uitsluiting van het meetrek ab vervallen. Dit geldt dan tevens voor de beperking die geldt voor tot box 2 behorende preferente aandelen van de overdrager. De in art. 35c, vierde lid, onderdelen a-c, SW 1956 opgenomen omzettingseis kan derhalve vervallen.⁸⁹ Ook de voorwaarde in art. 35c, derde lid, SW 1956 dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet IB 2001 kan vervallen.

Wel heb ik in paragraaf 5.3.5.4.a aangegeven dat ik het door de regering ingenomen standpunt onderschrijf dat alleen reële bedrijfsoverdrachten moeten worden gefaciliteerd.⁹⁰ Ik vind dan ook dat bij een vrijstellingsfaciliteit nadere eisen moeten worden gesteld aan de verkrijger.⁹¹ Een bepaalde betrokkenheid bij de onderneming is naar mijn mening nodig om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken. Voor de toepassing van de doorschuif-faciliteit heb ik aangegeven dat de voortzetter na de overdracht ten minste 5% van de gewone aandelen moet bezitten. Zie hiervoor en een toelichting op wat wel en wat niet onder het begrip 'gewone aandelen' valt paragraaf 6.3.1.4.b (doorschuiving ab bij overgang krachtens erfrecht). Ik acht het 5%-criterium evenwel te laag indien het een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit betreft. In paragraaf 3.3.3 heb ik beargumenteerd dat een ab-houder minimaal 20% van de aandelen moet bezitten om gezien te kunnen worden als ondernemer. Stubbé⁹² pleit er in dit kader voor de eis te stellen dat de verkrijger een belang van een derde in het kapitaal van een vennootschap moet bezitten alvorens deze recht heeft op toepassing van de faciliteit. Het vaststellen van een percentage is altijd arbitrair. Dit laat ik aan de wetgever over, maar het belang zal naar mijn mening beduidend hoger moeten zijn dan 5%. Naar mijn mening

89. En daarmee ook art. 8 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting.

90. Zie ook Hoogeveen (2012), paragraaf 5. Zij benadert dit evenwel niet afzonderlijk voor de overdrager en overnemer.

91. Dit is naar mijn mening niet nodig indien de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alleen bestaat uit een rentedragende invorderingsfaciliteit (zie paragraaf 6.2.2.2.a).

92. Stubbé (2008).

gedacht moeten worden aan een percentage van minimaal 20. Overigens leidt een hoger percentage er ook toe dat partijen minder snel geneigd zullen zijn aandelen toe te laten komen aan een persoon die verder niet betrokken is bij de onderneming. Deze verstoring wordt dan aanzienlijk verminderd.

Voor indirecte belangen is in art. 35c, vijfde lid, SW 1956 geregeld dat indien de erflater of schenker in een lichaam een indirect belang hield als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 de bezittingen en schulden van dat lichaam mogen worden toegerekend aan het lichaam waarin de erflater of schenker een direct ab had. Deze toerekening geldt met inachtneming van het gehouden belang. De toets of sprake is van ondernemings-, dan wel beleggingsvermogen (en de 5%-marge) vindt plaats op het niveau van de holding.⁹³ Deze bepaling kan behouden blijven maar er moet wel gelden dat de erflater of schenker indirect een belang heeft van een bepaald percentage van de gewone aandelen. Dit percentage moet gelijk zijn aan het percentage dat geldt voor directe belangen (aldus minimaal 20%).

Voorts geldt op basis van de wettekst dat ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001 als ondernemingsvermogen worden aangemerkt (zie art. 35c, eerste lid, onderdeel d, SW 1956). De huidige beperking tot onroerende zaken moet naar mijn mening vervallen. Alle ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen die op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 tot het ondernemingsvermogen zouden kunnen worden gerekend, moeten kunnen kwalificeren voor de faciliteit (zie paragraaf 5.3.5.6).

In art. 35d SW 1956 is een bezitseys gesteld voor de erflater/schenker voor hoe lang de kwalificerende vermogensbestanddelen in zijn bezit moeten zijn geweest. De keuze ten aanzien van een termijn is altijd arbitrair. Een termijn van één jaar voor de erflater acht ik aanvaardbaar. De termijn van vijf jaren voor schenkingen acht ik redelijk. Een langere termijn bij schenking dan bij overlijden is gerechtvaardigd omdat een schenking op elk moment tot stand kan worden gebracht. Een schenking kan worden gepland. Het is derhalve redelijk een langere bezitseys te stellen voor schenkingen dan voor overlijdenssituaties.

Het in art. 35e SW 1956 opgenomen voortzettingsvereiste moet behouden blijven. De termijn in art. 35f SW 1956 moet hierop aansluiten (zie paragraaf 5.2 onder kopje *Art. 35f SW 1956*). Ik heb ten aanzien van de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit betrekking hebbend op het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern aangegeven dat de voortzettingstermijn minimaal vijf jaren moet bedragen.⁹⁴ Indien uiteindelijk een vrijstelling kan worden verkregen, is het niet meer dan billijk van de verkrijger te eisen dat de onderneming gedurende een redelijke termijn wordt voortgezet. Op zich zou

93. NvW, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 10, blz. 22.

94. In Duitsland geldt naast een voortzettingsvereiste nog een eis ten aanzien van de loonsom (NnavV, 31 930, nr. 9, blz. 19). Ik ben het eens met de regering dat het niet wenselijk is dat de faciliteit wordt teruggenomen indien bijvoorbeeld de loonsom is afgenomen als gevolg van het ontslaan van werknemers door economische tegenslagen.

nu bij deze vrijstelling wordt gekozen voor een lager vrijstellingspercentage een kortere voortzettingsperiode kunnen gelden. Het versturende effect van de vrijstelling wordt immers kleiner.

Toch acht ik het niet wenselijk af te wijken van het voortzettingsvereiste zoals dat geldt voor het verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern. Het kiezen van een termijn is altijd arbitrair. De termijn van vijf jaren is naar mijn mening het minimum gezien het belang van de faciliteit. Hierbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat een voortzettingsvereiste versturend werkt. Het gedrag van de belastingplichtige wordt immers beïnvloed door het voortzettingsvereiste. Toch kan een voortzettingsvereiste bij een dergelijke vrijstellingsfaciliteit niet ontbreken. Daarom heb ik de voorkeur voor een verplichte voortzettingstermijn van maximaal tien jaren. Zo ook De Wijkersloot-Lhoëst⁹⁵ die in dat kader nog verwijst naar een in haar ogen vergelijkbare faciliteit voor als landgoed kwalificerende onroerende zaken (art. 7 NSW 1928). Daar geldt een termijn van 25 jaren. Naar mijn mening betreft dit evenwel geen vergelijkbare faciliteit. Het aanhouden van een landgoed in de zin van de NSW 1928 is immers niet te vergelijken met het voortzetten van een onderneming. Ook acht ik een termijn van 25 jaren onredelijk lang. Dit werkt te versturend.

6.3.2.3 Invorderingsfaciliteit voor de voortzetter

In de vorige paragraaf heb ik ten aanzien van de voorwaardelijke vrijstelling voor de waarde going concern aangegeven terug te willen keren naar de situatie van vóór 1 januari 2010. De voorwaardelijke vrijstelling die gericht is op 100% van het ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 moet komen te vervallen. Naar mijn mening wordt strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel steeds aannemelijker indien het percentage hoger wordt dan 50. Mijn voorkeur gaat uit naar een lager percentage maar ik onderken dat de keuze voor een vrijstellingspercentage, gezien het generieke karakter van de faciliteit, altijd arbitrair is. Uiteindelijk is dit een keuze die tot stand moet komen in het democratisch proces. Voor de belasting betrekking hebbend op de verkrijging van ondernemingsvermogen dat na toepassing van het vrijstellingspercentage niet wordt vrijgesteld kan, zoals gebeurt op grond van het huidige art. 25, twaalfde lid, IW 1990, uitstel van betaling worden gegeven. Zoals ook voorgesteld voor de andere invorderingsfaciliteiten moet de faciliteit in ieder geval (marktconform) rentedragend worden gemaakt (zie uitgebreider paragraaf 6.2.1.3.a). Het gebruik van de faciliteit wordt dan afgeremd tot die situaties waarin de faciliteit echt nodig is. De in art. 25, twaalfde lid, IW 1990 opgenomen beëindigingsgronden kunnen ongewijzigd worden overgenomen.

95. De Wijkersloot-Lhoëst (2009).

6.3.2.4 Faciliteit voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering

In mijn first-best voorstel is in het geheel geen plaats meer voor een vrijstellingsfaciliteit. Onder de huidige wet heeft de wetgever aan de verkrijger van een onderbedelingsvordering alleen een invorderingsfaciliteit willen verlenen (art. 25, dertiende lid, IW 1990). In paragraaf 6.2.3.2.b heb ik aangegeven deze invorderingsfaciliteit in mijn first-best voorstel te willen behouden. In mijn second-best voorstel besteed ik eerst aandacht aan de vraag of verkrijgers van een onderbedelingsvordering in aanmerking zouden moeten komen voor een vrijstellingsfaciliteit.

Vanaf 1 januari 1997 geldt voor het eerst een kwijtscheldingsfaciliteit (zie ook paragraaf 5.3.3.3.c). De verkrijging van een onderbedelingsvordering werd niet als ondernemingsvermogen gezien:⁹⁶ *'Dit betekent dat geen kwijtschelding wordt verleend van rechten die kunnen worden toegerekend aan een verkregen vordering op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen. Er bestaat immers geen aanleiding om kwijtschelding van recht te verlenen aan iemand die uit de nalatenschap uiteindelijk slechts een bedrag aan geld ontvangt.'*⁹⁷ Dit standpunt heeft de regering tot op heden niet verlaten.

In het rapport van de werkgroep-Moltmaker⁹⁸ is het standpunt verwoord de verkrijgers gelijk te behandelen: *'De faciliteiten worden daarom slechts afhankelijk gesteld van twee objectieve criteria: in de nalatenschap bevindt zich een onderneming en die onderneming wordt voortgezet. De faciliteiten in hun totaliteit hebben het karakter van waardereducties. Het maakt niet uit hoe de huwelijksgemeenschap dan wel de nalatenschap wordt verdeeld. Voorwaarde is, dat de voortzetter tot het ondernemingsvermogen is gerechtigd geworden krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht, dan wel behoort tot de verkrijgers wier verkrijging geheel of gedeeltelijk de tegenwaarde vormt van de waarde van het ondernemingsvermogen. De hier bedoelde verkrijgers profiteren allen van de faciliteiten naar de mate waarin de waarde van het ondernemingsvermogen in hun verkrijging wordt weerspiegeld.'* Ook Van Rijn⁹⁹ is voorstander van het toekennen van een kwijtscheldingsfaciliteit aan de niet-voortzetter. Zo heeft de faciliteit, aldus Van Rijn, geen invloed op de verdeling van de nalatenschap¹⁰⁰ en wordt met de rechtsgelijkheid tussen de verkrijgers rekening gehouden. Het eerste argument vind ik hier minder belangrijk. Waar is gekozen uit te gaan van belastingheffing bij de verkrijger, is het naar mijn mening billijk om met de

96. Dit werd nog wel aangenomen voor de tot 1 januari 1997 geldende uitstelregelingen. Zie ook Pijpers (2012), blz. 12.

97. MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 688, nr. 3, blz. 21.

98. Werkgroep modernisering successiewetgeving (2000), paragraaf 4.3.2. De werkgroep heeft het bestaan van de faciliteiten als gegeven beschouwd en heeft alleen getracht daaraan een betere vorm te geven, aldus Moltmaker (2009).

99. Van Rijn (2000).

100. Zie ook Van Vijfeijken (2001). Een bepaling zoals het voormalige art. 53a SW (nu art. 35f SW 1956) is in strijd met de uitgangspunten van de Successiewet. Met de verdeling van de nalatenschap behoort geen rekening te worden gehouden.

verdeling van de nalatenschap rekening te houden. Moltmaker¹⁰¹ noemt dit een dubbele ongelijkheid, omdat allereerst een onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen. Vervolgens is ook nog belangrijk wie dat ondernemingsvermogen verkrijgt. Hier wringt de schoen. Moltmaker stelt de verkrijging van ondernemingsvermogen gelijk met de verkrijging van een vordering waarvan de waarde geheel afhankelijk is van dat vermogen.¹⁰² Daar zijn kanttekeningen bij te plaatsen. De waarde is wellicht wel afhankelijk van dat vermogen, maar het gaat mij te ver om die vordering op één lijn te stellen met ondernemingsvermogen. De vordering levert geen direct belang op voor de onderneming. Dit is naar mijn mening anders voor de in art. 35c SW 1956, eerste lid, onderdelen a en b, genoemde situaties. In die gevallen wordt een onderneming gedreven of een medegerechtigdheid gehouden. Dit geldt ook indien de onderneming in een kapitaalvennootschap wordt gedreven en een belastingplichtige in die kapitaalvennootschap direct of indirect een aanmerkelijk belang heeft.

Ook Stevens¹⁰³ is van mening dat onderbedelingsvorderingen op verkrijgers van ondernemingsvermogen moeten delen in de voorwaardelijke vrijstelling. Bij de verkrijger van het ondernemingsvermogen moet de overbedelingschuld in mindering worden gebracht op de verkrijging van het ondernemingsvermogen. Hij trekt hier de parallel met de situatie waarbij de niet-ondernemende echtgenoot komt te overlijden en waarbij echtgenoten zijn gehuwd onder huwelijkse voorwaarden met daarin opgenomen een finaal verrekenbeding.¹⁰⁴ In deze situatie behoort tot de nalatenschap van de erflater een vordering op de langstlevende echtgenoot ter grootte van de helft van de onderneming. Deze vordering kwalificeert op grond van art. 35c SW 1956 niet als ondernemingsvermogen. De langstlevende echtgenoot kan aldus op grond van de wettekst niet de bedrijfsopvolgingsfaciliteit toepassen. De staatssecretaris vindt dit ongewenst. Hij vergelijkt deze situatie met de situatie als waren de echtgenoten gehuwd in gemeenschap van goederen. Derhalve heeft hij goedgekeurd dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van toepassing is op de helft van de waarde van de onderneming.¹⁰⁵ Naar mijn mening is deze situatie niet te vergelijken met de situatie waarbij een belastingplichtige een onderbedelingsvordering krijgt op de verkrijger van ondernemingsvermogen. Deze persoon is niet gerechtigd tot de onderneming zoals iemand dat is die via een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finaal verrekenbeding gerechtigd is tot de helft van de waarde van de onderneming. Ik ben het op dit punt aldus niet eens met Stevens.

101. Moltmaker (2001). In Moltmaker (2009) wordt deze zienswijze nogmaals bevestigd.

102. Moltmaker (2009).

103. S.A. Stevens (2010).

104. S.A. Stevens (2010) noemt hier ook nog het periodiek verrekenbeding. Daar ziet het besluit evenwel niet op.

105. Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.7. Ten tijde dat Stevens het aangehaalde artikel schreef was nog het Besluit van 10 oktober 2007, nr. CPP2007/383M van toepassing. De conclusie is onder het huidige besluit niet anders.

Uit de parlementaire behandeling blijkt nog het volgende: 'Zij [YT: leden van de Christen-Unie] menen dat de regeling oneerlijk uitwerkt en dat dit voorkomen kan worden door de bedrijfsopvolgingsregeling als boedelfaciliteit vorm te geven. De verkrijging van de onderbedelingsvordering is steeds bewust buiten de faciliteit gehouden. Dat was al zo bij de kwijtscheldingsfaciliteit in de Invorderingswet 1990 en dat is zo gebleven bij de verplaatsing van de faciliteit naar de Successiewet 1956. Hierbij is als motivering gegeven dat de regeling is bedoeld voor de voortzetter en niet voor degene die in het geheel geen ondernemingsvermogen verkrijgt. Bovendien wordt bij een boedelvrijstelling het totale belastingvoordeel uitgesmeerd over alle verkrijgers, zodat een boedelvrijstelling ertoe zou leiden dat de bedrijfsopvolger in het algemeen meer belasting is verschuldigd dan onder de huidige opzet. Ten slotte zou een boedelvrijstelling weer leiden tot nieuwe ongelijkheden, namelijk die tussen verkrijgers van ondernemersvermogen in de nalatenschap en die zonder ondernemingsvermogen in de nalatenschap. Zie Kamerstukken II 1997-1998, 25 688, nr. 3, blz. 21 en nr. 6, blz. 8, Kamerstukken II 2001/2002, 28 015, nr. 6, blz. 22 en Kamerstukken II 2000/2001, 27 789, nr. 1, blz. 18 en 19.¹⁰⁶ Ook in een brief van 2 november 2009 geeft de staatssecretaris te kennen geen voorstander te zijn van een boedelfaciliteit.¹⁰⁷ De niet voortzettende mede-erfgenamen schaden volgens hem de continuïteit van de onderneming niet. Het is aan de erflater om ervoor te zorgen dat de onderbedelingsvordering uitgesteld opeisbaar is.¹⁰⁸ Hier heeft de staatssecretaris een punt. In die optiek zou evenwel een invorderingsfaciliteit ook niet nodig zijn. Een invorderingsfaciliteit wordt toch verleend om te voorkomen dat op korte termijn middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om de belasting te voldoen.¹⁰⁹ Alsdan wil de staatssecretaris schijnbaar toch een tegemoetkoming bieden voor die situaties waarin de onderbedelingsvordering toch niet uitgesteld opeisbaar is. Ik kom hier aan het einde van deze paragraaf nog op terug.

In de hiervoor genoemde brief van 2 november 2009 wordt nog ingegaan op het feit dat het mogelijk is dat de vrijstelling niet volledig kan worden benut. Dit wordt veroorzaakt door het niet rekening te hoeven houden met de waarde van de last of tegenprestatie (art. 35b, vierde lid, SW 1956). Ook dit is evenwel voor de staatssecretaris geen reden om een boedelfaciliteit in te voeren. Ik deel dit standpunt. Vanuit het doel van de faciliteit is het niet relevant of de vrijstelling geheel kan worden benut.

Het risico van het niet toekennen van de vrijstellingsfaciliteit aan verkrijgers van onderbedelingsvorderingen kan er wel toe leiden dat belastingplichtigen hun gedrag gaan aanpassen om de vrijstelling wel volledig te kunnen benutten.¹¹⁰ Dit kan bijvoorbeeld door een erfgenaam een voor de vrijstellingsfaciliteit

106. NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, blz. 24.

107. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 2 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 81, blz. 6. De staatssecretaris geeft in deze brief wel te kennen bereid te zijn onderzoek te laten verrichten naar de gevolgen van een boedelfaciliteit.

108. Dit is voor een wettelijke verdeling ook zo geregeld. Alleen is de langstlevende dan verplicht de erfbelasting van de anderen voor te schieten.

109. MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 015, nr. 3, blz. 47.

kwalificerend belang te laten verkrijgen.¹¹¹ Dit zal zich onder mijn voorstel minder snel voordoen. Om toegang te krijgen tot de bedrijfsopvolgingsfaciliteit moet immers een aanzienlijk hoger belang in de vennootschap worden verkregen. Dit belang moet naar mijn mening ten minste 20% van de gewone aandelen betreffen. Ook zal het versturende gedrag afnemen naarmate het vrijstellingspercentage lager wordt. In paragraaf 6.3.2.2 heb ik reeds gepleit voor een lager vrijstellingspercentage. Het gevolg van de huidige faciliteit is ook dat de nettoverkrijgingen, bij gelijke erfdelen, tussen de erfgenamen verschillen. Ik ben het eens met De Haan¹¹² dat het in principe aan de erflater is om hiermee rekening te houden in zijn testament.¹¹³

In een brief van 14 september 2010¹¹⁴ besteedt de staatssecretaris nogmaals aandacht aan een eventuele boedelfaciliteit. Op dat moment is het amendement¹¹⁵ aangenomen dat heeft geleid tot de huidige wettekst. De staatssecretaris is van mening dat de huidige regeling trekken heeft gekregen van een boedelfaciliteit, omdat de vrijstelling afhankelijk is van de waarde van de totale objectieve onderneming. Naar mijn mening is dit een vreemde constatering. Indien sprake is van een samenwerkingsverband tussen X en Y en X komt te overlijden waarbij X zijn onderneming nalaat aan zijn zoon Z, wordt de vrijstelling van de zoon inderdaad bepaald op basis van de totale waarde van de objectieve onderneming (dus de waarde van de onderneming van Y is medebepalend). Dit heeft evenwel niets met de boedel te maken.¹¹⁶

Op grond van het vorenstaande ben ik van mening dat de verkrijging van een onderbedelingsvordering niet als ondernemingsvermogen kan worden gezien. De bezwaren acht ik van onvoldoende belang om op deze verkrijgingen de vrijstellingsfaciliteit van toepassing te laten zijn. Ik acht een invorderingsfaciliteit voldoende. Ook dan is het nog maar de vraag of de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd als gevolg van de door de verkrijger van een onderbedelingsvordering verschuldigde erfbelasting. In sommige situaties zijn deze verkrijgers niet eens bij machte de voortzetter te verplichten de middelen aan de onderneming te onttrekken. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 6.2.2.2.b. Om de faciliteit niet nodeloos ingewikkeld te maken heb ik ook daar aangegeven de mogelijkheid te willen behouden dat verkrijgers van onderbedelingsvorderingen een beroep kunnen doen op een invorderingsfaciliteit. Deze moet zodanig zijn vormgegeven dat belastingplichtigen alleen gebruikmaken van de faciliteit indien zij deze ook echt nodig hebben. Ik verwijs voor de verdere

110. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 449.

111. Hoogeveen (2011), blz. 453 acht dit aannemelijk. Uit haar successierechtonderzoek blijkt dat de verhoging van de vrijstelling in 2005 naar 60% dit effect evenwel niet laat zien. Zie ook Pijpers (2012), blz. 20. Ook S.A. Stevens (2010) wijst hierop.

112. De Haan (2007), blz. 178.

113. Volgens Moltmaker (2009) is dit rijkelijk optimistisch. Naar mijn mening is het evenwel geen taak van de wetgever om dergelijke verschillen op te lossen.

114. Brief van de staatssecretaris van Financiën van 14 september 2010, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 90, blz. 9-10.

115. Nader gewijzigd amendement van het lid Cramer c.s. ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 53, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 79.

116. Zie ook De Wijkersloot-Lhoëst (2012), blz. 27.

uitwerking naar paragraaf 6.2.2.2.b. Hetgeen daar is geschreven, geldt in overeenkomstige zin voor dit second-best voorstel.

6.4 Samenvatting en conclusies

6.4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk is een first-best en second-best voorstel geformuleerd ten aanzien van de vraag welke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zouden moeten gelden voor natuurlijke personen die worden geconfronteerd met een uit de overdracht voortvloeiende belastingclaim. Daarmee is de elfde deelvraag uit dit onderzoek beantwoord. Deze deelvraag luidt als volgt: *'Hoe ziet een optimaal stelsel van bedrijfsopvolgingsregels eruit en tot welke aanpassingen van de regelgeving leiden die?'*

In paragraaf 6.5.2 worden de samenvatting en conclusies gegeven ten aanzien van het first-best voorstel. Hetzelfde wordt gedaan in paragraaf 6.5.3. voor het second-best voorstel. Na eerst op hoofdlijnen de conclusies te hebben weergegeven, wordt in schema's samengevat voor welke faciliteiten is gekozen en worden de voorwaarden beknopt weergegeven. Voor de detailpunten wordt verwezen naar de in dit hoofdstuk relevante paragrafen.

6.4.2 First-best voorstel

Op basis van de toetsing in de hoofdstukken 4 en 5 ben ik tot de conclusie gekomen dat invorderingsfaciliteiten, mits juist vormgegeven, bij uitstek als instrument kunnen dienen om eventuele uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende liquiditeitsproblemen als gevolg van de belastingheffing te voorkomen. Deze conclusie geldt zowel voor de uit een overdracht voortvloeiende IB-claim als de uit een overdracht voortvloeiende erf- en schenkbelasting.

Doorschuihfaciliteiten moeten op basis van de toetsing in hoofdstuk 4 worden afgewezen. In het first-best voorstel is alleen een uitzondering gemaakt voor die situaties waarbij een in de belastingwet opgenomen bepaling tot afrekenen dwingt, terwijl de positie van de bestuursbevoegde winstgenieter of ab-houder niet wijzigt.

De op de erf- en schenkbelasting gerichte voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit is in het voorstel niet meer opgenomen. Op basis van de toetsing in hoofdstuk 5 moet de conclusie worden getrokken dat deze faciliteit niet aanvaardbaar is.

Het voorgaande betekent dat invorderingsfaciliteiten de basis vormen voor het first-best voorstel. Er moeten wel voorwaarden aan de faciliteit worden verbonden. Met de invorderingsfaciliteit moet worden voorkomen dat middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om de belasting te kunnen betalen. Een vermogenstoets wijs ik af. Het is te lastig om vast te stellen of de middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. Naar mijn mening is het rentedragend maken van de invorderingsfaciliteit voldoende, waarbij dit wel een samengestelde rente

moet zijn. Het rentedragend maken van de invorderingsfaciliteit draagt eraan bij dat minder snel een beroep wordt gedaan op de invorderingsfaciliteit indien andere middelen ter beschikking staan om de belasting te voldoen.¹¹⁷ Dit maakt een vermogenstoets dan ook minder noodzakelijk. De te berekenen rente moet marktconform zijn. Het verdient overweging aan te sluiten bij door banken gehanteerde rentetarieven.¹¹⁸ Ook moet zekerheid worden verstrekt. Anders zou dit een opslag op het rentetarief rechtvaardigen.

In het first-best voorstel zijn geen faciliteiten meer opgenomen voor de belastingclaim voortvloeiend uit een schenking. Naar mijn mening is het niet aan de overheid hiervoor een faciliteit te bieden. Een schenking kan worden gepland. Vanuit neutraliteitsoogpunt zijn schenkingsfaciliteiten wel wenselijk, maar bij invorderingsfaciliteiten zal de verstoring minimaal zijn. Bovendien geldt voor het first-best voorstel dat indien een faciliteit niet legitiem is, deze ook niet aanvaardbaar is (zie paragraaf 1.4).

In het volgende overzicht zijn, zowel voor winstgenieters als voor ab-houders, de in het first-best voorstel opgenomen faciliteiten weergegeven. Tevens zijn daarin de voorwaarden opgenomen die eventueel specifiek voor die faciliteiten gelden.

Invorderingsfaciliteiten IB-claim

Type overdracht	Duur uitstel	Voorwaarden
Overlijden winstgenieter	Betaling belasting na tien jaren ineens.	
Overdracht IB-onderneming tegen schuldigerkenning (ook gedeeltelijke schuldigerkenning)	Duur van het uitstel is gekoppeld aan aflossings-schema, maar maximaal tien jaren. Uitstel wordt evenredig verminderd en nog verder verminderd bij extra aflossingen. Uitstel kan worden beëindigd indien de overnemer de onderneming staakt.	

117. Zie ook Hoogeveen (2011), blz. 417.

118. Er zou ook gekozen kunnen worden voor een hogere rente dan banken hanteren om het lenen bij de overheid verder tegen te gaan. Mijn voorkeur gaat daar evenwel niet naar uit. In paragraaf 6.2.1.1 heb ik aangegeven het redelijk te vinden dat de overheid in voorkomende gevallen een invorderingsfaciliteit biedt. Ik acht het dan voldoende als wordt aangesloten bij de door banken gehanteerde tarieven.

Type overdracht	Duur uitstel	Voorwaarden
Overlijden ab-houder	Betaling belasting na tien jaren ineens.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.
Overdracht ab tegen geschuldigerkenning (ook gedeeltelijke schuldigerkennning)	Duur van het uitstel is gekoppeld aan aflossings-schema, maar maximaal tien jaren. Uitstel wordt evenredig verminderd en nog verder verminderd bij extra aflossingen. Uitstel wordt beëindigd indien de verkrijger de aandelen of winstbewijzen vervreemdt die aan het uitstel ten grondslag liggen.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.

Invorderingsfaciliteiten schenk- en erfbelasting

Type overdracht	Duur uitstel	Voorwaarden
Overlijden van de winstgenieter: verkrijger van ondernemingsvermogen	Betaling belasting na tien jaren ineens.	<ul style="list-style-type: none"> – Er moet sprake zijn van een materiële onderneming dan wel een medegerechtigdheid. Ook buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen kwalificeert volledig. – De erflater moet ondernemer of medegerechtigde zijn. – Er behoeven geen eisen te worden gesteld aan de voortzetter.

Type overdracht	Duur uitstel	Voorwaarden
Overlijden van de ab-houder: verkrijger van ondernemingsvermogen	Betaling belasting na tien jaren ineens.	<ul style="list-style-type: none"> - In vennootschap moet een materiële onderneming worden gedreven of een medegerechtigdheid worden gehouden. - Faciliteit alleen toepasbaar voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. Ook ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen (art. 3.92 Wet IB 2001) kwalificeren indien zij op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 zouden kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen. - De erflater moet een ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 hebben. - Er behoeven geen eisen te worden gesteld aan de voortzetter.
Overlijden van de winstgenieter/ab-houder: verkrijger van een onderbedelingsvordering	Betaling belasting na tien jaren ineens. Beëindigingsgronden verder conform het huidige art. 25, dertiende lid, IW 1990.	

Doorschuihfaciliteiten IB-claim

Type overdracht	Doorschuiving belastingclaim	Voorwaarden
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij leven (winstgenieter)	Bij overdracht aandeel in de onderneming van de niet-ondernemende echtgenoot.	- Onderneming moet worden voortgezet door oorspronkelijke ondernemer.

Type overdracht	Doorschuiving belasting-claim	Voorwaarden
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij overlijden niet-ondernemende echtgenoot (winstgenieter)	Bij overdracht aandeel in de onderneming van de niet-ondernemende echtgenoot.	– Onderneming moet worden voortgezet door oorspronkelijke ondernemer.
Aangaan huwelijksgemeenschap (ab oorspronkelijk bij één van de echtgenoten)	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	– Oorspronkelijke ab-houder blijft bestuursbevoegd.
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij leven	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	– Oorspronkelijke ab-houder blijft bestuursbevoegd. Voor verdeling langere termijn dan twee jaren toestaan.
Ontbinding huwelijksgemeenschap als gevolg van overlijden	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	– Oorspronkelijke ab-houder blijft bestuursbevoegd. Voor verdeling langere termijn dan twee jaren toestaan.

6.4.3 *Second-best voorstel*

Als overgangsfase naar een first-best voorstel is een second-best voorstel geformuleerd waarin verbeteringen zijn voorgesteld ten aanzien van de huidige faciliteiten teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten uit hoofdstuk 4 en 5. Overigens is deze overgangsfase niet noodzakelijk en kan, hetgeen mijn voorkeur heeft, desgewenst ook direct worden overgegaan op de first-best oplossing.

De onder de huidige Wet IB 2001 opgenomen doorschuiffaciliteiten blijven behouden. Een aantal voorwaarden is wel aangepast. Hiervoor wordt verwezen naar het hierna opgenomen schema. De doorschuiffaciliteit voor schenking van een direct ab heb ik behouden. In paragraaf 4.2.4.5.b heb ik aangegeven deze faciliteit niet legitiem te vinden. Vanuit neutraliteitsoogpunt is een schenkingsfaciliteit daarentegen wel wenselijk. Omdat bij doorschuiffaciliteiten de kans op verstoring groter is dan bij invorderingsfaciliteiten, vormt dit voor mij het argument de doorschuiffaciliteit bij schenking van een direct belang in het second-best voorstel wel op te nemen.

De reikwijdte van art. 4.17 Wet IB 2001 wordt uitgebreid. Deze doorschuiffaciliteit kan, zoals dit ook het geval was onder de Wet IB 1964, ook weer worden toegepast indien de huwelijksgemeenschap door overlijden wordt ontbonden. Voor de toepassing van deze doorschuiffaciliteit hoeft geen onderscheid te worden gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsvermogen. Dit onderscheid moet wel worden gemaakt indien in het kader van de verdeling

van de huwelijksgoederengemeenschap meer dan 50% van de ab-aandelen aan de nalatenschap van de erflater wordt toebedeeld (zie paragraaf 4.2.4.3.a). Deze situatie was eerst opgenomen in art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001 maar wordt nu overgebracht naar art. 4.17 Wet IB 2001. De toets ten aanzien van het ondernemingsvermogen hoeft alleen te worden gemaakt bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap en niet meer op het latere moment van verdeling van de huwelijksgemeenschap. Dit geldt ook bij overlijden en het latere moment van verdeling van de nalatenschap.

De termijn waarbinnen de verdeling moet plaatsvinden om nog geruisloos door te kunnen schuiven moet naar mijn mening worden uitgebreid. Ik vind een termijn van twee jaren te kort. Deze termijn moet ook gaan gelden indien de winstgenieter komt te overlijden (art. 3.62 Wet IB 2001).

Ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting geldt dat deze minder royaal wordt. Belangrijk is dat de faciliteit niet meer in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De voorwaardelijke vrijstelling betrekking hebbend op 100% van het ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 moet komen te vervallen. Vervolgens is het de vraag hoe hoog het algemeen geldende vrijstellingspercentage moet worden. Naar mijn mening wordt strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel steeds aannemelijker indien het percentage meer bedraagt dan 50. Het vrijstellingspercentage moet in ieder geval minder dan 50 bedragen. Het is evenwel een keuze die tot stand moet komen in het democratisch proces.

Voor de invorderingsfaciliteiten geldt dat deze conform de in het first-best voorstel opgenomen faciliteiten rentedragend moeten worden. De rente moet marktconform zijn en samengesteld worden berekend. Dit geldt zowel voor de faciliteiten die betrekking hebben op de IB-claim als voor de faciliteiten die zien op de schenk- en erfbelasting.

In het volgende overzicht zijn, zowel voor winstgenieters als voor ab-houders, de in het second-best voorstel opgenomen faciliteiten weergegeven. Tevens zijn daarin de voorwaarden opgenomen die eventueel specifiek voor die faciliteiten gelden.

Doorschuiffaciliteiten IB-claim

Type overdracht	Doorschuiving belastingclaim	Voorwaarden
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij leven (winstgenieter)	Bij overdracht aandeel in de onderneming van de niet-ondernemende echtgenoot.	– Onderneming moet worden voortgezet door oorspronkelijke ondernemer.
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij overlijden niet-ondernemende echtgenoot (winstgenieter)	Bij overdracht aandeel in de onderneming van de niet-ondernemende echtgenoot.	– Onderneming moet worden voortgezet door oorspronkelijke ondernemer.
Overlijden winstgenieter	Bij fictieve overdracht IB-onderneming.	– Voortzetter moet kwalificeren in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001.
Overdracht tegen (gedeeltelijke) schuldigerkenning en schenking (winstgenieters)	Bij (gedeeltelijke) overdracht IB-onderneming.	– Voortzetter moet kwalificeren in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001. – Overdracht mag geen deel uitmaken van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of liquidatie van de onderneming.
Aangaan huwelijksgemeenschap (ab oorspronkelijk bij één van de echtgenoten)	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij leven (ab-houder)	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij overlijden (ab-houder)	Bij overdracht onverdeelde helft ab.	
Ontbinding huwelijksgemeenschap bij overlijden (ab-houder)	Bij toebedeling meer dan de helft van de aandelen aan nalatenschap.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen.

Type overdracht	Doorschuiving belastingclaim	Voorwaarden
Overlijden ab-houder	Bij fictieve overdracht ab.	<ul style="list-style-type: none"> - Er moet sprake zijn van een materiële onderneming. - Faciliteit alleen toepasbaar voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. - Geen eisen aan het type belang van de overdrager. - De overnemer moet na de overdracht (direct en indien aan de orde indirect) ten minste 5% van de gewone aandelen bezitten.
Overlijden ab-houder	Bij verdeling van de nalatenschap.	
Schenking direct ab	Bij overdracht direct ab.	<ul style="list-style-type: none"> - Er moet sprake zijn van een materiële onderneming. - Faciliteit alleen toepasbaar voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. - Geen eisen aan het type belang van de schenker. - De begiftigde moet na de overdracht ten minste 5% van de gewone aandelen bezitten.

Invorderingsfaciliteiten IB-claim

Type overdracht	Duur uitstel	Voorwaarden
Overlijden winstgenieter	Betaling belasting na tien jaren ineens.	
Overdracht IB-onderneming tegen schuldigerkenning (ook gedeeltelijke schuldigerkenning)	Duur van het uitstel is gekoppeld aan aflossings-schema, maar maximaal tien jaren. Uitstel wordt evenredig verminderd en nog verder verminderd bij extra aflossingen. Uitstel kan eerder worden beëindigd indien de overnemer de onderneming staakt.	
Overlijden ab-houder	Betaling belasting na tien jaren ineens.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.
Overdracht ab tegen schuldigerkenning (ook gedeeltelijke schuldigerkenning)	Duur van het uitstel is gekoppeld aan aflossings-schema, maar maximaal tien jaren. Uitstel wordt evenredig verminderd en nog verder verminderd bij extra aflossingen. Uitstel wordt eerder beëindigd indien aandelen of winstbewijzen die aan het uitstel ten grondslag liggen worden vervreemd.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.
Schenking indirect ab	Betaling belasting na tien jaren ineens. Uitstel wordt eerder beëindigd indien aandelen of winstbewijzen die aan het uitstel ten grondslag liggen worden vervreemd.	– Faciliteit alleen toepasbaar voor zover sprake is van ondernemingsvermogen.

Bedrijfsopvolgingsfaciliteit schenk- en erfbelasting

Type overdracht	Type faciliteit	Voorwaarden
<ul style="list-style-type: none"> - Overlijden van de winstgenieter: verkrijger van ondernemingsvermogen. - Schenking van een IB-onderneming/medegerechtigdheid. 	<ul style="list-style-type: none"> - Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit verschil liquidatiewaarde en waarde going concern. - Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit waarde going concern. - Invorderingsfaciliteit voor restant waarde going concern (uitstel voor duur van tien jaren). 	<ul style="list-style-type: none"> - Er moet sprake zijn van een materiële onderneming dan wel een medegerechtigdheid. Ook buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen kwalificeert volledig. - De erflater moet ondernemer of medegerechtigde zijn geweest (gedurende één jaar tot het moment van overlijden dan wel vijf jaren bij schenking). - De verkrijger moet als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet IB 2001 kwalificeren. Voortzettingsvereiste vijf jaren.
<ul style="list-style-type: none"> - Overlijden van de abhouder: verkrijger van ondernemingsvermogen. - Schenking van ab-aandelen. 	<ul style="list-style-type: none"> - Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit verschil liquidatiewaarde en waarde going concern. - Voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit waarde going concern. - Invorderingsfaciliteit voor restant waarde going concern (uitstel voor duur van tien jaren). 	<ul style="list-style-type: none"> - In vennootschap moet een materiële onderneming worden gedreven of een medegerechtigdheid worden gehouden. - Faciliteit alleen toepasbaar voor zover de waarde van de aandelen ziet op ondernemingsvermogen. Ook ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen (art. 3.92 Wet IB 2001) kwalificeren indien zij op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 zouden kunnen kwalificeren als ondernemingsvermogen.

Type overdracht	Type faciliteit	Voorwaarden
		<ul style="list-style-type: none"> - De erflater moet tot het moment van overlijden gedurende een jaar een ab hebben gehad in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 (voor de schenker vijf jaren). - De verkrijger moet direct (en indien aan de orde indirect) ten minste een bepaald percentage van de gewone aandelen bezitten (naar mijn mening ten minste 20%). Voortzettingsevereiste vijf jaren. - Bij aandelen in een vennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden moet de verkrijger beherend vennoot zijn of enig aandeelhouder van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.
Overlijden van de winstgenieter/ab-houder: verkrijger van een onderbedelingsvordering.	Invorderingsfaciliteit: betaling belasting na tien jaren ineens. Beëindigingsgronden verder conform het huidige art. 25, dertiende lid, IW 1990.	

HOOFDSTUK 7

Samenvatting en conclusies

7.1 **Onderzoek en probleemstelling**

De overheid vindt ondernemerschap van groot belang. Daarom wordt veel aandacht besteed aan de laatste fase in de levenscyclus van persoonlijk ondernemerschap; die van de bedrijfsbeëindiging. Veel ondernemingen moeten momenteel worden overgedragen. Dit komt mede door de vergrijzing. Babyboomers verlaten het economisch proces. Indien een onderneming niet kan worden overgedragen, betekent dit dat de onderneming ophoudt te bestaan. Door deze bedrijfsbeëindigingen kan economisch kapitaal verloren gaan en ook de economische ontwikkelingen in een land kunnen worden geremd. Dit verklaart de wens van de overheid om de continuïteit van bestaande ondernemingen zo veel mogelijk te willen waarborgen. Het is evenwel de vraag of de overheid een rol zou moeten spelen bij de overdracht van ondernemingen en – bij bevestigende beantwoording – hoe deze rol zou moeten worden ingekleed. Het onderhavige onderzoek richt zich op deze vraagstelling voor zover het natuurlijke personen betreft die hun onderneming drijven in de vorm van een IB-onderneming en zij die de onderneming in een kapitaalvennootschap hebben ondergebracht (ab-houders). Het onderzoek beperkt zich tot het eventueel ingrijpen via de belastingwetgeving.

In de wetgeving is een grote diversiteit aan fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten opgenomen. In dit onderzoek staan de op natuurlijke personen gerichte faciliteiten centraal. Allereerst is de vraag relevant of een faciliteit legitiem is. Dit is beoordeeld op grond van de theorie van de welvaartseconomie. Het onderzoek kan zich daarentegen niet beperken tot uitsluitend de legitimiteit. Indien een faciliteit legitiem is, acht ik voor de aanvaardbaarheid van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de volgende criteria nog relevant: gelijkheid, neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid.

Het voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling en deelvragen, waarbij de probleemstelling en de deelvragen in de paragrafen 7.2-7.6 worden beantwoord:

Probleemstelling

Zijn fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar en – zo ja – wat is dan de meest optimale vormgeving?

Deelvragen*Paragraaf 7.2*

1. Wat leert de theorie van de welvaartseconomie ons over overheidsingrijpen?
2. In welke situaties faalt de markt bij de overdracht van een onderneming?
3. Bestaan er verstoringen als gevolg van overheidshandelen bij bedrijfs-overdrachten?
4. Welke overwegingen spelen voor de overheid een rol om via de belasting-wetgeving in te grijpen?
5. Wat wordt onder overheidsfalen verstaan?

Paragraaf 7.3

6. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een IB-onderneming tot uiting komt?
7. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een ab tot uiting komt en welke rol speelt de vennootschapsbelasting daarin?
8. Hoe wordt op grond van de SW 1956 ondernemingsvermogen belast dat krachtens erfrecht of krachtens schenking wordt verkregen?

Paragraaf 7.4

9. Welke op de inkomstenbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgings-faciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?

Paragraaf 7.5

10. Welke op de schenk- en erfbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvol-gingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te berei-ken?

Paragraaf 7.6

11. Hoe ziet een optimaal stelsel van bedrijfsopvolgingsregels eruit en tot welke aanpassingen van de regelgeving leiden die?

Het onderzoek beperkt zich verder tot belastingen die van natuurlijke personen naar draagkracht worden geheven, dat wil zeggen de inkomstenbelasting, erf-belasting en schenkbelasting. Daarnaast komt ook de vennootschapsbelasting aan de orde voor zover noodzakelijk voor de beoordeling van de positie van de aandeelhouder die zijn onderneming in een kapitaalvennootschap drijft, al dan niet via een holdingvennootschap. Voor deze situatie wordt zowel met vennoot-schapsbelasting als met de inkomstenbelasting rekening gehouden.

7.2 Welvaartseconomisch kader*1. Wat leert de theorie van de welvaartseconomie ons over overheidsingrijpen?*

De welvaartseconomie gaat uit van de benadering dat de markt haar werk moet doen. Op grond van de welvaartseconomie gelden twee welvaartstheo-rema. Het *eerste welvaartstheorema* stelt dat Pareto-efficiënte uitkomsten

worden bereikt bij perfecte concurrentie. Een Pareto-efficiënte allocatie hoeft daarentegen niet overeen te komen met de door de maatschappij gewenste allocatie. Volgens het *tweede welvaartstheorema* kan de overheid elke Pareto-efficiënte uitkomst bereiken door het inkomen eerst passend te herverdelen en vervolgens de markt via perfecte concurrentie haar werk te laten doen. De realiteit is evenwel dat niet voldaan kan worden aan de voorwaarden voor het *eerste* en het *tweede welvaartstheorema*. Dit is allereerst het gevolg van marktfalen. Overheidsingrijpen kan om die reden geboden zijn. Ook heeft de overheid niet de juiste informatie om het inkomen perfect te verdelen. Als de overheid wel over deze informatie zou beschikken, hoefde zij geen gebruik te maken van versturende belastingen. Nu wel sprake is van versturende belastingwetgeving heeft de overheid reden om het eigen overheidshandelen te corrigeren.

2. In welke situaties faalt de markt bij de overdracht van een onderneming?

Er is allereerst reden tot overheidsingrijpen als sprake is van marktfalen. Waar het betreft de fiscaliteit rond bedrijfsoverdrachten zijn als vormen van marktfalen relevant (positieve) externe effecten en een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Van externe effecten is sprake indien zich effecten voordoen die door productie en consumptie worden opgeroepen, maar niet in de prijs worden verwerkt. In het kader van de bedrijfsopvolgingsproblematiek gaat het er dan om of een bedrijfsoverdracht voordelen oplevert voor partijen die niet direct bij de overdracht betrokken zijn. Op grond van literatuuronderzoek ben ik tot de conclusie gekomen dat empirisch niet onderbouwd is dat dergelijke externe effecten zich voordoen. Alleen de partijen die direct bij de overdracht betrokken zijn, lijken van de overdracht te profiteren. De in het bedrijf besloten liggende waarde zal worden verwerkt in de prijs. Externe effecten vormen naar mijn mening dan geen reden voor de overheid om in te grijpen.

Overheidsingrijpen is wel legitiem indien dit wordt gebaseerd op een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. In het kader van dit onderzoek is vooral asymmetrische informatie van belang. De vraag naar leningen kan hierdoor groter zijn dan het aanbod van leningen. Het is daarom zeer goed mogelijk dat de overnemer geen financiering kan aantrekken om de bedrijfsoverdracht te financieren. Ook bij de financiering van de uit de overdracht voortvloeiende IB-claim kan de overdrager, dan wel de verkrijger als het gaat om de heffing van schenk- dan wel erfbelasting, te maken krijgen met een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Overheidsingrijpen kan legitiem zijn, mits de juiste voorwaarden worden gesteld.

3. Bestaan er verstoringen als gevolg van overheidshandelen bij bedrijfsoverdrachten?

Als de belastingwetgeving verstoringen oproept kan dit voor de overheid reden zijn om het eigen handelen te corrigeren. Zo is in het onderzoek gebleken dat de wijze waarop vermogensmutaties in de heffing worden betrokken verstorend werkt. Het H-S inkomensbegrip is vanuit een draagkrachtgedachte het

meeste zuivere inkomensbegrip. Op grond van dit inkomensbegrip moeten alle voordelen, inclusief ongerealiseerde vermogensmutaties, in de heffing worden betrokken. Dit gebeurt onder een vermogensaanwasbelasting. Onder een vermogensaanwasbelasting zouden op de IB-claim gerichte bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet meer nodig zijn. Invoering van een vermogensaanwasbelasting roept evenwel waarderings- en liquiditeitsproblemen op. Op die gronden wijs ik een vermogensaanwasbelasting voor incurante aandelen en IB-ondernemingen af. Dit laat onverlet dat ik een vermogensaanwasbelasting theoretisch het meest gewenste systeem vind. Onder het huidige systeem, een vermogenswinstbelasting, worden vermogensmutaties pas bij realisatie belast. Dit kan belastingplichtigen ertoe aanzetten de vervreemding en zo de belastingheffing uit te stellen. Belastingplichtigen ondervinden wel een nadeel onder een vermogenswinstbelasting omdat de vermogensmutaties ineens tegen een progressief tarief worden belast. Dit kan leiden tot een aanzienlijke heffing. Naar mijn mening is overheidsingrijpen als gevolg van de versturende werking van een vermogenswinstbelasting pas legitiem indien de uitkomst onder een vermogenswinstbelasting voor de belastingplichtige nadeliger is dan de uitkomst onder een vermogensaanwasbelasting. De conclusies dienaangaande komen bij deelvraag 6 aan de orde.

4. Welke overwegingen spelen een rol als de overheid besluit tot ingrijpen via de belastingwetgeving?

Ook als is vastgesteld dat overheidsingrijpen legitiem is moet de overheid goed overwegen of zij wel via de belastingwetgeving zou moeten ingrijpen. Aan belastinguitgaven zijn voor- en nadelen verbonden. Deze moeten tegen elkaar worden afgewogen. Het grote voordeel van belastinguitgaven ten opzichte van directe uitgaven is dat ze kunnen meelopen in een bestaande uitvoeringsorganisatie. Een belangrijke nadeel van belastinguitgaven is dat deze het belastingrecht complex maken. Ook zorgt de inzet van belastinguitgaven voor een spanningsveld tussen efficiëntie en rechtvaardigheid. Een groep belastingplichtigen wordt bevoordeeld ten opzichte van een andere groep. Dit kan efficiënt zijn, maar de vraag is wel of een bepaalde maatregel de toets aan gelijkheid kan doorstaan.

5. Wat wordt onder overheidsfalen verstaan?

Indien eenmaal is vastgesteld dat de overheid reden heeft tot ingrijpen, wil dat nog niet zeggen dat de overheid dat ook maar moet doen. Het is de vraag of de overheid het beter kan. Zo heeft de overheid beperkte informatie, beperkte controle over de reacties uit de markt, beperkte controle over de bureaucratie en worden beperkingen opgelegd door politieke processen. Dit moet in overweging worden genomen als de overheid bedrijfsopvolgingsfaciliteiten implementeert.

7.3 De belastingclaim bij een bedrijfsoverdracht

Om de door de overheid gecreëerde bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ter zake van bedrijfsoverdrachten te kunnen toetsen is inzicht gegeven in de belastingclaim waarmee een natuurlijk persoon wordt geconfronteerd als die zijn IB-onderneming of een belang in een kapitaalvennootschap overdraagt (bij leven dan wel bij overlijden).

6. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een IB-onderneming tot uiting komt?

De overdracht van een IB-onderneming leidt in fiscale zin tot een staking. De objectieve onderneming blijft in stand. Er is ook sprake van een staking indien een onderneming wordt ingebracht in een personenvennootschap. Een evenredig gedeelte van de onderneming wordt gestaakt. Bij een staking komen de stille reserves tot uiting. Stille reserves ontstaan allereerst omdat de waardering bij de jaarwinstbepaling in de regel plaatsvindt tegen historische kostprijs verminderd met afschrijvingen terwijl op het moment van staking moet worden afgerekend tegen de waarde in het economische verkeer (nominalistisch systeem). Daarnaast kunnen stille reserves in de activa en passiva ontstaan als gevolg van het op basis van goed koopmansgebruik berekenen van de jaarwinst. Naast deze stille reserves worden in de stakingswinst goodwill en fiscale reserves opgenomen.

De stakingswinst wordt tegen het progressieve tarief van box 1 in de heffing betrokken. Dat de gedurende meer jaren opgebouwde stakingswinst in één keer tegen het progressieve tarief in de heffing wordt betrokken, kan onredelijk worden geacht. Ook omdat in de stakingswinst inflatiewinst begrepen kan zijn. Keerzijde is dat de belastingplichtige onder een vermogenswinstbelasting uitstel van heffing heeft gehad. Dit levert de belastingplichtige, indien sprake is van vermogenswinsten, een liquiditeits- en rentevoordeel op. In dit onderzoek is berekend hoe de belastingheffing, rekening houdend met de rentecomponent, onder zowel een vermogenswinstbelasting als onder een vermogensaanwasbelasting verloopt. Op deze wijze kan beoordeeld worden of de overheid een faciliteit zou moeten bieden vanwege de verstorende invloed van een vermogenswinstbelasting. De berekeningen laten zien dat in ieder geval voor belastingplichtigen waarvan de overige winst in de vierde schijf valt een vermogenswinstbelasting in ieder geval nog altijd voordeliger is dan een vermogensaanwasbelasting. Zolang hiervan sprake is, acht ik een faciliteit niet nodig. Een vermogensaanwasbelasting vormt voor mij theoretisch het meest gewenste systeem. Om die reden is pas ruimte voor een faciliteit indien een vermogenswinstbelasting nadeliger is voor de belastingplichtige dan een vermogensaanwasbelasting.

7. Hoe ontwikkelt zich de IB-claim die uiteindelijk bij overdracht van een ab tot uiting komt en welke rol speelt de vennootschapsbelasting daarin?

De onderneming kan ook in een kapitaalvennootschap worden gedreven. De bedrijfsoverdracht kan dan op verschillende manieren vorm worden gegeven.

Alleen die overdrachten waarbij een ab-houder een ab vervreemdt heeft directe gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting. Dit doet zich voor indien een ab-houder een direct belang vervreemdt in de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven, dan wel indien de aandelen in een holdingvennootschap worden vervreemd. Het inkomen uit ab wordt belast tegen een proportioneel tarief van 25%. Dit tarief is gebaseerd op een benaderde gelijkstelling van ab-houders met IB-ondernemers. Rekening houdend met de vennootschapsbelasting die van de kapitaalvennootschap wordt geheven, rust op de ab-houder een gecombineerde druk aan inkomsten- en vennootschapsbelasting van maximaal 43,75%.

Een overdracht kan ook vorm worden gegeven door de holdingvennootschap de aandelen in de werkmaatschappij te laten vervreemden, dan wel door de in de werkmaatschappij gedreven onderneming te vervreemden. Op de aandelen in de holdingvennootschap blijft dan een IB-claim rusten. Deze aandelen worden uiterlijk bij overlijden overgedragen.

8. Hoe wordt op grond van de SW 1956 ondernemingsvermogen belast dat krachtens erfrecht of krachtens schenking wordt verkregen?

De overgang van een onderneming of ab-aandelen door overlijden leidt niet alleen tot heffing van inkomstenbelasting maar ook tot heffing van erfbelasting. Indien sprake is van schenking wordt naast inkomstenbelasting ook schenkbelasting geheven (art. 1 SW 1956). De heffing sluit aan bij de verkrijger (art. 36 SW 1956).

In het kader van de bedrijfsopvolgingsproblematiek is allereerst relevant wat de erflater heeft geregeld omtrent de overgang van zijn onderneming. Bij een wettelijke verdeling krijgt ieder van de kinderen als erfgenaam van rechtswege een geldvordering ten laste van de langstlevende ouder overeenkomend met de waarde van zijn erfdeel, waarbij iedere erfgenaam voor een gelijk deel erft. De vordering is pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende. De langstlevende echtgenoot moet de door de kinderen verschuldigde erfbelasting ten aanzien van de onderbedelingsvordering voorschieten (art. 4:14 BW). Met een testament kan van de wettelijke verdeling worden afgeweken. Op deze manier kan door gebruik te maken van een erfstelling (art. 4:115 BW), dan wel een legaat (art. 4:117 BW) de onderneming aan de gewenste opvolger worden toebedeeld. De erflater kan in het testament opnemen dat de legataris de waarde van de onderneming moet inbrengen in de nalatenschap. Voor de legataris betekent dit dat de waarde van zijn verkrijging, voor wat betreft de onderneming, nihil bedraagt. Er resteert na de inbreng voor de legataris en de andere erfgenamen recht op een geldbedrag uit de nalatenschap. Dit geldbedrag wordt bij ieder afzonderlijk belast met erfbelasting. Indien de erflater heeft bepaald dat de inbreng schuldig mag worden gebleven krijgen de andere erfgenamen een vordering op de verkrijger van de onderneming.

Als de erflater bij de overgang van een onderneming door overlijden inkomstenbelasting is verschuldigd, is deze schuld op grond van art. 20, derde lid, SW 1956 aftrekbaar. Op deze bepaling kan geen beroep worden gedaan

indien voor de heffing van inkomstenbelasting gebruik is gemaakt van een doorschuiffaciliteit. Er is dan geen sprake van een rechtens afdwingbare schuld. Om evenwel cumulatie van inkomsten- en erfbelasting te voorkomen, mag op andere wijze met een aftrek voor de latente belastingclaim rekening worden gehouden (art. 20, vijfde lid, SW 1956). Hiervoor gelden forfaitaire percentages.

Het verkregene moet op grond van art. 21 SW 1956 in aanmerking worden genomen tegen de waarde in het economische verkeer. Het tarief van de schenk- en erfbelasting is afhankelijk van degene die verkrijgt en van het bedrag van de belaste verkrijging.

7.4 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten IB-claim

9. Welke op de inkomstenbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?

De faciliteiten kunnen worden onderscheiden in doorschuiffaciliteiten en invorderingsfaciliteiten. Bij toepassing van een doorschuiffaciliteit wordt de in de onderneming of ab-aandelen begrepen belastingclaim doorgeschoven van de overdrager naar de overnemer. Indien een beroep wordt gedaan op een invorderingsfaciliteit krijgt de belastingschuldige gedurende een bepaalde periode, al dan niet renteloos, uitstel van betaling voor de uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim. De belastingclaim blijft rusten op de overdrager.

Voor de vraag of *doorschuiffaciliteiten* legitiem zijn, moeten zowel de overdrager als de overnemer in de analyse worden betrokken. Voor de *overdrager* geldt dat een doorschuiffaciliteit alleen legitiem is als uit de overdracht geen middelen voortvloeien waarmee de belasting kan worden voldaan. Dit is allereerst aan de orde bij overlijden wanneer in de nalatenschap onvoldoende middelen aanwezig zijn om de belasting te voldoen. Ook bij schenking komen geen middelen uit de overdracht vrij. Faciliteiten bij schenking keur ik evenwel af omdat de overdrager zelf de keuze maakt om te schenken. Overheidsingrijpen is dan naar mijn mening niet nodig. Vanuit neutraliteitsoogpunt kan een schenkingsfaciliteit wel nodig worden geacht, omdat de overdrager zonder deze faciliteit zou kunnen wachten met de overdracht tot het moment waarop wel een faciliteit zou kunnen worden toegepast. De laatste vorm waarbij geen middelen vrijkomen om de belasting te voldoen is die wanneer de overdracht plaatsvindt tegen schuldigerkenning. De overdrager zou dan kunnen afzien van de overdracht omdat hij de belasting niet kan betalen.

Overheidsingrijpen is ook legitiem indien de belastingwetgeving zelf tot ingrijpen aanleiding geeft. Bij winstgenieters doet zich dit voor als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden (anders dan door overlijden van de ondernemer). Als een IB-onderneming tot de huwelijksgemeenschap behoort, drijft de ondernemer de onderneming fiscaalrechtelijk geheel voor zijn rekening. Toch moet bij een ontbinding van de huwelijksgemeenschap worden afgerekend over het aandeel van de niet-ondernemende echtgenoot. Ik ben het eens met de wetgever dat een doorschuiffaciliteit voor deze situatie niet mag ontbreken. Ik acht een doorschuiffaciliteit daarentegen niet legitiem indien

het aandeel van de niet-ondernemende echtgenoot overgaat op een ander dan de ondernemende echtgenoot.

De belastingwetgeving geeft ook reden tot ingrijpen bij ab-houders. Voor ab-houders geldt dat een fictieve vervreemding wordt aangenomen, terwijl de positie van de bestuursbevoegde echtgenoot niet wijzigt. Dit speelt bij het aangaan van een huwelijksgemeenschap en bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap (bij leven, dan wel bij overlijden). Een doorschuiffaciliteit acht ik dan legitiem.

Doorschuiffaciliteiten zijn niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Belastingplichtigen die wel een onderneming drijven en belastingplichtigen die dat niet doen zijn niet aan te merken als gelijke gevallen. Er is geen sprake van een onevenredige ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. Winstgenieters en ab-houders zijn naar mijn mening wel gelijke gevallen. Er is evenwel sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling. Doorschuiffaciliteiten zijn wel in strijd met het draagkrachtbeginsel. Ze kunnen niet in overeenstemming worden geacht met de uitgangspunten van een subjectgebonden belasting.

Ab-houders kunnen alleen een doorschuiffaciliteit toepassen voor zover de waarde van de aandelen betrekking heeft op ondernemingsvermogen. Deze voorwaarde acht ik doeltreffend. Beleggingsvermogen zou door partijen liquide te maken moeten zijn. De beperkingen ten aanzien van het type ab van de overdrager kunnen vervallen. Er moeten wel eisen worden gesteld aan de voortzetter. De wetgever wil met de faciliteiten bedrijfsoverdrachten faciliteren. Derhalve is het naar mijn mening niet meer dan redelijk om te verlangen dat de voortzetter op een bepaalde manier betrokken is bij de in de vennootschap gedreven onderneming.

Nadeel van doorschuiffaciliteiten is dat daar ook gebruik van kan worden gemaakt indien de overdrager wel over de middelen beschikt om de belasting te betalen (cadeaueffect). Dit doet afbreuk aan de doelmatigheid van doorschuiffaciliteiten. Verder maakt het verschil in voorwaarden tussen de verschillende doorschuiffaciliteiten de wetgeving complex, hetgeen ook een negatieve uitwerking heeft op de doelmatigheid.

Voor de *overnemer* geldt dat doorschuiffaciliteiten legitiem kunnen zijn indien deze moeilijkheden ondervindt om bij een overdracht bij leven de koopsom te financieren. Het belang van doorschuiffaciliteiten is in dat geval gering. Het voordeel voor de overnemer is dan alleen dat de koopsom als gevolg van de toepassing van een doorschuiffaciliteit lager wordt omdat de latente belastingclaim in de koopprijs zal worden verwerkt. Bij overlijden is overheidsingrijpen alleen gerechtvaardigd indien de voortzetter een schuld aan de andere erfgenamen krijgt die direct opeisbaar is.

Invorderingsfaciliteiten zijn vanuit het oogpunt van legitimiteit te prefereren boven doorschuiffaciliteiten. Het betreft immers faciliteiten die uitstel van betaling bieden wanneer uit de overdracht geen middelen voortvloeien. Ik wijs evenwel invorderingsfaciliteiten af die zien op een uit een schenking voortvloeiende belastingclaim. Dit doe ik op dezelfde gronden als ik heb gedaan voor doorschuiffaciliteiten. De keuze van de overheid om sommige

invorderingsfaciliteiten renteloos te maken, zie ik als overheidsingrijpen. Het renteloos maken van een invorderingsfaciliteit is niet terug te voeren op een gebrekkig werkende kapitaalmarkt. Om een gebrekkig werkende markt te corrigeren, is het niet nodig een faciliteit renteloos te maken. Ook maakt de renteloosheid de belasting degressief. De effectieve belastingdruk wordt verlaagd. Een ander nadeel van het renteloze karakter is voorts nog dat het een aanzuigende werking heeft. Indien een faciliteit rentedragend zou zijn, had een belastingplichtige er wellicht geen gebruik van gemaakt. Dit werkt verstrend. Verder leidt de toetsing aan de andere criteria tot de conclusie dat invorderingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn, ondanks het feit dat elementen in de faciliteiten aanpassing behoeven.

7.5 Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten schenk- en erfbelasting

10. Welke op de schenk- en erfbelasting betrekking hebbende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt de overheid momenteel om haar doel te bereiken?

De verkrijging van een onderneming als gevolg van overlijden, dan wel schenking wordt op grond van art. 1 SW 1956 belast met erf-, dan wel schenkbelasting. In art. 35b-35f SW 1956 is een regeling uitgewerkt waarbij, indien sprake is van een materiële onderneming, een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit ten aanzien van het ondernemingsvermogen kan worden toegepast. Op grond van de faciliteit wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 voorwaardelijk vrijgesteld (waarde going concern). Voor het surplus kan een vrijstelling worden verkregen van 83%. De resterende 17% wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Voor dit bedrag kan rentedragend uitstel van betaling worden gekregen. Voorts geldt nog een voorwaardelijke vrijstelling voor een eventueel verschil tussen de liquidatiewaarde en de waarde going concern.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit heeft tot doel een oplossing te bieden voor die situaties waarbij de belastingclaim de continuïteit van de onderneming in gevaar zou brengen omdat de middelen aan de onderneming zouden moeten worden onttrokken. In dat geval kan een faciliteit legitiem zijn. Dit is evenwel niet aan de orde waar het betreft de faciliteit bij schenking van een IB-onderneming of ab-aandelen. Ook hier geldt dat het een bewuste keuze van de overdrager is om te schenken. Hier is geen taak weggelegd voor de overheid. Alleen vanuit neutraliteitsoogpunt kan hier anders tegenaan worden gekeken. De groep belastingplichtigen die in de positie verkeert te schenken zou kunnen wachten met de overdracht tot het moment van overlijden.

Naar mijn mening is de voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit betrekking hebbend op de waarde going concern in strijd met het gelijkheidsbeginsel (art. 14 EVRM jo. art. 1, Eerste Protocol bij het EVRM en art. 26 IVBPR). Verkrijgers van ondernemingsvermogen en niet-ondernemingsvermogen moeten naar mijn mening als gelijke gevallen worden gezien (uitgaande van art. 1 SW 1956). Er is geen sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Dit is anders waar het betreft de voorwaardelijke vrijstelling tussen de liquidatiewaarde en de waarde

going concern. Door het stellen van een voortzettingsvereiste van vijf jaren is het gekozen middel proportioneel gegeven het doel. Het bieden van uitstel van betaling voor de op de resterende 17% van het ondernemingsvermogen drukende belasting acht ik niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het verlenen van een invorderingsfaciliteit om liquiditeitsproblemen te voorkomen is naar mijn mening een juist middel, zeker nu tijdens de periode van het uitstel rente is verschuldigd. Indien het oordeel van diverse rechterlijke instanties dat sprake is van ongelijke gevallen in stand blijft, is naar mijn mening de faciliteit ziende op de waarde going concern nog steeds in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Ongelijke gevallen worden overduidelijk onevenredig ongelijk behandeld. Dit geldt niet voor de andere onderdelen van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Voor de toetsing aan gelijkheid is verder relevant de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel. Het antwoord hierop voor de voorwaardelijke vrijstelling bestaande uit het verschil tussen de liquidatiewaarde van het ondernemingsvermogen en de lagere waarde going concern luidt bevestigend. Indien een belastingplichtige een onderneming verkrijgt en vervolgens voortzet, wordt zijn draagkrachtvermeerdering bepaald door de waarde going concern. De liquidatiewaarde wordt niet gerealiseerd. Voorwaarde is wel dat, zoals dat in de huidige faciliteit is gedaan, aan de vrijstelling een voortzettingsvereiste is gekoppeld. Niet in overeenstemming met het draagkrachtbeginsel acht ik de voorwaardelijke vrijstelling betrekking hebbend op de waarde going concern. De vrijstelling is niet gebaseerd op de aard van het vermogen, maar op de liquiditeitsproblemen die de onderneming kunnen treffen indien de middelen ter voldoening van de belasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. Zo is het niet juist een faciliteit te bieden die afstel geeft. Hierbij past alleen een faciliteit op basis waarvan uitstel van betaling wordt geboden.

De huidige vrijstellingsfaciliteit verleidt belastingplichtigen ertoe zich anders te gedragen dan zij hadden gedaan zonder faciliteit. Dit werkt verstoring. Ze zullen de onderneming wellicht op een ander moment gaan overdragen om zo de faciliteit te kunnen benutten. De mate van verstoring wordt bepaald door de hoogte van de voorwaardelijke vrijstelling is. Hoe hoger deze is des te aantrekkelijker het wordt te wachten met de overdracht tot het moment dat de vrijstelling kan worden benut. Het is dan wel de verkrijger die de belasting is verschuldigd en de vrijstelling dus toepast, maar toch zal ook de overdrager bij zijn beslissingen worden beïnvloed door de mogelijke toepassing van een faciliteit. Ieder economisch rationeel subject zal trachten zijn vermogen met zo min mogelijke belastingheffing over te dragen aan zijn opvolger(s). Belastingplichtigen die, indien schenking niet tot de mogelijkheden behoort, toch bij leven willen overdragen zullen naar wegen zoeken om anderszins al het belang over te dragen. Om de faciliteit in de toekomst toe te kunnen passen, moet ervoor worden gezorgd dat sprake blijft van ondernemingsvermogen. Belastingplichtigen zullen naar wegen zoeken om hieraan te voldoen. Dit werkt verstoring indien zij dit zonder faciliteit niet zouden doen.

Dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteit alleen kan worden toegepast voor zover sprake is van ondernemingsvermogen acht ik, zoals ook gold voor de doorschuiving van een ab, doeltreffend. De beperkingen ten aanzien van het type ab dat de erflater/schenker bezit kunnen vervallen. Onderbedelingsvorderingen zie ik niet als ondernemingsvermogen. Naar mijn mening is het een juiste keuze van de wetgever geweest hiervoor alleen een rentedragende invorderingsfaciliteit te bieden.

Bezien vanuit het doel van de overheid is een vrijstellingsfaciliteit doeltreffend. De liquiditeitsproblemen worden met een vrijstellingsfaciliteit weggenomen. Toch is mijn conclusie dat vrijstellingsfaciliteiten moeten worden afgewezen. Het gaat te ver om een faciliteit te verlenen die leidt tot afstel van belastingheffing. Ook speelt het eerder reeds aangehaalde cadeaueffect een rol. Dit beïnvloedt de doelmatigheid negatief. Dit geldt in mindere mate voor de in de faciliteit begrepen invorderingsfaciliteiten, omdat deze rentedragend zijn. Dit remt het gebruik af.

7.6 Aanbevelingen voor een optimaal stelsel

11. Hoe ziet een optimaal stelsel van bedrijfsopvolgingsregels eruit en tot welke aanpassingen van de regelgeving leiden die?

De resultaten van de toetsing hebben mij aanleiding gegeven tot het doen van aanbevelingen. Ik heb zowel een first-best voorstel geformuleerd als een second-best voorstel. Het first-best voorstel staat los van de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en bevat voorstellen die aanvaardbaar zijn gegeven de toetsingscriteria. Invorderingsfaciliteiten zijn naar mijn mening de juiste instrumenten om de liquiditeitsproblemen die voortvloeien uit de belastingheffing te voorkomen. Dit betreft zowel de uit een bedrijfsoverdracht voortvloeiende heffing van inkomstenbelasting als de schenk- en erfbelasting. Gedurende de periode van het uitstel moet wel invorderingsrente (samengesteld) in rekening worden gebracht. Dit moet een marktconforme rente zijn. Dit zal ertoe leiden dat minder snel een beroep op een invorderingsfaciliteit wordt gedaan indien de belastingplichtige anderszins over middelen beschikt om de belasting te voldoen. Er is verder ook geen reden om de faciliteiten renteloos te maken. Het is volstrekt zakelijk om over een schuld rente verschuldigd te zijn. Overheidsingrijpen in de vorm van het renteloos verlenen van uitstel van betaling is niet legitiem. Daarnaast moet de belastingplichtige zekerheid verstrekken. Anders zou dit een argument moeten zijn een opslag op het rentetarief te doen.

In het first-best voorstel vormen invorderingsfaciliteiten het uitgangspunt. Doorschuiffaciliteiten acht ik niet aanvaardbaar met uitzondering van situaties waarbij in de belastingwet bepalingen zijn opgenomen die verstoring werken. Dit doet zich onder de huidige Wet IB 2001 voor bij het aangaan of ontbinden van een huwelijksgemeenschap indien moet worden afgerekend, terwijl de positie van de bestuursbevoegde winstgenieter of ab-houder niet wijzigt. Ook de op de erf- en schenkbelasting gerichte voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit is in het first-best voorstel niet meer opgenomen. Ook deze faciliteit acht ik

niet aanvaardbaar. Ook zijn, op basis van dezelfde overwegingen zoals die zijn genoemd voor doorschuiffaciliteiten, geen faciliteiten meer opgenomen voor de belastingclaim voortvloeiend uit een schenking.

Indien het niet mogelijk en/of niet wenselijk is direct over te stappen naar een nieuw systeem, zou gedurende een beperkt aantal jaren een tussenfase kunnen worden gehanteerd die ik aanduid als de second-best oplossing. Hiervoor kan als argument worden aangedragen dat met een bedrijfsoverdracht veelal een lange periode is gemoeid. De betrokken partijen zullen hiervoor transactiekosten maken. In dat opzicht kan het niet wenselijk worden geacht als de wetgeving ineens wordt aangepast zonder dat belastingplichtigen hierop hebben kunnen anticiperen. Derhalve is in dit onderzoek een second-best voorstel opgenomen waarin verbeteringen zijn voorgesteld ten aanzien van de huidige faciliteiten teneinde te komen tot een verbetering van de toetsingsresultaten. Het uitgangspunt was daarbij de huidige faciliteiten te behouden, tenzij de toetsing noodzaakt tot het zo spoedig mogelijk laten vervallen van een faciliteit. Ik ben van mening dat het second-best voorstel in een overgangsfase kan worden verdedigd.

In het second-best voorstel zijn de doorschuiffaciliteiten behouden. Er is wel overgegaan tot aanpassing van een aantal voorwaarden zodat tot een verbetering van de toetsingsresultaten kon worden gekomen. Ook is, in tegenstelling tot het first-best voorstel, een doorschuiffaciliteit voor de schenking van een direct ab opgenomen. De kans op verstoring is bij de aanwezigheid van doorschuiffaciliteiten groter dan bij invorderingsfaciliteiten, hetgeen naar mijn mening een argument is een dergelijke doorschuiffaciliteit op te nemen. In het second-best voorstel is niet overgegaan tot het opnemen van een doorschuiffaciliteit bij schenking van een indirect ab. Het uitgangspunt is de huidige faciliteiten te behouden en niet over te gaan tot de invoering van nieuwe faciliteiten. Ik heb hierop één uitzondering gemaakt en dat betreft de invoering van een invorderingsfaciliteit bij overlijden van de ab-houder. Ik acht dit gerechtvaardigd omdat invorderingsfaciliteiten mijn voorkeur hebben. Deze invorderingsfaciliteit is ook in het first-best voorstel opgenomen.

Voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting geldt dat deze minder royaal wordt. Ik acht het van groot belang dat deze niet meer in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De voorwaardelijke vrijstelling betrekking hebbend op 100% van het ondernemingsvermogen tot een bedrag van € 1.028.132 heb ik laten vervallen. Het is dan alleen de vraag hoe hoog het algemeen geldende vrijstellingspercentage moet worden. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel wordt aannemelijker indien het percentage meer bedraagt dan 50. Het percentage zou dus in ieder geval onder dit percentage moeten liggen. De keuze voor een percentage is evenwel een keuze die tot stand moet komen in het democratisch proces. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit blijft onder het second-best voorstel ook voor schenkingen gelden. Ook hier geldt dat de kans op verstoring groter is bij een voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit dan bij een invorderingsfaciliteit.

Voor de voorwaarden voor de in het second-best voorstel opgenomen invorderingsfaciliteiten wordt verwezen naar de in het first-best voorstel opgenomen faciliteiten.

Concluderend kan worden gesteld dat de wetgever met de huidige bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te ver is gegaan. De overheid zou alleen in het marktproces moeten ingrijpen indien sprake is van marktfalen dan wel indien de huidige belastingwetgeving verstoringen oproept. Uit het onderzoek blijkt dat de huidige in de Wet IB 2001 en SW 1956 opgenomen faciliteiten niet in alle gevallen legitiem zijn en dan ook niet aanvaardbaar kunnen worden geacht. In andere situaties zijn faciliteiten wel legitiem, maar kunnen zij de toetsing aan de andere criteria toch niet (geheel) doorstaan. Derhalve zijn in dit onderzoek aanbevelingen gedaan die ertoe leiden dat faciliteiten aanvaardbaar kunnen worden geacht.

Summary and conclusions

1 **Study and definition of the problem**

The Government considers entrepreneurship to be of great importance. For that reason much attention is given to the last phase of the life cycle of personal entrepreneurship, that which is, the termination of a business. A large part of businesses need to be transferred, which is mainly caused by aging. Babyboomers are leaving the economic process. In cases where there is no opportunity for the business to be transferred, it means that it will cease to exist. Due to this business termination, economic capital could be lost, which could also delay the economic growth in a country. This explains the desire of the Government to preserve the continuity of existing businesses as much as possible. However, the question is whether the Government should play a role in the transfer of businesses, and – in case affirmative – how this role should be adopted. This particular research focuses on this question to the extent that it concerns individuals who run their business as an unincorporated business and those who have placed their business enterprise in an incorporated business (holders of a substantial interest¹). This research restricts itself to a possible intervention through the tax legislation.

The legislation includes a comprehensive diversity of fiscal business transfer facilities. The research is centered on facilities, which are focused on individuals. The first question is whether the facility is legitimate. This is measured on the basis of the theory of welfare economics. The research will however not be restricted to legitimacy solely. In case of a legitimate facility, I consider the acceptability of business transfer facilities the following criteria to be important: equality, neutrality, effectiveness and efficiency.

The afore-mentioned has led to the next definition of the problem and sub-questions, where the definition of the problem and sub-questions will be answered in section 7.2 up until 7.6:

Problem posing:

Are fiscal business transfer facilities acceptable and – if so – what is then the most ideal design?

1. With a substantial interest is meant a stake of at least 5% of the share capital.

Sub-questions*Section 2*

1. What do we learn about optimal Government policy from the theory of welfare economics?
2. In which situations does the market fail when a business is transferred?
3. Are there disturbances as a result of intervention by the Government in the case of transfer of businesses?
4. Which Government considerations play a role in the case of intervention through tax legislation?
5. What is meant by Government failure?

Section 3

6. How will the income tax claim develop which will be eventually finalized at the time an unincorporated business is transferred?
7. How will the income tax claim develop which will be eventually finalized at the time a substantial interest is transferred and what is the role of the corporation tax in this?
8. How will the entrepreneurial capital be taxed on the basis of the inheritance and gift tax law obtained by virtue of inheritance or by virtue of gift?

Section 4

9. Which are the income tax measures currently taken by the Government with reference to business transfer facilities to reach their goal?

Section 5

10. Which are the measures currently taken by the Government with reference to inheritance and gift taxed business transfer facilities?

Section 6

11. How does the ideal regime of rules regarding business transfers look like and to which adjustments of the legislation will these lead?

This research restricts itself to taxes raised on individuals imposed on their ability to pay, namely the income tax, inheritance tax and gift tax. The corporation tax will also be addressed to the extent necessary for the evaluation of the position of the shareholder who has placed his business enterprise in an incorporated business, whether or not through a holding company.

2 **Welfare economics framework**

1. *What do we learn about optimal Government policy from the theory of welfare economics?*

The theory of welfare economics assumes that the market will work. Based on welfare economics, two theorems will apply. The first one assumes that the Pareto efficient outcome will be achieved in the case of perfect competition. A Pareto efficient allocation does not necessarily have to coincide with the

allocation as desired by the community. According to the second welfare theorem the Government could achieve each Pareto efficient result by redistributing income appropriately and subsequently let the market work following perfect competition. The reality is however that the conditions of the first and second welfare theorem cannot be achieved. This is primarily the result of market failures. Government intervention could be necessary for that reason. In addition the Government does not possess the correct information necessary to redistribute income. If the Government did possess this information, no usage of distortionary tax legislation would be necessary. As in reality distortionary tax legislation exists, the Government has reason to correct its own actions.

2. In which situations does the market fail when a business is transferred?

First of all there is reason for Government action in the case of market failure. Where it concerns the taxation regarding business transfers, forms of relevant market failure are (positive) external effects and a deficient operating capital market. There are external effects when consequences occur summoned by production and consumption, which are not processed in the price. In the context of business transfer issues the essence is whether business transfers provide advantages for parties, which are not directly involved in the transfer. Based on studying literature, I have come to the conclusion that it has not been empirically underpinned that these external factors do occur. Only parties directly involved seem to profit from the transfer. The value of a business will be taken into account in the price. External factors are therefore in my opinion no reason for the Government to intervene. Intervention is however considered legitimate when capital markets are not functioning properly. Asymmetrical information is especially important in the context of this research. Supply of debt can therefore be more than the demand for debt. It could therefore indeed be possible that the entrepreneur is not able to attract funds to finance the business transfer. Equally, a deficient operation capital market could affect the transferor financing the income tax claim resulting from the transfer. This also applies to the transferee as regards the gift or inheritance tax. Intervention by the Government can be legitimate, but only if the right conditions are set.

3. Are there disturbances as a result of intervention by the Government in the case of transfer of businesses?

In a case where the tax legislation evokes distortions, this could be a reason for the Government to correct its own actions. It has been shown in the study that the way of taxing capital gains creates a distortion. The H-S income concept is the most pure income concept according to an ability-to-pay point of view. On the basis of this income concept all the advantages need to be included in the levy, also the unrealized capital gains. This happens under a capital appreciation tax. Under a capital appreciation tax, business transfer facilities aimed on the income tax claim would no longer be necessary. Introduction of a capital appreciation tax however raises valuation and liquidity issues. Based on these reasons I reject a capital appreciation tax relating to substantial interests

in incorporated businesses and also for unincorporated businesses. However, I still consider that theoretically the capital appreciation tax is the most desired system. Within the current regime, a capital gains tax, capital gains will only be taxed when realized. This could encourage the taxpayers to delay the transfer and resulting taxation. Taxpayers however are disadvantaged under the capital gains tax, as the capital gains will suddenly be taxed against the progressive rate, which can lead to a substantial taxation. In my opinion Government interference as a result of a distortion in the capital gains tax is only legitimate in a case where the outcome under the capital gains tax is more disadvantageous for the taxpayer than the outcome under a capital appreciation tax. The conclusion in this respect will be discussed under section 6.

4. Which Government considerations play a role in the case of intervention through tax legislation?

Even when it has been determined that Government interference is legitimate, the Government should consider carefully whether actions should be undertaken via the tax legislation. There are advantages and disadvantages to be taken into account relating to tax expenditures, which need to be well balanced. The main advantage of tax expenditures versus direct expenses is that these are included in the existing implementing agency. An important disadvantage of tax expenditures is that this enhances complexity of the tax legislation. In addition the injection of tax expenditures creates a tension between efficiency and fairness. One group of taxpayers will be favored compared to another group. This could be efficient, but the question is whether certain measures are able to stand the test of equality.

5. What is meant by Government failure?

Even when it is determined that the Government has reason to intervene, this does not imply that the Government should need to do so. The question is whether the Government is able to perform better, as they have limited information, restricted control with regard to reactions from the market, limited control regarding bureaucracy, as well as restrictions, which are imposed by political processes. This has to be considered when the Government implements business transfer facilities.

3 The tax claim resulting from a business transfer

To test the business transfer facilities created by the Government relating to business transfers, insight has been provided in the tax claim, which an individual will be confronted with at moment when he transfers his unincorporated business or his substantial interest in an incorporated business (during his lifetime or after death).

6. How will the income tax claim develop which will be eventually finalized at the time an unincorporated business is transferred?

The transfer of an unincorporated business leads for tax purposes to a termination. In economic sense the business will continue to exist. Tax is also levied in case the unincorporated business will be inserted in a partnership. A proportional part of the business will then be terminated. When it comes to a termination, hidden reserves will be reflected. Hidden reserves firstly arise because the valuation at the time of determination of the annual profit as a rule is accounted for at historical purchase value less depreciation while at the moment of termination the economic value has to be used. Apart from that, hidden reserves may arise in the assets and liabilities due to 'good business practice calculation' of the annual profit. Next to these hidden reserves, goodwill and fiscal reserves are accounted for in the taxable profit arising from the ending of the business. This taxable profit is settled at the progressive rate in box 1. The fact that the taxable profit arising from the ending of the business, and accrued during several years, will need to be settled in one amount at the progressive rate, could be considered unreasonable. Also as inflation profit could be included in the taxable profit. On the other hand, the taxpayer could defer the levy under a capital gains tax. In case of capital gains the taxpayer will benefit due to liquidity and interest advantages. In this study it has been calculated how taxation, with inclusion of an interest component, works out under a capital gains tax as well as under a capital appreciation tax. In this manner it can be judged whether the Government would need to offer facilities arising from a disturbing influence of a capital gains tax. The calculations show in any case that for taxpayers, which other profit falls within the fourth tax bracket a capital gains tax is more advantageous than a capital appreciation tax. As long as this is the case, I do not consider a Government facility necessary. A capital appreciation tax is theoretically for me the most desired system. For this reason there should only be room for a facility in case the capital gains tax is more disadvantageous for the taxpayer than a capital appreciation tax.

7. How will the income tax claim develop which will be eventually finalized at the time a substantial interest is transferred and what is the role of the corporation tax in this?

An individual can run the business also as an incorporated business. The business transfer can be shaped in a number of different ways. Only a transfer in whom a holder of a substantial interest sells his interest has direct consequences for the income tax levy. This will happen when the holder of a substantial interest sells a direct interest in an unincorporated business in which the enterprise is driven, as well when the interest in a holding company is transferred. The income resulting from selling the interest will be taxed against the proportional rate of 25%. This rate is based on the approximate equality of holders of a substantial interest with individuals who run a business as an unincorporated business. Taking into account the corporation tax raised from an incorporated business, the holder of a substantial interest faces a

combined pressure of income tax as well as corporate tax of maximum 43.75%. A business transfer can also be shaped by letting the holding company sell the shares of the incorporated business in which the enterprise is driven, as well by letting the incorporated business sell the enterprise. The income tax claim will then rest on the interest in the holding company. This interest is then transferred at the time of death.

8. How will the entrepreneurial capital be taxed on the basis of the inheritance and gift tax law obtained by virtue of inheritance or by virtue of gift?

The transfer of an unincorporated business or a substantial interest following death does not only lead to income taxation, but also to inheritance taxation. If there is any gift, apart from income tax, also gift tax is levied. It is the transferee who is being taxed (art. 36 SW 1956). In the context of business transfer issues it is first of all relevant what the testator has arranged concerning the business transfer. By a statutory allocation every child will receive a monetary claim by law at the cost of the longest living parent, in accordance with the value of his inheritance, whereby every heir will inherit an equal share. The claim can only be called upon at the death of the longest living person. The longest living person is obliged to advance the inheritance tax due by the children with respect to the receivable on the (other) heirs of an estate due to unequal division of the estate (art 4:14 BW). By way of a will there can be a deviation from the statutory allocation. Thus usage may be made by way of a testamentary disposition (art. 4:115 BW), or legacy (art. 4: 117 BW) to allocate the company to a desired successor. The testator can make record in the will that the legatee has to include the value of the company in the estate. For the sake of the legatee this means that the value of his acquisition is zero, for which it relates to the business. After the acquisition a monetary claim remains from the estate on behalf of the legatee and the other heirs. This amount will be separately taxed by inheritance tax. When the testator has determined that the inclusion can remain unpaid, the other heirs will have a claim on the transferee of the business.

In a case where the testator owes income tax when deceased at the transfer of a business, the indebtedness is deductible. No appeal is possible with respect to this clause in case usage is made by a roll-over relief for income tax levy. In this case there is no question of a legally enforceable indebtedness. However, to prevent accumulation of income and inheritance tax, a different way of deductibility for a deferred tax claim can be considered (art. 20 SW 1956). Degressive percentages will then apply.

What has been acquired must be accounted for at economic value. The rate of gift and inheritance tax is dependant on the person who inherits and the amount of the taxed acquisition.

4 Business transfer facilities IB-claim*9. Which are the income tax measures currently taken by the Government with reference to business transfer facilities to reach their goal?*

The facilities may be differentiated in roll-over reliefs and payment arrangements. When a roll-over relief is applied the tax claim accrued in the unincorporated business or substantial interest will be transferred from the transferor to the continuer. When an appeal is made on the payment arrangements, the tax payer will get a deferred payment during a certain period, with or without interest, from the resulting tax claim coming from the business transfer. The tax claim will remain at the transferor. For the question whether roll-over reliefs are legitimate, the transferor as well as the continuer will need to be analyzed. As for the transferor a roll-over relief is only legitimate when there are no sources from the acquisition from which taxes can be satisfied. This applies first of all at death when the estate has insufficient resources to satisfy the taxation. Also in case of a gift no resources from the acquisition will become available. I do not support facilities for gifts because the transferor makes his own choice to donate. Government intervention is according to my opinion not necessary in this case. From neutrality point of view a roll-over relief may be considered necessary, due to the fact that the transferor could wait with the transfer until the moment when a facility could be applied. The last case with no release of sources to satisfy the taxes is when the transfer takes place at acknowledgement of debt. The transferor could then renounce the business transfer, as he is not able to pay the taxes. Government intervention is also legitimate when the tax legislation itself gives reason to intervene. For entrepreneurs this takes place when the marriage is dissolved (other than the death of the entrepreneur). If the unincorporated business belongs to the marriage, the entrepreneur runs the company for tax purposes fully for his own account. However, at the dissolution of the marriage, the part of the non-entrepreneurial spouse has to be settled. I agree with the legislator that a roll-over relief may not fail in this situation. On the other hand I consider a roll-over relief not legitimate if the share of the non-entrepreneurial spouse is transferred to another person than the entrepreneurial spouse. The tax legislation however also gives reason for holders of substantial interests to intervene. For holders of substantial interests it applies that a fictitious alienation is adopted, while the position of the spouse who has power of disposition does not change. This happens at the time of the marriage, as well as at the time of divorce (when alive, or death). A roll-over relief is then considered legitimate by me.

Roll-over reliefs are not contrary to the principle of equality. Taxpayers who do run a business and those who do not, are not to be considered equal. There is no disproportionate unfair treatment of unequal cases. Entrepreneurs and holders of a substantial interest are according to my opinion equal. There is however an objective and reasonable justification in case of unequal treatment. Roll-over reliefs are however contrary to the ability-to-pay principle. These facilities cannot be in accordance with the principles of a subject bounded taxation.

Holders of a substantial interest may only apply a roll-over relief as far as the value of the shares is related to the entrepreneurial capital. This condition I consider effective. It should be possible for parties to make cash of their investment assets. The restrictions relative to the type of a substantial interest of the transferor could expire. There should however be requirements for the continuer. The legislator aims to grant facilities only in case of business transfers. It is therefore in my opinion not more than reasonable to desire that the continuer will be involved in the business in a certain way. The disadvantage of roll-over reliefs is that these may be used in cases where the transferor does have the resources to pay the taxation. This detracts from the efficiency of roll-over reliefs. Furthermore the discrepancy in conditions of the various roll-over reliefs make the tax law complex, which has a negative consequence for efficiency.

From the side of the continuer roll-over reliefs can be legitimate in case he is faced with problems to finance the acquisition price. The importance of roll-over reliefs is in this case of little importance. The advantage for the continuer is then only that the acquisition price as a result of application of a roll-over relief is lowered because the deferred tax claim will be included in the acquisition price. At death Government intervention is only justified in case the continuer has an indebtedness to the other heirs, which is immediately due.

Payment arrangements are from the perspective of legitimacy preferable to roll-over reliefs. It concerns indeed facilities, which offer deferred payment when no resources result from the transfer. I reject payment reliefs, which refer to an arising tax claim from a gift. This is based on the same principles, which I brought forward with regard to roll-over reliefs. The choice of the Government to make certain payment arrangements interest-free, I consider Government interference. To make a payment arrangement interest-free cannot be traced back to a deficient operating capital market. In order to correct a deficient operating capital market, it is not necessary to make a facility interest-free. In addition, no interest obligation makes the taxation degressive, which decreases the effective taxation. Another disadvantage of the interest-free character is furthermore that it has a force of attraction. If a facility would be interest bearing, the taxpayer would perhaps not even make use of it. This creates a distortion. Additionally, the review of other criteria leads to the conclusion that payment arrangements are acceptable, despite the fact that certain elements in the facilities need adjustments.

5 Business transfer donation and inheritance tax

10. Which are the measures currently taken by the Government with reference to inheritance and gift taxed business transfer facilities?

Business transfers due to death, or gift will be taxed by inheritance or gift taxes based on art. 1 SW 1956. In art. 35b SW 1956 up until 35f SW 1956 a mechanism has been implemented, to which, when it concerns a substantial company, a conditional exemption facility with regard to the entrepreneurial

capital may be applied. On the basis of this facility the acquisition of the entrepreneurial capital up to an amount of € 1.028.132 will be conditionally exempted (going concern value). For the excess an exemption can be obtained of 83%. The remaining 17% will be classified as conserved value. For this amount an interest-bearing payment deferral can be obtained. Furthermore a conditional exemption applies in case of a contingent difference between the liquidation value and the going concern value.

The business transfer facility has the purpose of providing a solution for those situations whereby the tax claim could jeopardize the continuity of the company because resources would have to be withdrawn from the company. In this case a facility could be legitimate. This is however not the case where it concerns the facility by gift of an unincorporated business or a substantial interest. Also it applies here that it is a conscious choice of the transferor to donate. With regard to this there is no task for the Government. Only from a neutrality principle one could argue differently. The group of tax payers who are in the position to donate could wait with the transfer until the moment of death.

According to my opinion the conditional exemption facility related to the going concern value is contrary to the equality principle (art. 14 EVRM jo. Art. 1, First protocol at EVRM and art. 26 IVBPR). Acquirers of entrepreneurial capital and non-entrepreneurial capital have to be seen equally according to my view (assuming art. 1 SW 1956). There is no objective and reasonable justification of the unequal treatment of equal cases. This is however different when it concerns the conditional exemption between liquidation value and going concern value. By implementing a continuing requirement of five years the remedy chosen is proportional given the target. Offering a payment deferral of the remaining 17% taxation of the entrepreneurial capital I consider not to be contradictory to the equality principle. To grant payment deferral to prevent liquidity issues is in my view justified, especially at the time when interest is due. Whenever the judgement of the various judiciaries is kept in place regarding unequal cases, my view is that the facility regarding the going concern value is still contradictory to the principle of equality. Unequal cases are obviously treated disproportionately unequally. This does not apply to other parts of the business transfer facility.

For the equality test the question is furthermore relevant whether the business transfer facility is in agreement with the ability-to-pay principle. The answer hereto relating to the conditional exemption between the difference of the liquidation value and the lower going concern value of the entrepreneurial capital is affirmative. When a taxpayer acquires a company and subsequently continues the company, his increase in ability to pay is determined by the going concern value. The liquidation value will not be realized. The condition is however that, as included in the current facility, exemption is linked to a continuing requirement. I consider the conditional exemption related to the going concern value not in accordance with the ability-to-pay principle. The exemption is not based on the nature of the capital, but is based on liquidity issues, which the company may encounter

when the resources to pay taxes need to be withdrawn from the company. It is therefore not correct to offer a facility that provides exemption. Only a facility, which is offered on the basis of deferred payment, is appropriate. The current exemption facility is tempting taxpayers to behave differently from how they would behave without a facility. This creates a distortion. They will perhaps transfer the company at any other time in order to utilize the facility. The degree of distortion is determined by the level of conditional exemption. The higher the level, the more attractive it is to wait with the transfer until the moment the exemption can be utilized. It will then be the transferee who owes the taxation and applies the exemption, although also the transferor will be influenced by his decisions in case of a possible appliance of a facility. Every economic rational subject will attempt to transfer his capital to his successor(s) with the least amount of taxation possible. Taxpayers who would like to transfer will find other ways to transfer the interest, in case donation will not be possible. In order to continue to apply the facility in the future, it must be ensured that entrepreneurial capital will be there. Tax payers will find ways to satisfy this. There is a distortion if they would not do this without a facility. To consider that the business transfer can only be applied where there is entrepreneurial capital, I consider effective, as already mentioned with respect to transfer of substantial interest. The restrictions regarding the type of substantial interest possessed by the testator/donor may be withdrawn. Receivables on the (other) heirs of an estate due to unequal division of the estate I do not consider entrepreneurial capital. In my view it has been the correct choice of the legislator to offer only an interest-bearing payment arrangement.

From the Government's point of view an exemption facility is effective. The liquidity issues are taken away when an exemption facility is applied. It is however too generous to grant a facility which leads to a tax exemption. This influences efficiency negatively. This however applies less to the payment arrangements, which are included in the facility, as these are interest bearing. This will lead to lower usage.

6 Recommendations for an optimal system

11. How does the ideal regime of rules regarding business transfers look like and to which adjustments of the legislation will these lead?

The results of the review have motivated me to provide recommendations. I have formulated a first-best proposition as well as a second-best proposition. The first-best proposition is independent of the current business transfer facilities and includes propositions, which are acceptable given the assessment criteria. Payment arrangements are in my opinion the correct instruments to prevent liquidity problems, which arise from the taxation. This concerns from the business transfer resulting levy of income taxation as well as gift and inheritance taxes. During the extension period recovery rates (compounded) need to be charged, which will have to be a market conform interest rate. This will cause that a payment arrangement will be less likely invoked in case the

taxpayer will have other means to pay the taxes. There is further no reason to make facilities interest-free. It is absolutely professional to owe interest over a debt. Government intervention in the form of providing interest-free deferred payments is not legitimate. Besides, a taxpayer has to provide security. Otherwise it would need to be an argument to charge an increment on the interest rate. In the first-best proposition, payment arrangements are the starting point. I do not consider roll-over reliefs acceptable with the exception of situations whereby the tax law includes provisions which work disruptive. This will take place when under the income tax a marriage is entered into or dissolved and settlements need to take place, while the position of the competent entrepreneur or holder of a substantial interest does not change. Also the gift and inheritance tax targeted conditionally exemption facility is not longer included in the first-best proposition. Likewise I do not consider this facility to be acceptable. In addition, on the basis of the same arguments as mentioned in relation to roll-over reliefs, no facilities are included which apply to the tax claim arising from a gift.

If it is not possible and/or not desirable to change to a new system, an intermediate period could be handled during a limited number of years, which I designate as the second-best solution. In this respect an argument could be put forward that a business transfer often takes a long period. Parties involved will be charged transaction costs. In this respect it may not be considered desirable to adjust the legislation suddenly, without the taxpayers having had a chance to anticipate. Consequently this study includes a second-best proposition in which improvements are suggested in relation to the present facilities to come to an improvement of the test results. The starting point is to preserve the current facilities, unless the review necessitates a facility as soon to be waived as possible. In my opinion the second-best proposition can be defended during a transition.

The roll-over reliefs are preserved in the second-best proposition. However, modifications of a number of conditions have been proposed, which have led to an improvement of the test results. Likewise, in contrast to the first-best proposition, a roll-over relief is included for the gift of a direct substantial interest. The chance of disturbance in the presence of roll-over reliefs is greater than with payment arrangements, which is in my opinion an argument to include such a roll-over relief. In the second-best proposition it has been decided not to include a roll-over facility to donate an indirect substantial interest. The starting point however is to preserve the current facilities and not to proceed to introduce new facilities. I have made one exception, which concerns the introduction of a payment arrangement at the time of death of the holder of a substantial interest. I deem this justified as payment arrangements have my preference. This payment arrangement is therefore included in the first-best proposition.

In case of the business transfer facilities regarding the gift and inheritance taxation the consequence is that this will be less generous. I deem it of great importance that it is not contrary to the principle of equality. I have waived the conditional exemption relating to 100% of the entrepreneurial capital up to an

amount of € 1.028.132. The question is then only what the level of the common applicable exemption rate will need to be. Discordance with the principle of equality will become more plausible if the percentage amounts more than 50. The percentage to be applied would thus in any case need to be lower than 50. The option for a percentage is however a choice which will need to come from the democratic process. The business transfer facility will remain applicable also for gifts in the second-best proposition. Also here applies that the chance of distortion is higher in case of a conditional exemption facility than in case of a payment arrangement facility.

For the conditions in the second-best proposition inclusive of payment arrangements reference is made to the first-best proposition recorded facilities.

It can be concluded that the legislator has gone too far to proceed with the current business transfer facilities. The Government should only intervene in the market process in case of market failure or in case the current taxation calls for distortions. From the study it turns out that the current facilities included in the income tax law and the inheritance and gift tax law are not legitimate in all cases and therefore cannot be considered acceptable. In other circumstances facilities are called legitimate though, but these cannot abide to the review of other criteria. Consequently recommendations in this study have been made which lead to the conclusion that these facilities can be considered acceptable.

LITERATUUR

- Aardema, E. (1988), Een vermogenswinstbelasting als reparatiewetgeving, in: Van Dijk-Bundel, Opstellen aangeboden aan prof. dr. J.E.A.M. van Dijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant, FED, Deventer, 1988.
- Aardema, E. (1987), Doorschuiving van belastingen, FED, Deventer, 1987.
- Akerlof, G.A. (1970), 'The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism', *Quarterly Journal of Economics* 1970, Vol. 84, No. 3, p. 488-500.
- Albert, P.G.H. (2012a), 'Gelijk zijn, gelijk hebben en gelijk krijgen', *WFR* 2012/1214.
- Albert, P.G.H. (2012b), 'De invloed van art. 1:87 BW (vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten) op tbs-resultaat en ab-inkomen', *WFR* 2012/678.
- Albregtse, D.A. (2005), Generieke versus specifieke maatregelen ter stimulering van het MKB, in: Achtergrondrapport bij prof. dr. L.G.M. Stevens, Voluit vooruit voor het MKB!, MKB-MLT-advies, MKB Nederland, Delft, 2005.
- Albregtse, D.A. en Y.M. Tigelaar-Klootwijk (2006), Doorschuiffaciliteiten bij bedrijfsoverdracht: weggegooid geld, in: Maatschappelijk heffen, De wetenschap, Opstellen op 8 december 2006 aangeboden aan prof. dr. L.G.M. Stevens ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2006.
- Alt, J., I. Preston en L. Sibieta (2010), *The political economy of tax policy, Dimensions of tax design: the Mirrlees Review*, Oxford University Press, Londen, 2010.
- Altman, E.I. en E. Hotchkiss (2006), *Corporate financial distress and bankruptcy*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2006.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Asser/Perrick 4*, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Audretsch, David B. (2002), *Entrepreneurship: A Survey of the Literature*, Centre for Economic Policy Research (CEPR), Discussion Paper Nummer 14, Londen, 2002.

Bangma, K.L. (2007), *Bedrijvendynamiek en werkgelegenheid, periode 1987-2007*, EIM, Zoetermeer, 2007.

Bangma, K.L. en A. Bruins (2010), *Bedrijfsbeëindigingen in het kleinbedrijf*, EIM, Zoetermeer, 2010.

Bangma, K.L. en A. de Ridder (2004), *Rechtsvormkeuze in het MKB*, EIM, Zoetermeer, 2007.

Barr, N. (2004), *The economics of the welfare state*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Bebczuk, R.N. (2003), *Asymmetric information in financial markets*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Beer, A.M.A. de (2010), '(Ir)reële bedrijfsopvolgingsregelingen', WFR 2010/1242.

Beer, A.M.A. de (2009), 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', WFR 2009/1303.

Berge, J.W. van den (2000), 'Gelijkheid, de toepassing van het non-discriminatiebeginsel (art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR)', WFR 2000/895.

Berk, J. en P. DeMarzo (2010), *Corporate finance*, Pearson Education, Boston, 2010.

Berkhout, T.M. (2005), 'De laatste benen van het traditionele fiscale kostenmodel', WFR 2005/1173.

Berkhout, T.M. en J.M. van der Heijden (2003), 'Fiscale padafhankelijkheid en hiërarchie tussen beginselen van goed koopmansgebruik', NTFR 2003/701.

Bester, H. (1987), 'The role of collateral in credit markets with imperfect information', *European Economic Review* 1987, Vol. 31.

- Bjuggren, Per-Olof en Lars-Göran Sund (2002), 'A transaction cost rationale for transition of the firm within the family', *Small Business Economics* 2002, Vol. 19, p. 123-133.
- Block, J., A.R. Thurik, P. van der Zwan en S. Walter (2013), 'Business takeover or new venture start? Individual and environmental determinants from a cross-country study', *Entrepreneurship: Theory and Practice*, 37(5), p. 1099-1121.
- Blokland, P. e.a. (2006), *Nieuw erfrecht in de praktijk. Een evaluatie, Preadvis voor de algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie*, SDU, Den Haag, 2006.
- Blokland, T. (2002), 'Inzake belastinglatenties en de Successiewet 1956', *WFR* 2002/639.
- Blokland, T. (2001), 'Herziening successiewetgeving', *FED* 2001/410.
- Boadway, R., E. Chamberlain en C. Emmerson (2010), *Taxation of Wealth and Wealth Transfers, Dimensions of tax design – The Mirrlees review*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Boot, A.W.A. en J.E. Ligterink (2003), 'Faciliteren, niet interveniëren', *ESB-Dossier Bedrijfsoverdracht*, 15 mei 2003, nr. 4402.
- Bovenberg, A.L. en L.G.M. Stevens (2010), *Het fiscale stelsel van de toekomst: eenvoud, neutraliteit en draagkracht. Bijlage 3 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel*. Kluwer, Deventer, 2010.
- Braaksma, R. en L. Smit (2010), *Financieringsmotor MKB. Het financieringsklimaat van juli 2010. Resultaten van de kwartaalmeting*, EIM, Zoetermeer, 2010.
- Braaksma, R., W. Verhoeven e.a. (2013), *Financieringsmonitor 2013-1. Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven*, EIM, Zoetermeer, 2013.
- Braaksma, R., W. Verhoeven e.a. (2012a), *Financieringsmonitor 2012-1. Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven*, EIM, Zoetermeer, 2012.
- Braaksma, R., W. Verhoeven en L. Smit (2012b), *Financieringsmonitor 2012-2. Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven*, EIM, Zoetermeer, 2012.
- Brande-Boomsluiters, E. van den (2004), *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting (FM nr. 110)*, Kluwer, Deventer, 2004.

Brandsma, R. (2004), 'Het wetsvoorstel Aftrekverbod inzake aankoopkosten deelnemingen: een baksteen of een rimpeling in de deelnemingsvijver?', WFR 2004/673.

Bruijsten, C. (2009), 'De toekomst van het fiscale jaarwinstbegrip', WFR 2009/823.

Brüll, D. (1964), Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED, Amsterdam, 1964.

Brunetti, M.J. (2006), 'The estate tax and the demise of the family business', Journal of Public Economics, 90 (2006) p. 1975-1993.

Buettner, T., M. Overesch, U. Schreiber en G. Wamser (2008), The impact of thin-capitalizationrules on multinationals' financing and investment decisions, Discussion Paper Series 1: Economic Studies No. 2008/03.

Buijink, W.F.J. (1997), Fiscale Prikkel voor Entrepreneurs: nieuwe ondernemingen en nieuwe kennis?, Fiscale infrastructuur. Verslag van het symposium gehouden te Maastricht op 11 oktober 1996, Gouda Quint, Deventer, 1997.

Burgerhart, W. en H. Hoeve (2012), Doorschuiven ab-claim bij giften aan werknemers, NTFR 2012/2778.

Burgerhart, W., M.J. Hoogeveen en J.I.M. Egger (2009), Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een praktijkonderzoek, BDO Private Wealth Tax Fund, Tilburg, 2009.

Caanen, J.Ch. (1993), Fiscale winst en inflatie (FM nr. 63), Kluwer, Deventer, 1993.

Caminada, C.L.J. en A.P. Ros (2012), Belastingfaciliteiten, Jaarboek overheidsfinanciën 2012, hoofdstuk 7, Wim Drees Stichting voor Openbare Financiën, 2012.

Carnegie Consult (2011), BMKB Beleidsvaluatie 2005-2010. Het onderzoek is verricht in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Te benaderen via www.carnegieconsult.nl.

Cavalcanti, Ricardo de O. en Andrés Erosa (2007), 'A theory of capital gains taxation and business turnover', Economic Theory (2007) 32: p. 477-496.

Cnossen, S. (1997), 'Economische aspecten van een vermogenswinstbelasting', ESB 82 (1997), nr. 4116.

Cnossen, S. en L. Bovenberg (1999), Hoe moet kapitaalinkomen worden belast?, Vermogensrendementsheffing: vondst of miskleun?, S. Cnossen (red.), Onderzoekcentrum Financieel Economisch Beleid (OCFEB), Erasmus Universiteit Rotterdam, 1999.

Commissie inkomstenbelasting en toeslagen (2013), Naar een activerender belastingstelsel, Eindrapport, Den Haag, juni 2013.

Compendium Estate Planning (2011), A.R. Autar, C.B. Baard en W.D. Kolkman (red.), Kluwer, Deventer, 2011.

Cornelisse (2012), Goed koopmansgebruik (FED Fiscale brochures), Kluwer, Deventer, 2012.

CPB (2010), CPB-Notitie: Budgettaire-, koopkracht- en economische effecten van belastinghervormingen. Bijlage 11 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel, Kluwer, Deventer, 2010.

Crawford, C. en J. Freedman (2010), Small Business Taxation, Dimensions of tax design – The Mirrlees review, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Cressy, R. (2002), 'Funding gaps: a symposium', The Economic Journal, Vol. 112, nr. 477, p. F17-F31.

DeThienne, Dawn R. (2010), 'Entrepreneurial exit as a critical component of the entrepreneurial process: theoretical development', Journal of Business Venturing, 25, p. 203-215.

Devereux, M.P. en A. Gerritsen (2010), The tax treatment of debt and equity, in: Naar een Europese winstbelasting? Papers uitgebracht ter gelegenheid van het jubileumcongres in verband met het 40-jarig bestaan van het Fiscaal-Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, gehouden op 11 juni 2010, Kluwer, Deventer, 2010.

Dijck, J.E.A.M. van (1988), 'Vermogenswinstbelasting' (Openbaar afscheidscollege gegeven op 16 december 1988 aan de Katholieke Universiteit Brabant), WFR 1988/1661.

Dijck, J.E.A.M. van (1966), Geruisloze overdracht en overgang van ondernemingen, Voordracht gehouden op de Belastingconsulentendag 1966 georganiseerd door de Nederlandse Federatie van Belastingconsulenten, FED, Amsterdam, 1966.

Dijck, J.E.A.M., W. Scholten en Broederschap der Notarissen in Nederland (1965), Het staken van een onderneming in de Wet Inkomstenbelasting 1964, Broederschap der Notarissen in Nederland, 's-Gravenhage, 1965.

Dijkstra, C.G. (2011), 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', WFR 2011/725.

Dijkstra, C.G. (2007), 'Bedrijfsopvolging en belastinglatenties', WFR 2007/936.

DNB (2013), Jaarverslag 2012, Amsterdam, 2013.

Donders, J. en R. Gradus (2012), Toegang tot de collectieve sector, SDU, Den Haag, tweede herziene druk, 2012.

Dool, R.P. van den, en E.J.W. Heithuis (2009), De fiscale positie van de DGA, Kluwer, Deventer, 2009.

Dool, R.P. van den (2009a), 'Fiscale positie van de dga', FTV 2009/36.

Dool, R.P. van den (2009b), Belastingheffing over kapitaalinkomen bij natuurlijke personen (dissertatie EUR), 2009.

Dool, R.P. van den, en P.C.J. Oerlemans (2003), Waarderingsperikelen, in: In de fiscale vuurlinie, Opstellen op 22 mei 2003 aangeboden aan prof. mr. E. Aardema ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2003.

Doornebal, J. (2008a), 'Ontwikkelingen rond goed koopmansgebruik', TFO 2008/160.

Doornebal, J. (2008b), 'Goed koopmansgebruik als open norm', NTFR Beschouwingen 2008/33.

Doornebal, J. (2006), De (dreigende) uitholling van goed koopmansgebruik, in: Maatschappelijk heffen, De wetenschap, Opstellen op 8 december 2006 aangeboden aan prof. dr. L.G.M. Stevens ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2006.

Doornebal, J. (2003), 'Invulling van goed koopmansgebruik', NTFR 2003/469.

Doornebal, J. (2002), 'Inbreng-, toetredings- en uittredingsproblematiek bij personenvennootschappen vanaf 2001', WFR 2002/9.

EIM (2011), Trendstudie MKB en ondernemerschap. Ontwikkelingen, vooruitblik en beleidssignalen, Zoetermeer, 2011.

EIM (2008), Meer en beter ondernemerschap, Beleidsdoorlichting Ondernemersbeleid Ministerie van Economische Zaken 2003-2007, Zoetermeer, 2008.

Erasmus Universiteit Rotterdam (2003), *Bedrijfsopvolging: fiscale knelpunten en oplossingen*. Onderzoek door de Capaciteitsgroep Fiscale Economie ten behoeve van het SRA te Nieuwegein, Rotterdam, 2003.

Essers, P.H.J. (2003a), 'Goed koopmansgebruik: quo vadis?', TFO 2003/157.

Essers, P.H.J. (2003b), 'Het IB-overlijdenstarief moet weer worden ingevoerd', NTFR 2003/96.

Essers, P.H.J. en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Eurochambres (2009), *A Helping Hand for SMEs – Mentoring Business Transfer*. No. SI2.ICNPROCE009978600, 2009.

Europees Economisch en Sociaal Comité (2005), *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over de 'Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Actieplan: de Europese agenda voor ondernemerschap'*, (COM(2004) 70 def.).

Europees Economisch en Sociaal Comité (2004), *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek – Ondernemerschap in Europa'*, (COM(2003) 27 def.).

EC (2012), *Flash Eurobarometer 354, Entrepreneurship in the EU and beyond*, <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/eurobarometer/>, 2012.

EC (2010), *Flash Eurobarometer 283, Entrepreneurship in the EU and beyond*, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/eurobarometer/fl283_en.pdf, 2010.

EC (2006a), *Mededeling van de Europese Commissie inzake de uitvoering van het communautair Lissabonprogramma voor groei en werkgelegenheid. Overdracht van ondernemingen – Continuïteit door een nieuwe start*, (COM(2006) 117 def.).

EC (2006b), *Mededeling van de Europese Commissie inzake de implementatie van het Lissabonprogramma van de Gemeenschap: Financiering van groei in het MKB – de toegevoegde waarde van Europa*, (COM(2006) 349 def.).

EC (2006c), *Mededeling van de Europese Commissie inzake exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten: 11*, (COM(2006) 825 def.).

EC (2005a), Voorstel voor een besluit van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kaderprogramma voor concurrentievermogen en innovatie (2007-2013), (COM(2005) 121 def.).

EC (2005b), Mededeling van de Europese Commissie inzake het communautair Lissabon-programma uitvoeren: Een moderne KMO-beleid voor groei en werkgelegenheid: 12, (COM(2005) 551 def.).

EC (2005c), Mededeling van de Europese Commissie: Op zoek naar oplossingen voor de obstakels op het gebied van de vennootschapsbelasting waarmee het MKB op de interne markt wordt geconfronteerd – hoofdlijnen van een mogelijke proef met belastingheffing volgens de regels van de thuisstaat: 27, (COM(2005) 702 def.).

EC (2005d), Mededeling van de Europese Commissie aan de Europese Voorjaarsraad: Samen werken aan werkgelegenheid en groei, Een nieuwe start voor de Lissabon-strategie: 38, (COM(2005) 24 def.).

EC (2004a), Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake de uitvoering van het Europees Handvest voor kleine bedrijven: 82, (COM(2004) 64 def.).

EC (2004b), Groenboek Ondernemerschap in Europa, (COM(2003) 27 def.).

EC (2004c), Mededeling van de Europese Commissie over de bevordering van coöperatieve vennootschappen in Europa: 17, (COM(2004) 18 def.).

EC (2004d), Mededeling van de Europese Commissie inzake het Actieplan: De Europese agenda voor ondernemerschap, (COM(2004) 7 def.).

EC (2003a), Transfer of businesses – continuity through a new beginning, Final report of the MAP 2002 project, 2003.

EC (2003b), Mededeling van de Europese Commissie inzake de toegang van het midden- en kleinbedrijf tot financiering, (COM(2003) 713 def.).

EC (2002), Eindverslag van de deskundigengroep inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, Europese Commissie, 2002.

EC (1998), Mededeling van de Commissie over de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, Publicatieblad 98/C 93/02, 1998.

EC (1994a), Aanbeveling van de Commissie van 25 mei 1994 betreffende de belastingheffing bij kleine en middelgrote ondernemingen, Publicatieblad 94/390/EG, 1994.

EC (1994b), Aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, Publicatieblad 94/1069/EG, 1994.

EC (1994c), Mededeling betreffende de aanbeveling van de Commissie van 7 december 1994 inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, Europese Commissie, Publicatieblad 94/1069/EG, 1994.

EC (1993), Groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid – Naar de 21e eeuw: wegen en uitdagingen – Witboek (COM(93) 700), 1993.

Faber L.P.D. (2003), 'Overdracht aan werknemers', ESB-Dossier Bedrijfsoverdracht, 15 mei 2003, nr. 4402.

Feldstein, M.S., J. Slemrod en S. Yitzhaki (1980), 'The effects of taxation on the selling of corporate stock and the realization of capital gains', Quarterly Journal of Economics 1980 Vol. 94, Nr. 4.

Feteris, M.W.C. (2008), 'Belastingen en mensenrechten', MBB 2008/02.

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Ganzeveld, J. (2010), 'Vage normen in de inkomstenbelasting: enkele bespiegelingen', NTFR 2010/2485.

Ganzeveld, J. (2009), 'Prinsjesdag 2009 en de dga', NTFR 2009/2196.

Ganzeveld, J. en H. Hoeve (2010), 'Aanmerkelijk belang en de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap na overlijden', FTV 2010/09.

Geld, J.A.G. van der (1988), Het Hofstra-rapport uit de bureaula? (Van Dijkbundel), FED, Deventer, 1988.

Gelder, G.C.F. van (2011), 'De fiscale impact van preferente aandelen', WFR 2011/653.

Giele, J.F.M. (2006), Belastinguitgaven, in: Maatschappelijk heffen, De wetenschap, Opstellen op 8 december 2006 aangeboden aan prof. dr. L.G.M. Stevens ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2006.

- Giele, J.F.M. en W.A. Vermeend (1993), *De vennootschap onder firma* (FM nr. 10), Kluwer, Deventer, 1993.
- Gijlswijk, M.J.A.M. van (2010), 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', WPNR 2010/6844.
- Goudswaard, K.P. en H. Vording (1990), *De analyse van belastinguitgaven*, in: Gielebundel, Opstellen aangeboden aan prof. mr J.F.M. Giele, Kluwer, Deventer, 1990.
- Govers-de Louw, N.M.P. en M.M.J. Schuurman-van Nifterik (2011), 'Gemeenschap van goederen en aanmerkelijk belang', WPNR 2011/6877.
- Gribnau, J.L.M. (2013), 'Respect voor het recht: de koninklijke weg', NTFR 2013/444.
- Gribnau, J.L.M. (2012a), 'Instrumentalisme en vrijheid', NTFR 2012/517.
- Gribnau, J.L.M. (2012b), *Vertrouwen, legitimititeit en belastingen*, Rede uitgesproken bij de openbare aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de Methodologie van het Belastingrecht aan de Universiteit van Tilburg op 23 november 2012, Prisma Printing Tilburg University, 2012.
- Gribnau, J.L.M. (2006), *Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving*, in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Kluwer, Deventer, 2006.
- Gribnau, J.L.M. (2000), 'Perspectieven op het gelijkheidsbeginsel', WFR 2000/902.
- Groene Serie Personenassociaties, Kluwer, Deventer, digitale editie.
- Groeneveld, J.G. (2006), *Waarde in bedrijf, Controlling en auditing in de praktijk*, Kluwer, Deventer, 2006.
- Grossman, S.J. en J.E. Stiglitz (1980), 'On the impossibility of informationally efficient markets', *The American Economic Review* 1980, Vol. 70, p. 393-408.
- Grossmann, V. en H. Strulik (2010), 'Should continued family firms face lower taxes than other estates?', *Journal of Public Economics*, 94 (2010), p. 87-101.
- Gruber, J. (2005), *Public Finance and Public Policy*, Worth Publishers, New York, 2005.
- Gubbels, N.C.G. (2012), 'Fiscale aandachtspunten van het nieuwe huwelijksvermogensrecht', WPNR 2012/6913.

- Haan, A. de (2007), *Bedrijfsvermogen in de successiewet en het gelijkheidsbeginsel* (dissertatie UvA), 2007.
- Haane, Y. en J. Snijders (2005), *Entrepreneurship in the Netherlands. Business transfer: a new start*, EIM, Zoetermeer, december 2005.
- Halberstadt, V. en C.A. De Kam (1976), 'Over belastinguitgaven', *WFR* 1976/641.
- Handler, Wendy C. (1994) 'Succession in family business: a review of the research', *Family Business Review* 1994, Vol. VII, No. 2, p. 133-157.
- Handboek Jaarrekening, Ernst & Young Accountants, Directoraat Vaktechniek (2012), *Toepassing van de Nederlandse wet- en regelgeving en IFRS*, Kluwer, Deventer, 2012.
- Happé, R.H. (2009), *Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de Hoge Raad benut*, in: R. Niessen, *Draaicirkels van formeel belastingrecht*, SDU, Amersfoort, 2009.
- Happé, R.H. (1999), *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht*. Rede waarvan een verkorte versie is uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar belastingrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant op vrijdag 18 juni 1999, Kluwer, Deventer, 1999.
- Happé, R.H. (1996), *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (FM nr. 77), Kluwer, Deventer, 1996.
- Hartog, F. (1974), 'Economische aspecten van een vermogenswinstbelasting', *WFR* 1974/1149.
- Heithuis, E.J.W. (2012), 'Het nieuwe ab-besluit: gemiste kansen', *WFR* 2012/1590.
- Heithuis, E.J.W. (2011), *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en DGA sinds 2010*, Kluwer, Deventer, 2011.
- Heithuis, E.J.W. (2010a), 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', *TFO* 2010/93.
- Heithuis, E.J.W. (2010b), 'Het overlijden van de in gemeenschap van goederen gehuwde dga', *WFR* 2010/1554.
- Heithuis, E.J.W. (2010c), 'Een ongelukkig amendement', *WFR* 2010/348.

Heithuis, E.J.W. (2009), 'Notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder; een reactie', WFR 2009/889.

Heithuis, E.J.W. (2006), 'Evaluatie Wet IB 2001; het aanmerkelijkbelangregime van box 2', WFR 2006/291.

Heithuis, E.J.W. (1999), Opbrengsten van aandelen; het nieuwe regime geëvalueerd (dissertatie EUR), 1999.

Heithuis, E.J.W., P. Kavelaars en B.F. Schuver (2013), Inkomstenbelasting (FED fiscale studieserie), Kluwer, Deventer, 2013.

Hellmann, T. en J.E. Stiglitz (2000), 'Credit and equity rationing in markets with adverse selection', European Economic Review 2000, Vol. 44, p. 281-304.

Hessels, J. en K. Suddle (2005), Global Entrepreneurship Monitor 2005 Nederland, EIM, Zoetermeer, 2005.

Hofstra, H.J. (1992), Inleiding tot het Nederlands belastingrecht, Kluwer, Deventer, zevende druk, 1992.

Holmes, T.J., en J.A. Schmitz (1990), 'A theory of entrepreneurship and it's application to the study of business transfers', Journal of Political Economy April 1990, Vol. 98, Nr. 2, p. 265-294.

Holtz-Eakin, D. (1995), 'Should small businesses be tax-favored', National Tax Journal 1995, 48, p. 387-395.

Hoogendoorn, J. (2005), 'De IAS/IFRS en de fiscale winstbepaling', WFR 2005/107.

Hoogeveen, M.J. (2013), 'Verhuur van vastgoed: een onderneming?', PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging 2013/02.

Hoogeveen, M.J. (2012), Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?, Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal-Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging, Service Point Erasmus, Rotterdam, 2013.

Hoogeveen, M.J. (2011), Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling (dissertatie Tilburg University), 2011.

Hoogeveen, M.J. (2005), Bedrijfsopvolging bij eenmansbedrijven en personenvennootschappen (IB-ondernemingen); fiscaalrechtelijke aspecten, in: Bedrijfsopvolging. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB), SDU, Amersfoort, 2005.

- Hoogeveen, M.J. (2004), *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen (FED Fiscale brochures)*, Kluwer, Deventer, 2004.
- Hoogeveen, M.J. (2002a), 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002', WPNR 2002/6485.
- Hoogeveen, M.J. (2002b), 'Overlijden van de ondernemer in de winstfeer', TFO 2002/134.
- Hoogeveen, M.J. (2000), 'De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging', WFR 2000/1134.
- Hoogeveen, M.J. e.a. (2005), *Bedrijfsopvolging. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Preadvies voor de algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, SDU, Den Haag, 2005.
- Hoogeveen, M.J. en M.P.M. Vernooij (2010), 'Effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten beoordeeld aan de hand van Altman', WFR 2010/1594.
- Hoogwout, T.C. (2013a), 'Erfrechtelijke perikelen rond een aanmerkelijk belang voor de inkomstenbelasting', PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging 2013/01.
- Hoogwout, T.C. (2013b), 'Geactualiseerd beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling schenk- en erfbelasting', FTV 2013/05.
- Hoogwout, T.C. (2012a), 'Bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet discriminatoir?', FTV 2012/09.
- Hoogwout, T.C. (2012b), 'Fiscale gevolgen van de nieuwe vergoedingsrechten op grond van het huwelijksvermogensrecht', FTV 2012/12.
- Hoogwout, T.C. (2011), 'Herzien beleidsbesluit bedrijfsopvolgingsregeling Successiewet', FTV 2011/05.
- Hoogwout, T.C. (2010a), 'Doorschuiffaciliteit bij de schenking of erfrechtelijke verkrijging van een aanmerkelijk belang', FTV 2010/03.
- Hoogwout, T.C. (2010b), 'Nr. 79', FTV 2010/5.
- Jacobs, B. (2010), *Een Economische Analyse van een Optimaal Belastingstelsel voor Nederland. Bijlage 6 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel*, Kluwer, Deventer, 2010.
- Jacobs, B. (2008), *De prijs van gelijkheid, uitgebreide versie van de inaugurele rede*, Erasmus Universiteit Rotterdam, Bert Bakker, Amsterdam, 2008.

Jansen, J.J.M. (2010), 'Ondernemers in 2010', MBB 2010/01.

Jansen, J.J.M. (2006), Geruisloze doorschuiving, geruisloze overgang en stakingslijfrenteafrek, in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), Vijf jaar Wet IB 2001, Kluwer, Deventer, 2006.

Jansen, J.J.M. (2005a), 'Voortzettingsvereisten bij bedrijfsopvolgingsfaciliteiten', WFR 2005/229.

Jansen, J.J.M. (2005b), 'Recente fiscale ontwikkelingen voor ondernemers', MBB 2005/01.

Jansen, J.J.M. (2000), 'De nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting', WFR 2000/1171.

Jarvis, R. (2006), Finance and the small business, Enterprise and small business, S. Carter and D. Jones-Evans, Pearson Education Limited, Harlow, 2006.

Kam, C.A. de (2009), 'Belastingdruk van zelfstandigen en werknemers: globaal evenwicht?', WFR 2009/640.

Kam, C.A. de (1984), 'Weggegooid geld!?', ESB 69 (1984), nr. 3454.

Kam, C.A. de, en C.L.J. Caminada (2010), Belastingen als instrument voor inkomenspolitiek. Bijlage 7 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel, Kluwer, Deventer, 2010.

Kam, F. de, en F. van Herwaarden (1989), De Prijs van de Beschaving: over de belastingen van Nederland: zoals ze zijn en zoals ze kunnen zijn, Academic Service, Schoonhoven, 1989.

Kam, C.A. de, L. Koopmans en A.H.E.M. Wellink (2011), Overheidsfinanciën, Noordhoff Uitgevers, Groningen, 2011.

Kavelaars, P. (2011), 'Belastingherziening: onderbelichte thema', TFO 2011/54.

Kavelaars, P. (2002), Voorkoming van dubbele belasting (FED Fiscale brochures), Kluwer, Deventer, 2002.

Kavelaars, P. (1999), Aspecten van een vermogensaanwasbelasting, Vermogensrendementsheffing: vondst of miskleun?, S. Cnossen (red.), Onderzoekcentrum Financieel Economisch Beleid (OCFEB), Erasmus Universiteit Rotterdam, 1999.

Kavelaars, P. (1997), Vermogenswinstheffing: verlies of (aan-)winst? Rede waarvan een korte versie is uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt

- van hoogleraar in de fiscale economie aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam op 19 juni 1997, Kluwer, Deventer, 1997.
- Kempen, M.L.M. van (2003), 'Bedrijfsopvolging bij leven in de IB-sfeer bij een personenvennootschap', TFO 2003/48.
- Kempen, M.L.M. van (1999), Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen (dissertatie UvT), Tjeenk Willink, Deventer, 1999.
- Kempen, M.L.M. van, en A.W.G. Lamers (2008), 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting', TFO 2008/1.
- Kooiman, W.R. (2013), 'De fiscale kwalificatie van vergoedingsvorderingen', WFR 2013/361.
- Koopmans, C.C., H. Dijkman en A.S. Verrips (2002), 'Welvaartseconomie en overheidsinvesteringen', ESB 87, nr. 4391.
- Kopczuk, W. (2010), Economics of estate taxation: a brief review of theory and evidence (Working Paper 15741), 2010.
- Kroon, M.C.M. de, e.a., Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht), Kluwer, Deventer, digitale editie.
- Kroon, M.G.H. van der (2012), 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110.
- Langen, W.J. de (1954), De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht, N. Samson N.V., Alphen aan den Rijn, 1954.
- Langeveld, E. (1995), 'Belastinguitgaven: een gat in de uitgavennorm', ESB 80 (1995), nr. 4022.
- Langman, M.A. en M.G.H. Lugt (2005), Bedrijfsoverdrachten in het MKB, moeilijk of makkelijk? Onderzoek in opdracht van MKB-Nederland en ING Bank, LangmanEconomen, Amsterdam, oktober 2005.
- Leijenhorst, G.J. van (2007), 'Gelijke kabouters, gelijke puntmutsen', WFR 2007/1111.
- Lubbers, A.O. (2012), Goed koopmansgebruik (Fiscale Geschriften nr. 19), SDU Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag, 2012.
- Mandl, I. (2008), Overview of Family Business Relevant Issues, KMU Forschung Austria – Austrian Institute for SME Research, Wenen, 2008.

Mankiw, N.G. (1986), 'The allocation of credit and financial collapse', *Quarterly Journal of Economics* 1986, Vol. 3, p. 455-470.

Martens, W. en F. Snel (2004), 'De wetgever 'halveert' de brutovrijstelling ofwel het activeren van aankoopkosten van deelnemingen', *WFR* 2004/1729.

Mason, M. Colin en Richard T. Harrison (2006), 'After the exit: acquisitions, entrepreneurial recycling and regional economic development', *Regional Studies* 2006, Vol. 60, Nr. 1.

McDaniel, P.R. en S.S. Surrey (1985), *International aspects of tax expenditures: a comparative study*, Kluwer, Deventer, 1985.

Meade, J.E. (1978), 'The structure and reform of direct taxation', report of a committee chaired by professor J.E. Meade, 1978, *The Economic Journal* Vol. 89, Nr. 354.

Meijaard, J. (2007), *Overnemen vaak beter dan 'vers' starten*, EIM, Zoetermeer, 2007.

Meijaard, J. (2006), *Meer bedrijfsoverdrachten in hoogconjunctuur: 10*, EIM, Zoetermeer, 2006.

Meijaard, J. (2005), *Business transfer in the Netherlands, Entrepreneurship in the Netherland, Business transfer: a new start*, EIM, Zoetermeer, 2005.

Meijaard, J. en B.J. Diephuis (2004), *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, EIM, Zoetermeer, 2004.

Meussen, G.T.K. (2007), 'De gevolgen voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting van het nieuwe personenvennootschapsrecht', *WPNR* 2007/6723.

Meussen, G.T.K. (2005), 'Bedrijfsopvolging', bespreking van het fiscaalrechtelijk gedeelte van het preadvies 'Bedrijfsopvolging, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten' uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 7 oktober 2005, door mw. mr. M.J. Hoogeveen en dr. S.A. Stevens, *WPNR* 2005/6635.

Meussen, G.T.K. (2003), 'Ontwikkelingen rondom goed koopmansgebruik in de jurisprudentie vanaf 1990', *TFO* 2003/139.

Meza, D. de, en D.C. Webb (1990), 'Risk, adverse selection and capital market failure', *Economic Journal* 1990, Vol. 100, No. 399.

Meza, D. de, en D.C. Webb (1987), 'Too much investment: a problem of asymmetric information', *The Quarterly Journal of Economics* mei 1987, Vol. 102.

- Ministerie van Economische zaken (2003), *In actie voor ondernemers*, Den Haag, december 2003.
- Ministerie van Financiën (2009), *Notitie fiscale positie directeur-grotaandeelhouder*, Den Haag, april 2009.
- Ministerie van Financiën (2004), *Bedrijfsoverdracht: continuïteit door fiscaliteit. Onderzoek naar de fiscale behandeling van bedrijfsoverdrachten ter uitvoering van de motie van Vroonhoven-Kok c.s.*, Den Haag, juli 2004.
- Modigliani, F. en M.H. Miller (1958), 'The cost of capital, corporation finance, and the theory of investment', *American Economic Review* 1958, Vol. 48, p. 261-297.
- Moesen, W., T. van Puyenbroeck en V. van Rompuy (2006), *Handboek Openbare Financiën*, Acco, Leuven, 2006.
- Mol-Verver, S.J. (2011), 'Het nieuwe fiscale regime voor de gehuwde aanmerkelijkbelanghouder. Een nadere beschouwing', *WFR* 2011/892.
- Moltmaker, J.K. (2009), *Sentimenten rondom de successiewetgeving*, in: *In dienst van het recht grenzen verleggen, Liber Amicorum aangeboden aan prof. mr. Gr. van der Burght*, Kluwer, Deventer, 2009.
- Moltmaker, J.K. (2001), 'Wetsvoorstel nr. 28 015 tot wijziging van de Successiewet 1956, een commentaar', *WPNR* 2001/6461.
- Mooij, R.A. de (2010), *Hoe moet de vennootschapsbelasting worden hervormd?*, in: *Naar een Europese winstbelasting? Papers uitgebracht ter gelegenheid van het jubileumcongres in verband met het 40-jarig bestaan van het Fiscaal-Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, gehouden op 11 juni 2010, Kluwer, Deventer, 2010.
- Mooij, R.A. de (2006), *Reinventing the welfare state*, werkdokument nr. 60, CPB, Den Haag, maart 2006.
- Mooij, R.A. de (2003), *Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst? rede*, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2003.
- Mooij, R.A. de, en M. Devereux (2010), 'An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU', *International Tax and Public Finance* 2010, Vol. 18, nr. 1.
- Morris, Michael H. (2005), *Policy implications of business transfer patterns in a developed country, Entrepreneurship in the Netherland, Business transfer: a new start*, EIM, Zoetermeer, 2005.

Mourik, M.J.A. van (2012), 'Vernieuwd huwelijksvermogensrecht', WPNR 2012/6913.

Mourik, M.J.A. van (2002), 'Verkrijging 'krachtens erfrecht'', in: Met recht verkregen, bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe, Kluwer, Deventer, 2002.

Murphy, L. en Th. Nagel (2002), *The Myth of Ownership – Taxes and Justice*: Oxford University Press, Oxford, 2002.

NDFR, deel Inkomstenbelasting, SDU Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag, digitale editie.

NDFR, deel Successiewet en Wet op belastingen van rechtsverkeer, SDU Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag, digitale editie.

Niessen, R.E.C.M. (2010), *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht (Fiscale Handboeken)*, Kluwer, Deventer, 2010.

Niessen, R.E.C.M. (1997), 'Instrumentalisme en belastingrecht', WFR 1997/653.

Niessen, R.E.C.M. en C.M. Bergman (2006), *Cassatie in belastingzaken (FED Fiscale brochures)*, Kluwer, Deventer, 2006.

NOB (2009), brief van 4 juni 2009 met daarin opgenomen het Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op het wetsvoorstel (nr. 31 930) 'Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten'.

OESO (2010), *Tax Expenditures in OECD Countries*, OESO, Parijs, 2010.

OESO (2009), *Taxation of SMEs, Key nr.s and policy considerations*, No. 18. Tax Policy Studies, OESO, Parijs, 2009.

OESO (1994), *Taxation and small business*, OESO, Parijs, 1994.

Oers, M.H.M. van (2003), 'Latente belastingschulden bij een nalatenschap: contant of nominaal?', FTV 2003/51.

Oliemans, M.C.J. en S.A. Stevens (2008), 'Is de boedelheffing een goed alternatief voor de Successiewet?', WFR 2008/577.

Oudmaijer, S.C. (2006), *Kenmerken van overnemers versus ondernemers*, EIM, Zoetermeer, oktober 2006.

- Oudmaijer, S.C. en J. Meijaard (2006), De externe adviseur bij bedrijfsoverdrachten in het MKB, EIM, Zoetermeer, oktober 2006.
- Parker, S.C. en C.M. van Praag (2012), 'The entrepreneur's mode of entry: Business takeover of new venture start', *Journal of Business Venturing* 27 (2012) p. 31-46.
- Pijpers, Y.J.M. (2012), Historisch perspectief van de bedrijfsopvolgingsregeling, De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een vrijstelling voor de verkrijger of voor de boedel, BDO Private Wealth Tax Fund, Tilburg, 2012.
- Poot, P.J. (2005), 'Uitstel van betaling bij bedrijfsopvolging', *WFR* 2005/1107.
- Praag, C.M. van (2010), Fiscaal bevorderen van groei en innovatie via de DGA, Bijlage 8 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel, Kluwer, Deventer, 2010.
- Praag, C.M. van, en P. Versloot (2007), 'What is the Value of Entrepreneurship: A Review of Recent Research', *Small Business Economics*, 29 (4), p. 351-382.
- PricewaterhouseCoopers (2006), Family business onderzoek, PricewaterhouseCoopers, Amsterdam, april 2006.
- Remie, P.H.F. (1986), 'De artikelen 15 en 17 in de Wet op de inkomstenbelasting 1964', *WFR* 1986/245.
- Rijkers, A.C. (2009), 'Berlusconiaanse wetgeving', *NTFR* 2009/2031.
- Rijkers, A.C. en J.E.A.M. van Dijck (2000), De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001 (FED Fiscale brochures), Kluwer, Deventer, 2000.
- Rijkers, A.C. en I.J.F.A. van Vijfeijken (2010), Fiscaliteit en vermogensvorming in een inkomensbelasting, Een Economische Analyse van een Optimaal Belastingstelsel voor Nederland, Bijlage 9 bij het rapport van de Studiecommissie belastingstelsel, Kluwer, Deventer, 2010.
- Rijn, A.P.M. van (2003), 'De verdeling van de huwelijksgemeenschap en de heffing van het successie- en schenkingsrecht', *WFR* 2003/999.
- Rijn, A.P.M. van (2000), 'Successie- en schenkingsbelasting bij de overgang van ondernemingsvermogen', *WFR* 2000/768.
- Rosen, Harvey S. en T. Gayer (2010), *Public Finance*, Mc-Graw-Hill/Irwin, New York, negende druk, 2010.

Schumpeter, J.A. (1994), *Capitalism, socialism and democracy*, Routledge, London, 1994.

Schuttevâer, H. en J.W. Zwemmer (1998), *De Nederlandse successiewetgeving, Fiscale Hand- en Studieboeken*, Kluwer, Deventer, vijfde druk, 1998.

Schuver, B. (2005), *Doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting (Fiscale Geschriften)*, SDU Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag, 2005.

Slagter, W.J. (2003), 'Opvolging van vennoten', WPNR 2003/6524.

Smeets, M.H.M. (2010), *Het winstbegrip: een synthese tussen fiscale en commerciële winstbepaling?*, in: *Naar een Europese winstbelasting? Papers uitgebracht ter gelegenheid van het jubileumcongres in verband met het 40-jarig bestaan van het Fiscaal-Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, gehouden op 11 juni 2010*, Kluwer, Deventer, 2010.

Snel, D. en J. Meijaard (2006), *Met ervaring aan de start, over debutanten, weerondernemers en meerondernemers*, EIM, Zoetermeer, september 2006.

Sonneveldt, F. en B.B.A. de Kroon (2008), 'Internationale inspiratie voor een nieuwe Successiewet', WFR 2008/592.

Sonneveldt, F. en J.C.L. Zuiderwijk (2005), *Internationale aspecten van schenkings- en successierecht (FED Fiscale brochures)*, Kluwer, Deventer, 2005.

Spaanstra, J. (1965), 'Enige kanttekeningen bij de doorschuiffaciliteiten in de Wet IB 1964', WFR 1965/481.

Spaanstra, J. (1963a), 'Realisatieprincipe en doorschuiffaciliteiten', WFR 1963/501.

Spaanstra, J. (1963b), 'Realisatieprincipe en doorschuiffaciliteiten in de inkomstenbelasting (slot)', WFR 1963/521.

Spaanstra, J. (1963c), *Aspecten van de belastingheffing van vermogenswinsten*, Kluwer, Deventer, 1963.

Sterken, E. (2000), 'Te weinig informatie, teveel investeringen?', ESB 85 (2000), nr. 4272, p. 739.

Stevens, A.J.A. (2002), *Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap (FM nr. 102)*, Kluwer, Deventer, 2002.

Stevens, L.G.M. (2009), 'Fiscale Beleidsnotities 2010', WFR 2009/1183.

- Stevens, L.G.M. (2003), *Bedrijfsoverdracht moet anders*, in: In de fiscale vuurlijn, Opstellen op 22 mei 2003 aangeboden aan prof. mr. E. Aardema ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Kluwer, Deventer, 2003.
- Stevens, L.G.M. (2001), *Inkomstenbelasting (Fiscale Hand- en Studieboeken)*, Kluwer, Deventer, 2001.
- Stevens, L.G.M. (1980), *Belasting naar draagkracht (dissertatie EUR)*, Kluwer, Deventer, 1980.
- Stevens, L.G.M. e.a. (2006), *Inkomstenbelasting 2001, Fiscaal Commentaar*, Kluwer, Deventer, 2006.
- Stevens, S.A. (2010), 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25.
- Stevens, S.A. (2008), 'Toerekeningsvragen in de bedrijfsopvolgingsfaciliteit', WFR 2008/339.
- Stevens, S.A. (2005), 'Bestaande bedrijfsopvolgingsfaciliteit spant paard achter de wagen', WFR 2005/387.
- Stevens, S.A. (1997), 'De bedrijfsopvolging in de vennootschapsfeer na Vermeend', WFR 1997/767.
- Stiglitz, J.E. (2000), *Economics of the public sector*, W.W. Norton & Company, New York/London, 2000.
- Stiglitz, J.E. en A. Weiss (1987), 'Credit Rationing: Reply', *American Economic Review* 1987, Vol. 77, p. 228-231.
- Stiglitz, J.E. en A. Weiss (1981), 'Credit rationing in markets with imperfect information', *American Economic Review* 1981, Vol. 73, p. 393-409.
- Storey, D.J. (2000), *Understanding the small business sector*, Thomson Learning, Londen, 2000.
- Streek, J.L. van de, en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Kluwer, Deventer, digitale editie.
- Strien, J. van (2007), *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting (FM nr. 119)*, Kluwer, Deventer, 2007.
- Stubbé, J.P.M. (2008), 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', NTFR Beschouwingen 2008/3.

Studiecommissie belastingstelsel (2010), Continuïteit en vernieuwing, Een visie op het belastingstelsel, Kluwer, Deventer, 2010.

Teeffelen, L. van (2012a), De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012.

Teeffelen, L. van (2012b), Het profiel van overnemers: onbekend maakt onbemind, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012.

Teeffelen, L. van (2010), Exploring success and failure in small firm business transfers, (dissertatie Nijenrode Business Universiteit), 2010.

Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2013), 'De commanditaire vennootschap als opvolgingsinstrument', PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging 2013/01.

Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2012), Inkomstenbelasting-aspecten rondom bedrijfsopvolging, Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal-Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging, Service Point Erasmus, Rotterdam, 2013.

Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2011), Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: neutraliteit tussen leven en overlijden?, in: Maatschappelijk ingesteld, opstellen aangeboden aan Dr. D.A. Albrechtse ter gelegenheid van zijn afscheid van het Fiscaal-Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, Service Point Erasmus, Rotterdam, 2011.

Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2010), Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij kapitaalvennootschappen: economische en fiscaaltechnische aspecten, in: Naar een Europese winstbelasting? Papers uitgebracht ter gelegenheid van het jubileumcongres in verband met het 40-jarig bestaan van het Fiscaal-Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, gehouden op 11 juni 2010, Kluwer, Deventer, 2010.

Tol, W.M.P. van (2007), Belastinguitgaven: lastenkader of uitgavenkader?, in: Belasting met beleid, SDU, Den Haag, 2007.

Vereniging voor belastingwetenschap (1998), Inkomstenbelasting over vermogensmutaties (Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, nummer 208), Kluwer, Deventer, 1998.

Verhoeven, W., en C. Smit (2010), Financiering van MKB bedrijven; deel 1. Een overzichtsrapportage van de financieringssituatie in de periode 2008-2010, EIM, Zoetermeer, 2010.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2011), De bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het licht van het gelijkheidsbeginsel, in: Liber Amicorum Richard Happé, Opstellen

aangeboden aan prof. mr. R.H. Happé ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2009), 'Wetsvoorstel 31 930: een gebrek aan visie', WFR 2009/1231.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2008a), 'De Wet schenk- en erfbelasting 2010', WPNR 2008/6757.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2008b), 'Heffing van successierecht over onderbedelingsvorderingen: aanknopend bij de economische realiteit', WFR 2008/308.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2004), 'Contouren voor een nieuwe Successiewet', WPNR 2004/6576.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2002), 'Ontwikkelingen in de Successiewet', WPNR 2002/6478.

Vijfeijken, I.J.F.A. van (2001), 'De voorgestelde wijzigingen van de Successiewet 1956', WFR 2001/1381.

Vijfeijken, I.J.F.A. van, *Cursus Belastingrecht (Schenk- en Erfbelasting)*, Kluwer, Deventer, digitale editie.

Vijfeijken, I.J.F.A. van, en N.C.G. Gubbels (2010), 'Over kinderen, partners, tarieven en vrijstellingen', WPNR 2010/6831.

Vijfeijken, I.J.F.A. van, N. Gubbels, M. Hoogeveen e.a. (2007), *Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding*, SDU Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag, 2007.

Vis, J. (2010), *Ondernemend waarden: Waarderend ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde* (E.M. Meijers Reeks), Maklu-Uitgevers, Apeldoorn-Antwerpen, 2010.

Vording, H. (2007), 'Gelijke gevallen, en gevallen die gelijk lijken', NTFR 2007/366.

Weerepas, J.G.A.M. (1995), *Beginselen van de inkomstenbelasting en de praktijk van de wetgeving*, Gouda Quint, Arnhem, 1995.

Wennekers, A.R.M. en C.M. Hartog (2011), *Trendstudie MKB en ondernemerschap: Synthese*, EIM, Zoetermeer, 2011.

Werkgroep modernisering successiewetgeving (2000), Rapport van de werkgroep Moltmaker 'De warme, de koude en de dode hand' van 13 maart 2000, zie Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, Considerans, Aantekening 1.9.1.

Wijkersloot-Lhoëst, S.A.M. de (2012), Boffen met een boedelfaciliteit?, BDO Private Wealth Tax Fund, Tilburg, 2012.

Wijkersloot-Lhoëst, S.A.M. de (2009), 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802.

Wisselink (1994), Overdrachts- en liquidatiewinst (FM nr. 1), Kluwer, Deventer, 1994.

Zuiderwijk, J.C.L. (2009), 'Family business estate planning: een nieuw speelveld is aanstaande', Kwartaalbericht Estate Planning, juni 2009.

Zwemmer, J.W. (2007), 'De positie van de langstlevende partner in het successierecht', NTFR 2007/1570.

Zwemmer, J.W. (2004), 'De heffing van successie- en schenkingsbelasting bij bedrijfsopvolging', WPNR 2004/6576.

Zwemmer, J.W. (2001), De dood als belastbaar feit, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 2001.

Zwemmer, J.W. (2000), 'Bedrijfsopvolging in de Successiewet 1956', WPNR 2000/6391.

Conclusie van de vergelijking tussen vermogenswinst- en vermogensaanwasbelasting
Bijlage 1a: aanschafwaarde pand 400.000, aanschafwaarde inventaris 50.000 en waarde goodwill ultimo 2011 80.000

- Scenario's 1 fictief tarief - geen rente
 2 feitelijk tarief - rente (box 1)
 3 feitelijk tarief - rente (box 3)

Scenario 1: Vergelijking o.b.v. fictief tarief zonder rente

	Overige winst op basis van max. eerste schijf	vermogens- winst belasting	aanwas belasting	Overige winst op basis van max. tweede schijf	vermogens- winst belasting	aanwas belasting	Overige winst op basis van max. derde schijf	vermogens- winst belasting	aanwas belasting	Overige winst op basis van max. vierde schijf	vermogens- winst belasting	aanwas belasting
2002	2.984-	6.151	7.052-	6.824	7.839-	7.861	10.053-	8.736				
2003	2.984-	4.521	7.052-	5.084	7.839-	5.707	10.053-	6.582				
2004	2.984-	3.188	7.052-	3.661	7.839-	3.945	10.053-	4.820				
2005	2.984-	4.178	7.052-	4.718	7.839-	5.254	10.053-	6.129				
2006	2.984-	3.426	7.052-	3.916	7.839-	4.260	10.053-	5.135				
2007	2.984-	8.260	3.642-	9.075	3.904-	10.648	4.853-	11.523				
2008	2.984-	4.423	3.642-	4.980	3.904-	5.578	4.853-	6.453				
2009	2.984-	644	3.642-	743	3.904-	793	4.853-	982				
2010	2.984-	917	3.642-	1.058	3.904-	1.129	4.853-	1.398				
2011	85.030	1.408-	116.434	1.625-	118.416	1.734-	119.291	2.147-				
verrekening restverlies tegen schijf												
Totaal aan belasting	58.176	34.299	66.610	38.434	63.602	43.441	49.611	49.611				
Verschil o.b.v belastingen		23.877-	28.176-	28.176-	20.161-	20.161-	0	0				
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		23.877-	28.176-	28.176-	20.161-	20.161-	0	0				
Verschil a.g.v. rente op belastingen		0	0	0	0	0	0	0				

Scenario 2: Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 1

	Overige winst op basis van midden eerste schijf		Overige winst op basis van midden tweede schijf		Overige winst op basis van midden derde schijf		Overige winst op basis van vierde schijf	
	vermogens- winst belasting	vermogens- aanwas belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- aanwas belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- aanwas belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- aanwas belasting
2002	2.480-	5.937	6.598-	6.795	7.729-	7.741	10.053-	8.736
2003	2.633-	4.420	6.745-	5.060	7.789-	5.441	9.911-	6.459
2004	2.728-	3.074	6.825-	3.657	7.816-	3.743	9.771-	4.605
2005	2.906-	4.153	6.970-	4.769	7.848-	4.819	9.633-	5.849
2006	2.911-	3.272	6.845-	3.878	7.721-	3.899	9.497-	4.772
2007	2.623-	7.305	2.892-	8.070	3.122-	8.525	3.746-	9.983
2008	2.658-	3.586	2.893-	4.345	3.095-	4.339	3.698-	5.293
2009	2.680-	307	2.855-	336	3.046-	316	3.631-	300
2010	2.681-	535	2.762-	622	2.964-	603	3.525-	658
2011	70.886	1.457-	102.256	1.877-	103.964	1.923-	105.766	2.470-
verrekening restverlies tegen schijf								
Totaal aan belasting	46.587	31.133	56.871	35.653	52.834	37.505	42.301	44.185
Verschil o.b.v belastingen		15.454-		21.217-		15.329-		1.884
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		6.922-		7.951-		661-		19.806
Verschil a.g.v. rente op belastingen		8.532		13.266		14.668		17.921

Scenario 3: Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 3

	Overige winst op basis van max. eerste schijf vermogens-winst belasting	Overige winst op basis van max. tweede schijf vermogens-winst belasting	Overige winst op basis van max. derde schijf vermogens-winst belasting	Overige winst op basis van max. vierde schijf vermogens-winst belasting
2002	2.480- 5.937	6.598- 6.795	7.729- 7.741	10.053- 8.736
2003	2.618- 4.448	6.765- 5.097	7.825- 5.504	9.993- 6.530
2004	2.683- 3.089	6.826- 3.679	7.846- 3.766	9.871- 4.675
2005	2.827- 4.160	6.953- 4.777	7.876- 4.872	9.747- 5.912
2006	2.797- 3.276	6.803- 3.885	7.733- 3.905	9.621- 4.850
2007	2.472- 7.273	2.788- 8.037	3.075- 8.550	3.809- 10.013
2008	2.472- 3.562	2.745- 4.316	3.008- 4.307	3.715- 5.352
2009	2.460- 180	2.684- 266	2.941- 239	3.629- 319
2010	2.426- 373	2.563- 510	2.830- 483	3.493- 623
2011	69.306 1.630-	101.670 2.022-	103.305 2.052-	104.948 2.516-
Totaal	46.073 30.668	56.944 35.341	52.442 37.316	41.016 44.493
Verschil o.b.v belastingen	15.406-	21.603-	15.126-	3.477
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)	8.703-	11.079-	3.424-	17.846
Verschil a.g.v. rente op belastingen	6.703	10.524	11.702	14.369

Conclusie van de vergelijking tussen vermogenswinst- en vermogensaanwasbelasting
Bijlage 1b: aanschafwaarde pand 500.000, aanschafwaarde inventaris 50.000 en waarde goodwill ultimo 2011 80.000

- Scenario's 1 fictief tarief - geen rente
 2 feitelijk tarief - rente (box 1)
 3 feitelijk tarief - rente (box 3)

Scenario 1: Vergelijking o.b.v. fictief tarief zonder rente

	Overige winst op basis van max. eerste schijf	Overige winst op basis van max. tweede schijf	Overige winst op basis van max. derde schijf	Overige winst op basis van max. vierde schijf
	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting
2002	2.984- 8.000	7.847- 8.798	8.757- 10.305	11.267- 11.180
2003	2.984- 5.963	7.847- 6.623	8.757- 7.613	11.267- 8.488
2004	2.984- 4.297	7.847- 4.845	8.757- 5.410	11.267- 6.285
2005	2.984- 5.534	7.847- 6.166	8.757- 7.046	11.267- 7.921
2006	2.984- 4.594	7.847- 5.163	8.757- 5.804	11.267- 6.679
2007	2.984- 9.652	4.437- 10.561	4.822- 12.488	6.067- 13.363
2008	2.984- 4.857	4.437- 5.443	4.822- 6.151	6.067- 7.026
2009	2.984- 123	4.437- 142	4.822- 151	6.067- 187
2010	2.984- 464	4.437- 536	4.822- 572	6.067- 708
2011	93.533	2.442- 135.856	137.839	3.008- 138.714
verrekening restverlies tegen schijf				
Totaal aan belasting	66.679	78.872	74.761	58.114
Verschil o.b.v belastingen	25.636-	33.414-	22.229-	0
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)	25.636-	33.414-	22.229-	0
Verschil a.g.v. rente op belastingen	0	0	0	0

Scenario 2: *Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 1*

	Overige winst op basis van midden eerste schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van midden tweede schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van midden derde schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van vierde schijf vermogens- winst belasting					
2002	2.480-	7.769	7.328-	8.769	8.612-	10.185	11.267-	11.180	
2003	2.633-	5.839	7.537-	6.576	8.695-	7.312	11.107-	8.330	
2004	2.728-	4.179	7.594-	4.800	8.741-	4.982	10.950-	6.009	
2005	2.906-	5.549	7.751-	6.163	8.796-	6.533	10.795-	7.560	
2006	2.911-	4.438	7.613-	5.056	8.646-	5.188	10.643-	6.211	
2007	2.623-	8.554	3.567-	9.334	3.945-	10.073	4.763-	11.527	
2008	2.658-	3.918	3.561-	4.675	3.918-	4.652	4.702-	5.677	
2009	2.680-	220-	3.513-	329-	3.860-	365-	4.617-	548-	
2010	2.681-	80	3.402-	50	3.754-	15	4.482-	74-	
2011	77.574	2.397-	119.428	2.818-	121.154	3.134-	122.981	3.973-	
verrekening restverlies tegen schijf									
Totaal aan belasting	53.275	37.709	67.562	42.277	62.185	45.441	49.655	51.900	
Verschil o.b.v belastingen		15.565-		25.284-		16.744-		2.245	
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		5.557-		9.576-		854		23.447	
Verschil a.g.v. rente op belastingen		10.008		15.708		17.598		21.202	

Scenario 3: Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 3

	Overige winst op basis van max. eerste schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van max. tweede schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van max. derde schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van max. vierde schijf vermogens- winst aanwas belasting				
2002	2.480-	7.769	7.328-	8.769	8.612-	10.185	11.267-	11.180
2003	2.618-	5.875	7.560-	6.624	8.735-	7.395	11.199-	8.421
2004	2.683-	4.200	7.595-	4.829	8.775-	5.061	11.062-	6.099
2005	2.827-	5.559	7.732-	6.174	8.827-	6.603	10.923-	7.643
2006	2.797-	4.443	7.567-	5.066	8.660-	5.275	10.783-	6.311
2007	2.472-	8.512	3.452-	9.291	3.893-	10.105	4.834-	11.566
2008	2.472-	3.881	3.398-	4.632	3.824-	4.602	4.724-	5.744
2009	2.460-	386-	3.322-	421-	3.743-	471-	4.618-	531-
2010	2.426-	127-	3.178-	93-	3.604-	144-	4.450-	125-
2011	75.994	2.616-	118.758	3.067-	120.392	3.304-	122.033	4.038-
Totaal	52.761	37.108	67.626	41.805	61.718	45.307	48.173	52.268
Verschil o.b.v belastingen		15.653-		25.822-		16.411-		4.096
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		7.665-		13.299-		2.290-		21.149
Verschil a.g.v. rente op belastingen		7.988		12.523		14.121		17.054

Conclusie van de vergelijking tussen vermogenswinst- en vermogensaanwasbelasting
Bijlage 1c: aanschafwaarde pand 200.000, aanschafwaarde inventaris 10.000 en waarde goodwill ultimo 2011 20.000

- Scenario's 1 fictief tarief - geen rente
 2 feitelijk tarief - rente (box 1)
 3 feitelijk tarief - rente (box 3)

Scenario 1: Vergelijking o.b.v. fictief tarief zonder rente

	Overige winst op basis van max. eerste schijf	Overige winst op basis van max. tweede schijf	Overige winst op basis van max. derde schijf	Overige winst op basis van max. vierde schijf
	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting	vermogens- winst belasting
2002	2.273- 3.239	2.623- 3.716	2.800- 4.013	3.467- 4.888
2003	2.273- 2.499	2.623- 2.884	2.800- 3.078	3.467- 3.811
2004	2.273- 1.922	2.623- 2.217	2.800- 2.367	3.467- 2.930
2005	2.273- 2.351	2.623- 2.713	2.800- 2.895	3.467- 3.585
2006	2.273- 2.025	2.623- 2.337	2.800- 2.494	3.467- 3.088
2007	1.591- 3.113	1.836- 3.581	1.960- 3.846	2.427- 4.721
2008	1.591- 1.434	1.836- 1.655	1.960- 1.766	2.427- 2.186
2009	1.591- 360-	1.836- 416-	1.960- 444-	2.427- 549-
2010	1.591- 224-	1.836- 258-	1.960- 275-	2.427- 341-
2011	43.715 1.386-	46.388 1.599-	48.370 1.707-	49.245 2.114-
verrekening restverlies tegen schijf				
Totaal aan belasting	25.983	25.926	26.530	22.205
Verschil o.b.v belastingen	11.371-	9.097-	8.497-	0
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)	11.371-	9.097-	8.497-	0
Verschil a.g.v. rente op belastingen	0	0	0	0

Scenario 2: Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 1

	Overige winst op basis van midden eerste schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van midden tweede schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van midden derde schijf vermogens- winst aanwas belasting	Overige winst op basis van vierde schijf vermogens- winst aanwas belasting				
2002	2.157-	3.136	2.500-	3.687	2.800-	3.948	3.467-	4.888
2003	2.191-	2.401	2.583-	2.857	2.768-	3.033	3.418-	3.742
2004	2.197-	1.840	2.644-	2.210	2.736-	2.287	3.369-	2.808
2005	2.232-	2.302	2.708-	2.792	2.705-	2.789	3.322-	3.423
2006	2.195-	1.938	2.646-	2.331	2.674-	2.356	3.275-	2.877
2007	1.323-	2.654	1.606-	3.242	1.623-	3.284	1.970-	4.023
2008	1.310-	1.154	1.607-	1.408	1.607-	1.407	1.944-	1.691
2009	1.288-	442-	1.588-	586-	1.581-	592-	1.909-	788-
2010	1.254-	313-	1.543-	422-	1.539-	428-	1.853-	582-
2011	37.838	1.296-	40.293	1.676-	41.937	1.684-	43.641	2.135-
verrekening restverlies tegen schijf								
Totaal aan belasting	21.691	13.374	20.867	15.843	21.903	16.400	19.115	19.947
Verschil o.b.v belastingen		8.318-		5.024-		5.504-		832
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		3.247-		1.031		812		8.593
Verschil a.g.v. rente op belastingen		5.071		6.056		6.315		7.761

Scenario 3: Vergelijking o.b.v. feitelijk tarief met rente box 3

	Overige winst op basis van max. eerste schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van max. tweede schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van max. derde schijf vermogens- winst belasting	Overige winst op basis van max. vierde schijf vermogens- winst belasting				
2002	2.157-	3.136	2.500-	3.687	2.800-	3.948	3.467-	4.888
2003	2.197-	2.411	2.590-	2.877	2.783-	3.054	3.446-	3.782
2004	2.197-	1.838	2.651-	2.220	2.749-	2.300	3.404-	2.848
2005	2.226-	2.292	2.718-	2.796	2.715-	2.795	3.361-	3.460
2006	2.182-	1.921	2.650-	2.334	2.680-	2.360	3.318-	2.922
2007	1.289-	2.615	1.591-	3.222	1.608-	3.264	1.991-	4.042
2008	1.263-	1.107	1.581-	1.386	1.579-	1.384	1.955-	1.713
2009	1.232-	508-	1.554-	628-	1.545-	636-	1.913-	787-
2010	1.187-	393-	1.498-	483-	1.492-	492-	1.847-	609-
2011	37.628	1.379-	40.040	1.741-	41.677	1.750-	43.322	2.167-
Totaal	21.697	13.039	20.706	15.671	21.726	16.228	18.621	20.092
Verschil o.b.v belastingen		8.658-		5.035-		5.498-		1.471
Totaal verschil (- = vermogensaanwas voordeliger)		4.604-		180-		414-		7.765
Verschil a.g.v. rente op belastingen		4.054		4.855		5.084		6.294

Bijlage 2: Tarieven inkomstenbelasting/premies volksverzekeringen box 1

IB/PVV bij fictieve schijven en een gelijk fictief tarief over alle jaren

Schijf	van	tot	IB	IB	IB	PVV	PVV	midden schijf
0 €	100.000,00- €	-	0,00%			0,00%		
1 €	- €	17.500,00	2,95%			31,15% €	- €	8.750,00
2 €	17.500,00 €	35.000,00	8,20% €	516,00		31,15% €	5.451,00 €	8.750,00
3 €	35.000,00 €	52.500,00	42,00% €	1.951,00		0,00% €	10.902,00 €	8.750,00
4 €	52.500,00 €	100.000,00	52,00% €	9.301,00		0,00% €	10.902,00	
IB/PVV 2002								
Schijf	van	tot	IB	IB	IB	PVV	PVV	
0 €	100.000,00- €	-	0,00%			0,00%		
1 €	- €	15.331,00	2,95%			29,40% €	- €	7.665,50
2 €	15.331,00 €	27.847,00	8,45% €	452,00		29,40% €	4.507,00 €	6.258,00
3 €	27.847,00 €	47.745,00	42,00% €	1.509,00		0,00% €	8.186,00 €	9.949,00
4 €	47.745,00 €	100.000,00	52,00% €	9.866,00		0,00% €	8.186,00	
IB/PVV 2003								
Schijf	van	tot	IB	IB	IB	PVV	PVV	
0 €	100.000,00- €	-	0,00%			0,00%		
1 €	- €	15.883,00	1,70%			31,45% €	- €	7.941,50
2 €	15.883,00 €	28.850,00	7,80% €	270,00		31,45% €	4.995,00 €	6.483,50
3 €	28.850,00 €	49.464,00	42,00% €	1.281,00		0,00% €	9.073,00 €	10.307,00
4 €	49.464,00 €	100.000,00	52,00% €	9.938,00		0,00% €	9.073,00	

IB/PVV 2010		van		tot	IB	IB	IB	PVV	PVV
Schijf	0 €	100.000,00- €	– €	–	0,00%	0,00%	0,00%	– €	9.109,00
	1 €	– €	– €	18.218,00	2,30%	2,30%	31,15% €	– €	7.260,00
	2 €	18.218,00 €	– €	32.738,00	10,80% €	10,80% €	31,15% €	5.674,00 €	10.814,50
	3 €	32.738,00 €	– €	54.367,00	42,00% €	42,00% €	0,00% €	10.196,00 €	–
	4 €	54.367,00 €	– €	100.000,00	52,00% €	52,00% €	0,00% €	10.196,00	–
IB/PVV 2011									
Schijf	0 €	100.000,00- €	– €	–	0,00%	0,00%	0,00%	– €	9.314,00
	1 €	– €	– €	18.628,00	1,85%	1,85%	31,15% €	– €	7.404,00
	2 €	18.628,00 €	– €	33.436,00	10,80% €	10,80% €	31,15% €	5.802,00 €	11.129,00
	3 €	33.436,00 €	– €	55.694,00	42,00% €	42,00% €	0,00% €	10.414,00 €	–
	4 €	55.694,00 €	– €	100.000,00	52,00% €	52,00% €	0,00% €	10.414,00	–

Box 3 tarief 30%

MKB Winstvrijstellingen:

2001	0,00%
2007	10,00%
2008	10,00%
2009	10,50%
2010	12,00%
2011	12,00%

Bijlage 3: Gehanteerde rentepercentages 2002-2011¹

Percentages behorende bij 'deposito's met opzegtermijn uitstaande bedragen; opzegtermijn minder dan 3 maanden' voor niet-financiële instellingen:

2002: 3,82%²
2003: 2,72%
2004: 2,69%
2005: 2,50%
2006: 2,46%
2007: 2,50%
2008: 2,62%
2009: 2,57%
2010: 2,83%
2011: 2,00%

1. <http://www.statistics.dnb.nl/financiele-markten/rentes/index.jsp>.
2. De rentepercentages zijn vanaf 2003 beschikbaar. Voor het jaar 2002 heb ik een percentage herleid. Dit heb ik gedaan door het gemiddelde verschil te berekenen tussen de 12 maands Euribor en de cijfers van DNB over de periode van 2003 tot en met 2005. Het in het model gebruikte rentepercentage over 2002 is vervolgens de 12-maands Euribor over 2002 gecorrigeerd met het berekende verschil.

Bijlage 4: Waardeontwikkeling bedrijfspand 2002-2011

Jaar	Mutatie WOZ-waarde	Mutatie CPI ¹	Correctie	Waarde mutatie pand	Prijsindex pand
2002	Geen gegevens	3,30%	1,40%	4,70%	104,70
2003	Geen gegevens	2,10%	1,40%	3,50%	108,36
2004	Geen gegevens	1,20%	1,40%	2,60%	111,18
2005	Geen gegevens	1,70%	1,40%	3,10%	114,63
2006	2,59%	1,20%	-	2,59%	117,60
2007	3,01%	1,60%	-	3,01%	121,14
2008	0,91%	niet relevant	-	0,91%	122,24
2009	-1,25%	niet relevant	-	-1,25%	120,71
2010	-1,10%	niet relevant	-	-1,10%	119,38
2011	-2,54%	niet relevant	-	-2,54%	116,35

Onder een VAB is het van belang ieder jaar de waarde in het economische verkeer van het pand te berekenen. Er zijn evenwel geen overzichten beschikbaar waaruit de waarde in het economische verkeer van niet-woningen blijkt. De Waarderingskamer² houdt wel overzichten bij met betrekking tot de WOZ-waarde van niet-woningen.³ Ondanks dat de waarde in het economische verkeer en de WOZ-waarde kunnen verschillen, meen ik dat de WOZ-waarde bruikbaar is om de waardeontwikkeling van panden te analyseren.⁴ De Waarderingskamer maakt pas vanaf 2008 zelf overzichten met betrekking tot de waarde ontwikkeling van niet-woningen. Voor de jaren 2006 en 2007 heb ik zelf de waarde mutatie herleid uit cijfers van de gemeenten.⁵ Voor de bepaling van de waarde mutatie voor de jaren 2002-2005 is het gemiddelde verschil tussen de mutatie van de WOZ-waarde en de mutatie CPI over de jaren 2006-2007 genomen. Dit verschil was 1,4%. Het percentage van 1,4 is vervolgens opgeteld bij de mutatie CPI over de jaren 2002-2005.

1. <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=71311ned&D1=0-1,4-5&D2=0&D3=77,90,103,116,129,142,155,168,181,194,196-231,233-235&HDR=G2&STB=T,G1&VW=T>.
2. De Waarderingskamer maakt de overzichten op basis van door de gemeenten verstrekte gegevens. De overzichten zijn niet openbaar gemaakt, maar kunnen wel worden opgevraagd bij de Waarderingskamer.
3. Op grond van art. 17, tweede lid, Wet WOZ geldt de volgende definitie: *'De waarde wordt bepaald op de waarde die aan de onroerende zaak dient te worden toegekend, indien de volle en onbezwaarde eigendom daarvan zou kunnen worden overgedragen en de verkrijger de zaak in de staat waarin die zich bevindt, onmiddellijk en in volle omvang in gebruik zou kunnen nemen.'*
4. De WOZ-waarde is ook van belang voor de in art. 3.30a Wet IB 2001 opgenomen afschrijvingsbeperking.
5. Deze cijfers zijn wel door de Waarderingskamer verstrekt.

JURISPRUDENTIEREGISTER

EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Ciaja/Italië, BNB 2002/398	4.2.2.2, 5.3.3.3.a, 5.3.3.1
EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, zaak M.A. en anderen tegen Finland, V-N 2003/52.2	4.3.3.3, 5.3.3.3.c
EHRM 12 december 2006, nr. 13 378/05, zaak Burden en Burden/Verenigd Koninkrijk, overweging 60, FED 2007/107	5.3.3.3.a
EHRM 12 december 2006, nr. 13 378/05, zaak Burden en Burden/Verenigd Koninkrijk, V-N 2007/54.5	4.2.2.2
HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-513/03, BNB 2006/194	3.4.3
HR 2 januari 1903, PW 9536	3.4.3
HR 10 maart 1920, B 2443	3.2.3
HR 17 maart 1920, B 2444	3.2.3
HR 19 mei 1920, B 2464	3.2.3
HR 3 oktober 1928, B 4374	3.2.4.2
HR 16 april 1930, B 4726	3.2.3
HR 2 april 1947, B 8335	3.2.4.3.a
HR 18 juni 1952, B 9238	3.2.4.3.a, 4.2.3.2.a
HR 18 juni 1952, B 9242	3.2.4.3.f
HR 20 mei 1953, nr. 11 301, BNB 1953/190	3.2.4.2, 3.2.4.3.b
HR 7 oktober 1953, nr. 11 412, BNB 1953/277	3.2.4.3.b
HR 9 december 1953, nr. 11 536, BNB 1954/9	3.2.4.3.a, 3.5.2, 3.2.2.3, 4.2.3.2.b, 4.4.2, 6.2.1.2.a
HR 20 januari 1954, nr. 11 577, BNB 1955/154	3.2.4.3.c
HR 17 februari 1954, nr. 11 620, BNB 1955/138	3.2.4.2
HR 1 december 1954, nr. 11 998, BNB 1955/16	3.2.4.2
HR 12 januari 1955, nr. 12 058, BNB 1955/80	3.3.3.2, 4.2.4.2.a, 4.2.4.3.b
HR 19 januari 1955, nr. 12 017, BNB 1955/67	3.2.4.2
HR 26 januari 1955, nr. 12 088, BNB 1955/216	3.2.4.3.a, 3.2.4.3.b
HR 23 februari 1955, nr. 12 168, BNB 1955/130	3.2.4.3.c
HR 9 maart 1955, nr. 12 178, BNB 1955/160	3.5.2, 3.2.4.3.c
HR 29 juni 1955, nr. 12 416, BNB 1955/310	3.2.4.3.c
HR 28 december 1955, nr. 12 568, BNB 1956/56	3.2.4.3.b
HR 7 maart 1956, nr. 12 623, BNB 1956/121	3.2.4.2
HR 30 mei 1956, nr. 12 639, BNB 1956/222	3.2.4.2
HR 13 maart 1957, nr. 13 085, BNB 1957/141	3.3.2
HR 10 april 1957, nr. 13 104, BNB 1957/266	3.2.4.3.b
HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208	3.2.4.2

HR 26 juni 1957, nr. 13 189, BNB 1957/267	3.2.4.3.c, 3.2.4.3.d, 3.2.4.3.e
HR 9 oktober 1957, nr. 13 235, BNB 1957/302	4.2.4.3.d
HR 11 december 1957, nr. 13 381, BNB 1958/22	3.2.4.2
HR 2 januari 1958, nr. 13 379, BNB 1958/56	3.2.4.2
HR 5 maart 1958, nr. 13 427, BNB 1958/148	3.2.4.3.a, 3.5.2, 4.2.3.2.b, 4.4.2
HR 21 mei 1958, nr. 13 574, BNB 1958/212	3.2.2.2
HR 29 oktober 1958, nr. 13 649, BNB 1958/342	3.2.4.2
HR 29 april 1959, nr. 13 891, BNB 1959/222	4.2.4.3.d
HR 16 december 1959, nr. 14 092, BNB 1960/34	3.5.2, 3.2.4.3.c
HR 10 februari 1960, nr. 14 162, BNB 1960/123	3.3.3.2
HR 24 februari 1960, nr. 14 197, BNB 1960/84	3.2.4.2
HR 21 juni 1961, nr. 14 459, BNB 1961/272	3.2.4.2
HR 6 maart 1968, nr. 15 824, BNB 1968/103	3.2.4.2
HR 7 mei 1969, nr. 16 075, BNB 1970/58	3.2.4.2
HR 21 april 1971, nr. 28 322, BNB 1971/158	3.3.3.1
HR 21 februari 1973, nr. 17 023, BNB 1973/108	3.2.4.3.a
HR 13 maart 1974, nr. 17 256, BNB 1974/158	3.2.4.2
HR 9 april 1975, nr. 17 413, BNB 1975/157	3.2.4.2
HR 8 september 1976, nr. 17 943, BNB 1976/226	4.2.4.2.a
HR 8 maart 1978, nr. 18 249, BNB 1978/86	3.4.3
HR 14 juni 1978, nr. 18 405, BNB 1979/181	3.2.4.2
HR 25 oktober 1978, nr. 18 747, BNB 1979/56	3.2.4.3.b
HR 11 maart 1981, nr. 20 196, BNB 1981/143	3.2.4.3.b, 3.2.4.3.f
HR 1 juli 1981, nr. 20 529, BNB 1981/245	3.2.4.3.b
HR 7 oktober 1981, nr. 20 722, BNB 1981/299	3.2.2.2
HR 28 april 1982, nr. 20 827, BNB 1982/184	4.2.3.3.a
HR 16 oktober 1985, nr. 23 025, BNB 1985/320	3.2.4.3.a
HR 11 december 1985, nr. 23 159, BNB 1987/187	3.2.4.2
HR 28 juni 1989, nr. 25 464, BNB 1990/147	3.3.3.2
HR 23 augustus 1989, nr. 25 252, BNB 1989/276	3.2.4.3.b
HR 14 maart 1990, nr. 26 043, BNB 1990/127	3.2.4.2
HR 18 april 1990, nr. 26 016, BNB 1990/236	3.2.4.3.b
HR 18 december 1991, nr. 26 674, BNB 1992/181	3.2.4.2
HR 18 december 1991, nr. 27 423, BNB 1992/112	3.3.3.1
HR 18 maart 1992, nr. 27 918, BNB 1992/186	3.2.4.2
HR 10 juni 1992, nr. 27 702, BNB 1992/258	3.4.3
HR 23 september 1992, nr. 28 155, BNB 1993/60	3.2.4.2
HR 14 oktober 1992, nr. 28 064, BNB 1992/392	3.2.4.2
HR 21 oktober 1992, nr. 28 548, BNB 1993/29	4.2.2.2, 5.3.3.1, 5.3.3.4.a
HR 7 april 1993, nr. 28 978, BNB 1993/174	3.2.4.3.b
HR 17 november 1993, nr. 28 587, BNB 1994/36	5.3.3.3.c
HR 9 februari 1994, nr. 28 787, BNB 1994/231	3.3.3.2
HR 16 maart 1994, nr. 29 672, BNB 1994/180	3.4.3
HR 15 juni 1994, nr. 28 840, BNB 1994/261	4.2.3.3.a
HR 27 november 1996, nr. 31 642, BNB 1997/78	3.2.4.2
HR 12 februari 1997, BNB 1997/174-176	3.2.2.3

HR 12 februari 1997, nr. 30 752, BNB 1997/173	3.2.2.3
HR 26 februari 1997, nr. 31 928, BNB 1997/145	3.2.4.2
HR 22 juli 1997, nr. 31 017, BNB 1997/328	5.3.3.4.c
HR 5 november 1997, nr. 31 849, BNB 1998/8	3.4.3
HR 15 juli 1998, nr. 31 922, BNB 1998/263	5.3.3.2
HR 17 augustus 1998, nr. 33 078, BNB 1999/122	5.3.3.3.c
HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409	3.2.4.2
HR 16 december 1998, nr. 34 172, BNB 1999/147	3.2.2.3
HR 16 december 1998, nr. 34 174, BNB 1999/148	3.2.2.3
HR 29 september 1999, nr. 33 936, BNB 1999/423	1.4
HR 14 juni 2000, nr. 35 494, BNB 2000/269	3.2.4.2
HR 28 juni 2000, nr. 34 169, BNB 2000/275	3.2.4.2
HR 14 juli 2000, nr. 35 059, BNB 2000/306	5.3.3.2
HR 14 juli 2000, nr. 35 646, BNB 2000/321	3.2.4.3.b, 5.3.4.3
HR 25 juli 2000, nr. 34 742, BNB 2001/2	3.2.4.2
HR 11 april 2001, nr. 36 381, BNB 2001/245	4.2.3.1
HR 12 juli 2002, nr. 36 902, BNB 2002/317	3.4.3
HR 17 januari 2003, nr. 36 510, BNB 2003/139	3.2.4.2
HR 6 juni 2003, nr. 37 755, BNB 2004/5	5.3.3.2, 5.3.3.3.a
HR 19 december 2003, nr. 38 279, BNB 2004/141	3.2.4.2
HR 23 januari 2004, nr. 38 029, BNB 2004/163	3.2.4.2
HR 15 april 2005, nr. 39 905, BNB 2005/250	3.2.4.2
HR 17 juni 2005, nr. 38 288, BNB 2005/320	3.4.4
HR 8 juli 2005, nr. 39 870, BNB 2005/310	4.2.2.2, 5.3.3.3.a
HR 8 juli 2005, nr. 39 870, BNB 2005/310, vgl. EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, zaak Della Cijaja/Italië, BNB 2002/398	5.3.3.3.c
HR 10 maart 2006, nr. 38 044, BNB 2007/15	3.3.3.1
HR 28 april 2006, nr. 42 002, BNB 2007/89	4.2.3.4.a, 4.2.3.3.d
HR 2 juni 2006, nr. 41 552, V-N 2006/35.16	3.3.3.2
HR 14 juli 2006, nr. 42 125, BNB 2006/321	3.2.2.4
HR 22 december 2006, nr. 39 261, BNB 2007/113	3.4.3
HR 5 januari 2007, nr. 42 683, BNB 2007/139	4.2.3.4.a
HR 2 maart 2007, nr. 43 336, BNB 2007/177	4.2.2.2
HR 10 augustus 2007, nr. 41 283, BNB 2007/302	3.2.4.2
HR 19 oktober 2007, nr. 41 938, BNB 2008/17	5.3.3.3.a
HR 16 november 2007, nr. 42 970, BNB 2008/26	3.2.4.2
HR 20 maart 2009 nr. 43 393, BNB 2009/179	3.4.4
HR 20 maart 2009 nr. 43 394, BNB 2009/180	3.4.4
HR 20 maart 2009, nr. 43 393 en 43 394, BNB 2009/179	3.2.4.3.b
HR 20 maart 2009, nr. 43 393 en 43 394, BNB 2009/180	3.2.4.3.b
HR 25 september 2009, nr. 43 874, BNB 2010/31	4.2.4.3.d
HR 12 februari 2010, nr. 09/00193, BNB 2010/121	3.4.4
HR 21 mei 2010, nr. 09/02715, V-N 2010/25.16	3.4.4
HR 9 juli 2010, nr. 08/05311, BNB 2010/286	4.2.4.3.d
HR 10 september 2010, nr. 08/04653, BNB 2011/65	5.3.3.2
HR 15 oktober 2010, nr. 09/00435, BNB 2011/34	3.2.4.3.b

HR 15 oktober 2010, nr. 09/03561, V-N 2010/53.29	5.3.3.3.a
HR 8 juli 2011, nr. 09/04401, V-N 2011/62.12	3.2.3
HR 28 oktober 2011, nr. 10/01544, BNB 2012/36	5.3.3.3.a, 5.3.3.3.c
HR 9 december 2011, nr. 11/02099, V-N 2012/6.4	5.3.3.2, 5.3.3.3.a, 5.3.3.4.c
HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80	3.3.3.1, 4.2.4.3.d
HR 16 december 2011, nr. 11/01332, V-N 2012/4.30	3.4.4
HR 12 oktober 2012, nr. 11/03804, BNB 2012/315	3.2.4.3.b, 3.2.5.2
HR 7 december 2012, nr. 12/02062, NTFR 2013/45	4.3.4.5, 6.2.1.4.b
HR 12 juli 2013, nr. 12/01745, V-N 2013/37.21	3.4.3, 5.2
HR 9 oktober 2009, nr. 43 992, BNB 2010/77 (concl. AG Niessen)	5.3.3.4.c
Hof 's-Hertogenbosch 8 december 1989, nr. 3929/1987, BNB 1991/140	4.2.4.3.d
Hof Amsterdam 20 maart 2001, nr. 99/3017, FED 2001/258	3.4.3
Hof 's-Gravenhage 7 maart 2002, nr. 00/01326, FED 2002/470	4.2.4.3.d
Hof Arnhem 3 juni 2009, nr. 07/00309, NTFR 2009/1872	5.2
Hof Arnhem 22 september 2009, nr. 08/00158, NTFR 2009/2260	3.2.2.4
Hof Arnhem 22 maart 2011, nr. 10/00194, V-N 2011/23.1.3	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, nr. 12/00183, V-N 2013/15.20	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Hof 's-Hertogenbosch 18 april 2013, nr. 12/00496, V-N 2013/19.25	5.3.3.2, 5.3.3.3.c
Rechtbank Breda 6 december 2006, nr. 06/00423, NTFR 2007/413	4.2.3.4.a
Rechtbank Breda 10 oktober 2008, nr. AWB 06/5924, V-N 2009/14.23	3.2.4.3.b
Rechtbank Arnhem, 25 maart 2010, nr. 09/1750, NTFR 2012/1952	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Rechtbank Breda 13 juli 2012, nr. 11/05509, NTFR 2012/1997	5.3.3.2, 5.3.3.3.c, 6.3.2.2
Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. 12/1375, NTFR 2013/808	5.3.3.2
Rechtbank Arnhem 1 november 2012, nr. 12/1375, V-N 2012/62.15	5.3.3.4.c
Rechtbank Breda 22 november 2012, nr. 12/525, NTFR 2013/809	5.3.3.2
Rechtbank Haarlem 14 december 2012, nr. 12/222, 12/223, 12/224, NTFR 2013/241	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5949, www.rechtspraak.nl	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5950, www.rechtspraak.nl	5.3.3.2
Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5955, V-N 2013/15.21	5.3.3.4.c
Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem) 29 januari 2013, nr. 12/5955, V-N 2013/15.21 nr. 12/6261, www.rechtspraak.nl	5.3.3.2

Rechtbank Oost-Nederland (zittingsplaats Arnhem)	
29 januari 2013, nr. 12/6261, www.rechtspraak.nl	5.3.3.4.c
Rechtbank Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem)	
14 februari 2013, nr. 13/98, www.rechtspraak.nl	5.3.3.2, 5.3.3.4.c
Rechtbank Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Breda)	
29 maart 2013, nr. 12/6433, V-N 2013/29.2.4	5.3.3.2

TREFWOORDENREGISTER

36-maandseis	4.2.3.4.d, 4.2.4.5.d
aandeelhouder-belegger	3.3.3.1
aandeelhouder-ondernemer	3.3.3.1
aandelenfusie	5.3.4.3
aangifte	5.3.6
aankoopkosten	2.4.4
ab-criterium	3.3.3.1
aflossing	4.3.3.5, 4.3.4.5, 4.3.5.5
aflossingsperiode	6.2.1.3.b, 6.2.1.4.b
afschrijvingen	3.2.4.2
altman-model	4.2.2.4, 5.3.2
asymmetrische informatie	2.3.3
bedrijfsmiddelen	3.2.4.2
bedrijfswaarde	3.2.4.2
beherend vennoot	4.2.4.3.d, 5.3.5.3, 5.3.5.4.a, 5.3.5.4.c
belastinguitgave	2.5
beleggingsmarge	6.2.2.2.a, 6.3.2.2
beleggingsvermogen	4.2.4.2.a, 4.2.4.3.d, 4.2.4.3.e, 5.2, 5.3.5.5, 5.3.6, 6.2.1.4.a, 6.2.2.2.a, 6.3.1.4.a, 6.3.1.4.b, 6.3.1.4.c, 6.3.2.2
bestuursbevoegd	6.2.1.2.a, 6.2.1.2.b, 6.3.1.4.a
bezitseis	5.3.5.7, 6.3.2.2
bijzonder tarief	3.2.5.3, 4.3.2.5, 6.3.1.3.b
boedelbelasting	3.4.3
boedelfaciliteit	6.3.2.4
buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen	4.2.3.4.a, 5.3.5.2, 6.2.2.2.a
cadeaueffect	2.5
certificaten van aandelen	4.2.4.3.d, 5.3.4.3

commanditair vennoot	3.2.2.4, 3.2.4.3.c, 5.3.5.3
commanditaire vennootschap	4.2.4.3.d
conserverende aanslag	5.3.6
contante waarde van de belastingclaim	6.3.1.2
deelnemingsvrijstelling	1.2
dienstbetrekkingsseis	4.2.3.4.d, 4.2.4.5.d, 6.3.1.3.c, 6.3.1.4.d
dividendfaciliteit	4.2.4.3.d, 6.2.1.4.a
dividenduitkering	6.3.1.6.c
doelmatigheid	1.4
doelmatigheidsmarge	4.2.4.3.e, 6.2.1.4.b, 6.3.1.4.b
doeltreffendheid	1.4
doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens erfrecht	4.2.4.3, 6.3.1.4.b
doorschuiving ab-claim bij overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en verdeling huwelijksgemeenschap	4.2.4.2, 6.2.1.2.b, 6.3.1.4.a
doorschuiving ab-claim bij overdracht krachtens schenking	4.2.4.5, 6.3.1.4.d
doorschuiving ab-claim bij verdeling nalatenschap	4.2.4.4, 6.3.1.4.c
doorschuiving bij ontbinding huwelijksgemeenschap winstgenieter	4.2.3.2, 6.2.1.2.a, 6.3.1.3.a
doorschuiving bij staking door overlijden winstgenieter	4.2.3.3, 6.3.1.3.b
doorschuiving naar ondernemers en werknemers draagkrachtbeginsel	4.2.3.4, 6.3.1.3.c 1.4, 2.4.2.3, 3.2.4, 4.2.2.2, 5.3.3.5, 6.3.2.2
durfkapitaal	2.3.3, 6.2.3
duurzaam overtollig vermogen	4.2.3.4.d, 5.2, 5.3.5.2
eerste welvaartstheorema	2.2
enkelvoudige rente	6.2.1.3.a
erfstelling	3.4.3
externe effecten	2.3.2
fictief ab	3.3.3.1, 4.2.4.3.d
fictieve afrekening	4.2.3.3.d
fictieve staking	3.2.4.3.a
fictieve vervreemding	3.3.3.2
financiering van de koopsom	6.2.3
first-best voorstel	6.1

gebrekkig werkende kapitaalmarkt	2.3.3, 4.2.2.1, 5.3.2
gedeeltelijke staking	3.2.4.3.a, 3.2.4.3.c
gelijke gevallen	5.3.3.2
gelijkheid	1.4
gelijkheidsbeginsel	1.4, 5.3.3.2, 6.3.2.2
gewone aandelen	5.3.5.4.d, 6.3.1.4.b, 6.3.2.2
gift	3.4.3
goed koopmansgebruik	3.2.4.2
goodwill	3.2.4.2, 3.2.4.3.b, 5.3.3.3.c
herverdeling	2.2
herwaarderingswinst	3.2.4.3.c
horizontale gelijkheid	1.4
H-S inkomensbegrip	2.4.2.2, 2.5
huurverkoop	3.2.4.3.b
inbreng van een onderneming in een personenvennootschap	3.2.4.3.c
incourantheid	5.3.3.5
indirect belang	5.2, 5.3.5.4.a, 6.3.2.2
inflatie	2.4.2.4, 3.2.3
inkomensbegrip	2.4.2.1, 2.5
inkomstenbeperkende regelingen	2.5
invorderingsfaciliteit bij overlijden ab-houder	6.2.1.4.a, 6.3.1.6.a
invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende ab-aandelen	4.3.4, 6.2.1.4.b, 6.3.1.6.b
invorderingsfaciliteit bij schuldigerkenning van de koopsom betreffende een IB-onderneming	4.3.3, 6.2.1.3.b, 6.3.1.5.b
invorderingsfaciliteit overdracht indirect ab	4.3.5, 6.3.1.6.c
invorderingsfaciliteit overlijdenswinst winstgenieter	4.3.2, 6.2.1.3.a, 6.3.1.5.a
invorderingsfaciliteit voor de verkrijger van een onderbedelingsvordering	6.2.2.2.b, 6.3.2.4
invorderingsfaciliteit voor de voortzetter	6.2.2.2.a, 6.3.2.3
jaarwinst	3.2.4.2, 3.2.4.3.a
kapitaalmarktimperfections	2.3.3, 4.2.2.1, 6.2.3
keuzevermogen	5.2, 5.3.5.2
last	5.2
latente belastingschuld	3.4.3, 5.2
legatering	3.4.3
legitimiteit	1.4

liquidatiewaarde	3.4.4, 5.3.3.3.b, 5.3.3.4.b, 5.3.3.5, 6.3.2.2
liquiditeitsbeginsel	2.4.2.2
lock-in effect	2.4.2.3
marktfalen	2.2, 2.3.1, 5.3.2, 6.2.1.3.a
materiële onderneming	4.2.4.3.a, 4.2.4.3.d, 5.3.5.2, 6.3.1.4.b, 6.3.1.4.d
medegerechtigde	3.2.4.3.b, 3.2.4.3.c
medegerechtigdheid	4.2.4.3.d, 5.3.5.3, 5.3.5.4.c, 5.3.5.5, 6.3.1.4.b
meetrek ab	3.3.3.1, 4.2.4.3.d, 5.3.5.4.b, 6.3.1.4.b
middelingsregeling	3.2.5.3
nettoverkrijging	5.3.3.3.e
neutraliteit	1.4
nominalistische winstbegrip	2.3.2, 3.3.2
objectieve en redelijke rechtvaardiging	4.2.2.2, 5.3.3.3.a, 5.3.3.3.c
objectieve onderneming	3.2.2.2, 3.2.2.3, 5.2
omzettingseis	5.3.5.4.d
onderbedelingsvordering	3.4.3, 5.3.3.2, 5.3.3.3.e, 5.3.3.4.e, 5.3.5.8, 6.2.2.2.b
onderhanden werk	3.2.4.2
ondernemer	3.2.2.3, 3.2.2.4, 5.3.5.4.a, 6.3.1.3.b, 6.3.1.4.b
ondernemingsvermogen	4.2.4.3.d, 5.2, 5.3.3.2, 5.3.4.3, 5.3.5.2, 5.3.5.5, 5.3.6, 6.2.1.2.b, 6.2.1.4.a, 6.2.2.2.a, 6.3.1.4.a, 6.3.1.4.b, 6.3.1.6.c, 6.3.2.2, 6.3.2.4
ongelijke gevallen	5.3.3.4.a
onroerende zaken	5.3.5.6
ontbinding van een huwelijksgemeenschap	3.2.4.3.a
oudedagsreserve	4.2.2.4, 6.3.1.3.b, 6.3.1.3.c
overdrachtswinst	3.2.4.3.c
overdracht tegen schuldigerkenning	6.3.1.3.c
overdracht van een onderneming tegen een lijfrente	3.2.4.3.b
overdracht van een onderneming tegen een winstrecht	3.2.4.3.b
overgedragen tegen een vordering	3.2.4.3.b
overheidsfalen	2.6, 6.2.3

overheidsgarantieregeling	2.3.3, 6.2.3
overlijden	3.2.4.3.a, 5.3.4.2
overnemingsbedingen	3.2.4.3.e
pareto-efficiënt	2.2
preferente aandelen	3.3.3.2, 4.2.4.3.d, 5.3.4.3, 5.3.5.4.d, 6.3.1.4.b
primaire heffingsstructuur	2.5
progressief tarief	3.2.5.1
proportionaliteit	4.2.2.2, 5.3.3.3.a, 5.3.3.3.c
rechtstreeks voortzetten	4.2.3.2.d, 4.2.3.3.d, 6.3.1.3.b
reële bedrijfsoverdracht	4.2.4.3.d
renteaftrekbeperking	2.4.3
rentedragende invorderingsfaciliteit	6.2.1.3.a
renteloze invorderingsfaciliteit	6.2.1.3.a
samengestelde rente	6.2.1.3.a
samenwerkingsverband	4.2.3.4.d, 6.3.1.3.c
schenking	3.2.4.3.b, 3.4.3, 4.2.3.4.b, 5.3.2, 5.3.4.2, 6.2.1.1, 6.3.1.3.c, 6.3.1.6.c
schulden	3.2.4.2
second-best voorstel	6.1
SHS-inkomensbegrip	2.5
soort ab	3.3.3.1, 4.2.4.3.d
splitsing van de holdingvennootschap	4.3.5.4
staking	3.2.4.3.a
stakingswinst	3.2.4.3.a, 3.2.4.3.f
stemrechtloze aandelen	4.2.4.3.d, 6.3.1.4.b
subsidies	2.5
tarief	3.2.4.3.g
TBS-vermogen	5.3.5.6
tegenprestatie	5.2
terbeschikkingstelling van onroerende zaken	5.3.5.2
ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen	6.2.2.2.a, 6.3.2.2
toedelingsbedingen	3.2.4.3.c
totaalwinst	3.2.3
transactiekosten	2.3.1
tweede welvaartstheorema	2.2

uittreden van een vennoot uit een personenvennootschap	3.2.4.3.e
verblijvensbedingen	3.2.4.3.e
verbondenheidseis	3.2.2.4
verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap	5.2
verdeling van de nalatenschap	5.2
vererfd ab	4.2.4.3.d
vergoedingsvordering	3.3.3.1
verhuur van een onderneming	3.2.4.3.b
verkoopkosten	2.4.4
verkrijgingsbelasting	3.4.2, 3.4.3
verlettering van aandelen	3.3.3.2
vermogensaanaswasbelasting	2.4.2.3, 3.2.5.1, 4.2.2.2
vermogensbedingen	3.2.4.3.e
vermogensetikettering	4.2.4.3.d, 5.3.5.5
vermogensmutaties	2.4.2.2, 2.4.2.3
vermogenstoets	6.2.1.3.a
vermogenswinstbelasting	2.4.2.3, 3.2.5.1, 3.2.5.3, 4.2.2.2
vervreemding	3.3.3.2
vervreemdingsvoordelen	3.3.3.2
verwatering	4.2.4.3.a, 5.3.5.4.a
voorraden	3.2.4.2
voortzettingsbedingen	3.2.4.3.e
voortzettingsvereiste	4.2.3.4.d, 5.3.3.3.b, 5.3.3.4.b, 5.3.3.5, 5.3.5.7, 6.3.2.2
voortzettingswaarde	3.2.4.3.b, 3.4.4
voorwaardelijke vrijstellingsfaciliteit voortzetter	6.3.2.2
voorzieningen	3.2.4.2
vrijstelling overig ondernemingsvermogen	5.3.3.3.c, 5.3.3.4.c
vrijstellingspercentage	5.3.3.3.c, 5.3.3.4.c, 5.3.4.2, 6.3.2.2
waarde going concern	5.3.3.3.b, 5.3.3.4.b, 5.3.3.5, 6.3.2.2
welvaartseconomie	2.2
werknemerseis	4.2.3.4.d, 4.2.4.5.d, 6.3.1.3.c, 6.3.1.4.d
wettelijke rente	6.2.1.3.a
wettelijke verdeling	3.4.3, 5.3.2, 5.3.3.3.e
wijziging van de winstverdeling	3.2.4.3.d
winstrechtloze aandelen	6.3.1.4.b
zekerheid	4.3.3.5, 4.3.4.5, 6.2.1.3.a, 6.2.1.3.b