

## 46. Boekbespreking: Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen. Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten*, Deventer: Kluwer 2013, 506 p.

Het fenomeen bedrijfsopvolging mag in tal van (fiscale) gremia op de nodige aandacht rekenen. Tigelaar-Klootwijk heeft onderzoek gedaan naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten en is eind 2013 op de resultaten daarvan gepromoveerd.<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen is stellig een intrigerend onderwerp te noemen. Zij zou gezien kunnen worden als “een van de belangrijkste momenten in het zakelijke leven van de ondernemer”, omdat hij op dat moment de vruchten kan plukken van zijn jarenlange arbeid en de door hem genomen risico's, zo is in de literatuur naar voren gebracht.<sup>2</sup> De wetgever faciliteert dit moment op bepaald niet geringe schaal. Dat gebeurt zowel in de sfeer van de inkomstenbelasting als in die van de schenk- en erfbelasting. Daarbij heeft de wetgever niet alleen oog voor de dynamiek van het ondernemerschap, maar ook voor de continuïteit van de objectieve onderneming (als eenheid). Ondanks het feit dat het aantal ondernemingen dat wordt overgedragen klein is in vergelijking met het aantal dat wordt ontmanteld (en geliquideerd), bestaat er desalniettemin, en dat kan verbazingwekkend worden genoemd, een scala aan bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zo meldt Tigelaar-Klootwijk<sup>3</sup> in de inleiding van haar boek over fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (p. 3). Het onderzoek dat de auteur naar deze faciliteiten heeft verricht, is in een proefschrift neergelegd: *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*.<sup>4</sup> Ook uit andere publicaties blijkt dat de auteur gefascineerd is door het onderwerp van haar studie.<sup>5</sup> Die fascinatie kan zich – zeker als het om een proefschrift gaat – ont-

poppen als een “woedende, jachtige strijd met een idee (...) dat per se gerealiseerd moet worden. Je kunt zo'n idee haten, om wat het met je leven doet, omdat alles moet wijken zolang het niet gematerialiseerd is”.<sup>6</sup> Deze strijd veronderstelt een psychische constellatie die, naar ik vermoed, menig promovendus zal herkennen en soms tot wanhoop zal drijven. In deze bespreking laat ik dat thema verder rusten en zal ik slechts ingaan op enkele hoofdlijnen van het onderzoek dat Tigelaar-Klootwijk heeft verricht.

### 2. Eerste verkenning

Zowel de overdracht van een subjectieve onderneming als de overdracht van een pakket aandelen dat tot een aanmerkelijk belang behoort en wordt gehouden in een vennootschap waarin een onderneming wordt uitgeoefend, geeft aanleiding tot het constateren van een belastbaar feit dat tot afrekening aanleiding kan geven (stakingswinst dan wel winst uit aanmerkelijk belang). Op deze hoofdregel, die op welhaast onwrikbare wijze lijkt te zijn vastgezet in ons denken, bestaan echter enkele – veelgebruikte – uitzonderingen. In nogal wat situaties behoeft namelijk niet te worden afgerekend, doordat de wet voorziet in een doorschuifregeling. Als een dergelijke – als faciliteit te kenschetsen – regeling kan worden ingeroepen, blijft de overdrager geheel of gedeeltelijk verschoond van belastingheffing en wordt de op hem rustende belastingclaim doorgeschoven naar de overnemer.<sup>7</sup> De ondernemer of houder van een aanmerkelijk belang wordt dan geacht zijn winst niet te realiseren.<sup>8</sup>

1 Promotor: P. Kavelaars.

2 T.C. Hoogwout, *Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2014, p. V.

3 Y.M. Tigelaar-Klootwijk is onder meer verbonden aan het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

4 Een impressie van het onderzoek is te vinden in *WPNR* 2014/7022. R.L.M.C. Janssen heeft aandacht besteed aan het proefschrift in *Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging* 2014/2, p. 27-32.

5 Zie bijvoorbeeld ‘De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling’, *WFR* 2014/972, p. 972-979.

6 Aldus schrijfster Marente de Moor in een interview (‘De ideale schrijfhouding voor mij is klooiën, zoals ik als kind klooid’, *NRC Handelsblad* 25 juli 2014, p. 6 van de Boekenkatern).

7 Zie onder meer p. 14 en p. 25.

8 Zie daarover uitgebreid de publicatie van I.L.J.M. Schröder,

Deze fiscale begeleiding, die (dus) de overheveling van een fiscale claim naar een ander inhoudt, staat op gespannen voet met het subjectieve karakter van de inkomstenbelasting. Dat karakter impliceert immers dat de lotgevallen van het belastingplichtige subject tot uitgangspunt van de belastingheffing worden genomen (p. 14).<sup>9</sup> Dit houdt volgens Spaanstra in dat “door de inkomstbelasting, die op dit inkomensbegrip gebaseerd is, het inkomen belast moet worden tijdens het leven en op zijn laatst op het moment van overlijden van de belastingplichtige”.<sup>10</sup> De huidige inkomstenbelasting voldoet – door het betrekkelijk ruime arsenaal aan doorschuif faciliteiten – niet aan deze maatstaf en kan dus ook niet als volledig subjectief van aard worden aangemerkt.<sup>11</sup> Bovendien, en dat is deels een andere kwestie, bestaat discussie over de reikwijdte van het inkomensbegrip, dat wil zeggen over de vraag hoe ruim dat begrip zou moeten zijn. Dat draagkracht daarbij een rol zou moeten spelen, is een gangbare opvatting te noemen, maar het is ook in de moderne tijd bepaald geen sinecure om draagkracht op verantwoordende en accurate wijze te bepalen.<sup>12</sup>

Dat zal de auteur ook weten, maar in het tweede hoofdstuk komt zij zonder omzwervingen tot de bevinding dat de opvatting dat “the money value of the net increase in an individual’s power to consume during a period” het ideale inkomensbegrip reflecteert (p. 41).<sup>13</sup> Tigelaar-Klootwijk laat de lezer weten dat dit inkomensbegrip een goed uitgangspunt vormt om de belastingheffing over inkomen te analyseren,<sup>14</sup> hoewel zij ook een andere invulling van het begrip inkomen als referentiepunt had kunnen kiezen.<sup>15</sup> Het ideale

inkomensbegrip heeft tot gevolg dat in de ondernemingsfeer elke vermogenstoename zou moeten worden belast (systeem van de vermogensaanwasbelasting). Een belasting die dat bewerkstelligt, noemt de auteur “theoretisch het meest gewenste systeem” (p. 46). Als de bedoelde vermogenstoename ieder jaar in de heffing wordt betrokken, is belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten (vrijwel) niet meer aan de orde, omdat de fiscus dan zijn deel al heeft ontvangen. Dat kan beslist een aantrekkelijk systeem worden genoemd. De auteur wijst deze benaderingswijze evenwel van de hand, vooral omdat incurante aandelen en ondernemingen ieder jaar moeten worden gewaardeerd en dat ziet zij als een onoverkomelijk bezwaar (p. 43-44, p. 61). Zij meent daarom dat vastgehouden moet worden aan het huidige regime, dat vermogenswinsten belast als zij gerealiseerd worden (systeem van vermogenswinstbelasting).

Tigelaar-Klootwijk vraagt zich af of bedrijfsopvolgingsfaciliteiten wel legitiem zijn en het niet voor de hand zou liggen om in de sfeer van de bedrijfsopvolging te volstaan met invorderingsfaciliteiten. Zij houdt de lezer voor dat er aanleiding voor de overheid kan zijn om bedrijfsopvolgingen op een of andere manier te begeleiden, bijvoorbeeld als de (kapitaal)markt niet goed functioneert (of faalt, om het jargon dat de auteur gebruikt aan te houden). Dat volgt althans uit de theorie van de welvaartseconomie die in het onderzoek als ijkpunt fungeert. Deze theorie, die de auteur in het tweede hoofdstuk voor de lezer neerzet,<sup>16</sup> berust op de gedachte dat het in de eerste plaats de markt is die zijn werk moet doen. “De markt komt tot een efficiënte allocatie van productiefactoren, maar als gevolg van marktfalen en op basis van herverdelingsargumenten kan de overheid zich gedwongen voelen in te grijpen in het marktproces” (p. 6-7).<sup>17</sup> Op grond van deze theorie kan er ook een andere reden voor de overheid zijn om in te grijpen, en zo ongewenste uitkomsten van het marktproces bij te buigen. Zo kan het aangewezen zijn om bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het leven te roepen om verstoringen die welhaast onvermijdelijk optreden door overheidshandelen – bijvoorbeeld als gevolg van belastingwetgeving – te corrigeren.<sup>18</sup>

Dat brengt Tigelaar-Klootwijk tot de centrale vraag of fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten aanvaardbaar zijn en – zo ja – wat dan de meest optimale vormgeving is.

*Doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2002.

<sup>9</sup> Zie ook p. 26.

<sup>10</sup> J. Spaanstra, ‘Realisatieprincipe en doorschuif faciliteiten in de inkomstenbelasting (slot)’, *WFR* 1963/521, par. 4.

<sup>11</sup> In wezen is in dit kader sprake van een strijd tussen enerzijds het “op draagkracht gebaseerde systeem der *subjectieve belastingplicht*” en “anderzijds het bedrijfseconomische uitgangspunt, dat het *bedrijf als eenheid* los moet worden gezien van de (toevallige) ondernemer”, aldus D. Brüll, *Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip*, Amsterdam: FED 1964, p. 235.

<sup>12</sup> J.J.M. Jansen, ‘Een uitgewoond belastingstelsel en wat er aan te doen?’, *RegelMaat* 2014/2, p. 94-95.

<sup>13</sup> Dit inkomensbegrip is terug te voeren op de theorie die Georg von Schanz in 1896 heeft geponeerd en sindsdien vele verdedigers heeft gevonden. Zie daarover J. Spaanstra, ‘Realisatieprincipe en doorschuif faciliteiten in de inkomstenbelasting’, *WFR* 1963/501, par. 1 en de afscheidsrede van A.C. Rijkers, *Een inkomensbegrip voor de 21e eeuw*, Tilburg: Tilburg University 2013, p. 19 e.v.

<sup>14</sup> “(M)et de naturalistische idee van een objectieve, waarde vrije wetenschap, die ook het ideaal is van het gehele moderne denken, heeft de moderniteit een volkomen verkeerd beeld van zichzelf”, aldus Taylor, een Canadese denker. Hij vervolgt: “Haar waardevrijheid is een illusie, achter haar vermeende neutraliteit tekent zich altijd, zij het meestal zwijgend, een morele idee af (...)” Deze opvatting is te vinden in de publicatie van Ingeborg Breuer, *Taylor*, Rotterdam: Lemniscaat 2005 (*Charles Taylor zur Einführung 2000*, vertaald door Hessel Daalder).

<sup>15</sup> Zie Tj.S. Visser, ‘Tax en tijd’, *WFR* 1968/25 en de door hem genoemde bronnen.

<sup>16</sup> Zie p. 23 e.v.

<sup>17</sup> Vording komt in zijn bespreking van het proefschrift van M.J. Hoogeven tot de conclusie dat er geen reden is om aan te nemen dat de bestaande fiscale subsidies voor bedrijfsovernames een eventueel marktfalen verminderen. Zie H. Vording, ‘Boekbespreking. In het land van Osewoudt: waarom fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ongewenst zijn’, *WPNR* 2013/6990.

<sup>18</sup> Zie par. 2.4.

Om deze vraag te beantwoorden heeft de auteur een aantal deelvragen geformuleerd die zij toetst aan de hand van de volgende criteria: legitimiteit, gelijkheid,<sup>19</sup> neutraliteit, doeltreffendheid en doelmatigheid. “Het gebruik van een aantal criteria betekent dat uiteindelijk een weging van de criteria moet plaatsvinden om tot een juiste afweging te komen” (p. 20). Bij die afweging ligt het zwaartepunt bij de toetsing aan het criterium legitimiteit. De beoordeling van de legitimiteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten “wordt uitsluitend gebaseerd op de theorie van de welvaarts-economie”, zo laat de auteur weten (p. 17). Indien een faciliteit niet legitiem is, valt het doek en kan volgens haar niet worden gezegd dat de regeling aanvaardbaar is. Als een faciliteit voornoemde toets doorstaat en als legitiem kan worden aangemerkt, komen de andere criteria in beeld om te bepalen of de faciliteit aanvaardbaar is. Daarbij speelt het criterium gelijkheid en de daarin besloten liggende maatstaf van het draagkrachtbeginsel, “een belangrijke rol” (p. 20).

### 3. Een blik op de bevindingen van het onderzoek

In het derde hoofdstuk inventariseert de auteur de belastingclaims die bij bedrijfsoverdrachten kunnen ontstaan. Die claims ontstaan niet uit het niets, omdat zij zich in materiële zin doorgaans geleidelijk ontwikkelen tijdens het bestaan van de onderneming (zoals stille reserves en goodwill, dat wil zeggen geaccumuleerde verborgen winsten). Wie zijn subjectieve onderneming om welke reden dan ook besluit te beëindigen, kan worden geconfronteerd met stakingswinst (p. 84). Deze winst kan onder meer optreden bij de (fictieve) overdracht van een onderneming. Dat is bijvoorbeeld het geval bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap waartoe het vermogen van een onderneming behoort. In een dergelijk geval wordt een fictieve overdracht en dus staking van de onderneming aangenomen,<sup>20</sup> hoewel in feitelijke zin alles bij het oude zal blijven (de winst die in dat kader wordt gerealiseerd, kan overigens ongedaan worden gemaakt door de toepassing van een in de wet verankerde doorschuifafaciliteit<sup>21</sup>). De auteur is van mening dat de overdracht die de wet fingeert overbodig is,<sup>22</sup> omdat de onderneming voor rekening van de ondernemer wordt gedreven en de echtgenoot van de ondernemer bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap slechts recht heeft op de helft van de waarde van de onderneming. Als de ontbinding echter het gevolg is van het overlijden van de ondernemer en het ondernemingsvermo-

gen wordt toegeedeeld aan de nalatenschap, dan is wel sprake van een overdracht (en van staking). Deze afrekening kan volgens de auteur worden gebaseerd op het concept van de totaalwinst (p. 87).

Ten slotte kan ook de inbreng van een onderneming in een personenvennootschap leiden tot gedeeltelijke staking en afrekening over de overdrachtswinst, omdat het geldende recht voorschrijft dat in een dergelijk geval een evenredig gedeelte van de subjectieve onderneming wordt vervreemd.<sup>23</sup> De herwaarderingswinst die bij zodanige inbreng tevens kan worden onderkend, en wel als de ingebrachte activa en passiva tegen de werkelijke waarde op de vennootschappelijke balans worden opgenomen,<sup>24</sup> behoeft sinds kort niet meer als gerealiseerd te worden beschouwd. De Hoge Raad is namelijk onlangs teruggekomen op een lang geleden gewezen arrest en heeft zijn leer in die zin gewijzigd dat de (inbrengende) ondernemer in een dergelijke situatie niet langer verplicht is herwaarderingswinst te nemen.<sup>25</sup> Deze koerswijziging van de Hoge Raad is met enthousiasme en ook wel opluchting onthaald in de literatuur.<sup>26</sup> Dat neemt niet weg dat onder omstandigheden toch moet worden aangenomen dat sprake is van staking, bijvoorbeeld als de inbreng van een onderneming in een samenwerkingsverband ertoe leidt dat zij een identiteitsverandering ondergaat die (een) staking impliceert. In dat kader kan worden gedacht aan “de samenbundeling van een aantal kleine ondernemingen in een zo groot geheel dat dit als een nieuwe onderneming moet worden aangemerkt, die aan de volledige staking van de eerder bedoelde ondernemingen niet kan doen twijfelen”,<sup>27</sup> om een toepasselijke passage uit een bekend handboek aan te halen.

Als sprake is van staking, wordt op het moment van de staking de meerwaarde die in de onderneming schuilt in één keer tot de winst gerekend. Dat kan tot een progressienadeel leiden, omdat de kans bestaat dat de – eerder genoemde – geaccumuleerde verborgen winsten dan zwaarder worden belast dan bij geleidelijke (periodieke) realisatie het geval zou zijn geweest. De vraag of voor dit (mogelijk) nadeel een faciliteit moet worden geboden, beantwoordt Tigelaar-Klootwijk ontkennend, omdat uit haar berekeningen blijkt

23 Zie p. 95.

24 Zie p. 95-97.

25 Zie HR 11 juli 2014, nr. 13/00372, *V-N* 2014/36.16, r.o. 3.2.2, dat de volgende – stilistisch niet al te fraaie – volzin bevat: “De omstandigheid dat het desbetreffende activum op de balans van de personenvennootschap zal verschijnen voor de waarde waarvan bij de inbreng is uitgegaan, vormt anders dan de Hoge Raad oordeelde in zijn arrest van 16 december 1959, nr. 14092, (...), *BNB* 1960/34, niet langer aanleiding om anders te oordelen.”

26 Zie onder meer het commentaar van A.W. Hofman in *NTRF* 2014/1851.

27 H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 1998, p. 331. Deze passage is ook te vinden in L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2001, p. 478.

19 De auteur meent dat het draagkrachtbeginsel voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel (p. 19).

20 Art. 3.59 lid 1 Wet IB 2001. Zie daarover p. 86 e.v.

21 Art. 3.59 lid 2 Wet IB 2001.

22 Zie p. 87 en p. 138.

dat de belastingheffing die voortvloeit uit het huidige regime voordeliger uitpakt dan de belastinglast die optreedt als gevolg van de toepassing van een vermogensaanwasbelasting (p. 107).

Ook degene die een pakket aandelen vervreemdt dat een aanmerkelijk belang vormt, moet afrekenen over de meerwaarde die daarin schuilgaat. Een vervreemding kent nogal wat verschijningsvormen,<sup>28</sup> zoals verkoop en schenking. Maar ook omzetting van aandelen kan een vervreemding opleveren<sup>29</sup> die leidt tot het activeren van een belastingclaim. Dat geldt ook voor een verdeling van een nalatenschap of huwelijksgemeenschap<sup>30</sup> (par. 3.3.3.2). Het percentage dat de wetgever hanteert om te bepalen of sprake is van een aanmerkelijk belang (en daarmee van ondernemen), vindt de auteur overigens te laag. Bij een belang van 5% in het geplaatste kapitaal “kan toch moeilijk van ondernemen worden gesproken” (p. 114). Het zou volgens haar de voorkeur hebben als het percentage wordt opgetrokken tot minimaal twintig, hoewel ook dat een betrekkelijk arbitraire en nauwelijks te onderbouwen grens betreft, zoals de auteur ook zelf te kennen geeft.

Het derde hoofdstuk is ook de plaats waar de belastingclaim wordt geanalyseerd die verband houdt met de schenk- en erfbelasting (par. 3.4). Deze belastingen “kunnen worden getypeerd als een heffing naar draagkracht”, zo houdt de auteur de lezer voor (p. 123-124). Daarnaast is het beginsel van de bevoorrechte verkrijging werkzaam als een betrekkelijk algemeen geaccepteerde rechtsgrond.<sup>31</sup> De verkrijging van (ondernemings)vermogen wordt in de heffing van schenk- en erfbelasting betrokken, als degene van wie het vermogen afkomstig is tenminste in Nederland woont op het moment dat het vermogen overgaat. Op de waarde van het verkregene<sup>32</sup> kan de acuut maar ook de latent verschuldigde inkomstenbelasting in mindering worden gebracht. Dat de latente schuld niet tegen de nominale waarde, maar tegen niet meer dan de (op forfaitair bepaalde wijze) contant gemaakte waarde in aftrek kan worden gebracht, acht de auteur redelijk.<sup>33</sup> “De verkrijger is immers pas in de toekomst de inkomstenbelasting verschuldigd. Er behoeft geen rente te worden voldaan” (p. 131). Zij pleit er in dit verband voor belastingplichtigen de ruimte te bieden zelf de contante waarde van de belastingclaim te laten

berekenen, zodat maatwerk kan worden geleverd (p. 132).

In het vierde hoofdstuk behandelt de auteur de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten die in de sfeer van de inkomstenbelasting kunnen worden onderkend. Dat doet zij op minutieuze wijze. Deze aanpak leidt tot heel wat – waardevolle – observaties en terloops geplaatste kritische kanttekeningen bij een aantal fiscale faciliteiten. Op deze plaats laat ik de vruchten van dat werk min of meer links liggen en beperk ik me tot enkele grote lijnen. Zo werpt Tigelaar-Klootwijk de vraag op of het verschil in behandeling tussen doorschuiffaciliteiten die gelden voor ondernemers en houders van een aanmerkelijk belang valt te rechtvaardigen. Zo kan de winstgenieter zijn onderneming onder voorwaarden geruisloos doorschuiven naar een medeondernemer of werknemer,<sup>34</sup> ook als de tegenprestatie onmiddellijk wordt voldaan en er geen liquiditeitsnood te ledigen is. De aanmerkelijkbelanghouder ontbeert deze mogelijkheid, tenzij de overdracht voortvloeit uit een schenking die voldoet aan de eisen die in de wet zijn te vinden.<sup>35</sup> Tigelaar-Klootwijk vindt voornoemd verschil in fiscale behandeling te rechtvaardigen, omdat het voordeel dat in de winstsfeer als gevolg van de toepassing van de doorschuiffaciliteit optreedt “in de jaren na doorschuiving wordt teruggenomen omdat de voortzetter over een lager bedrag afschrijft. (...) Naar mijn mening kan worden gesteld dat dit een legitiem argument vormt voor de ongelijke behandeling” (p. 148).<sup>36</sup> Een andere vraag is of – in zijn algemeenheid – doorschuiffaciliteiten de toets aan het draagkrachtbeginsel kunnen doorstaan. De auteur meent – en dat valt te begrijpen – van niet, ondanks het feit dat de overdrager zijn belastingclaim soms op indirecte wijze betaalt, omdat hij een lagere prijs voor het overgenomen kan bedingen; de belastingclaim zal immers worden verdisconteerd in de prijs die partijen overeenkomen (p. 149-152).

Ook een aanmerkelijkbelanghouder beschikt over doorschuiffaciliteiten. Zo wordt de verdeling van een huwelijksgemeenschap bij het einde van het huwelijk (door echtscheiding) niet als vervreemding aangemerkt. De verdeling moet dan wel binnen twee jaar na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap plaatsvinden. Deze termijn vindt de auteur te kort, omdat een echtscheiding soms een slepende kwestie kan zijn en een partiële verdeling van de huwelijksgemeenschap, die bedoeld is om de aandelen alvast in het gewenste vermogen onder te brengen, niet altijd tot de mogelijkheden behoort (p. 200). Als een huwelijksgemeenschap

28 L.J.A. Pieterse, ‘Vreemding van een aanmerkelijk belang; een grensverkenning’, *NTFR-B* 2014/3, p. 16-20.

29 Zie daarover in kritische zin: p. 121.

30 Zie daarover ook p. 194-195.

31 Zie p. 124 en voetnoot 166. Zie ook par. 2 van mijn in *WFR* 2014/295 gepubliceerde boekbespreking.

32 Zie daarover par. 3.4.4.

33 Deze latente belastingschuld vormt volgens de Hoge Raad een tegenprestatie in de zin van art. 35b lid 4 SW 1956 (zie p. 184).

34 Art. 3.63 Wet IB 2001.

35 Art. 4.17c Wet IB 2001.

36 Zie ook p. 149.

meenschap wordt verdeeld als gevolg van overlijden van een van de echtgenoten, moet over de meerwaarde die begrepen is in het beleggingsvermogen worden afgerekend.<sup>37</sup> Bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap die het resultaat is van een echtscheiding behoeft niet afgerekend te worden over bedoelde meerwaarde. De auteur heeft kritiek op het onderscheid dat de wetgever maakt bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap bij leven en bij overlijden, omdat er volgens haar geen reden te bedenken is om deze vormen van bedrijfsoverdracht verschillend te behandelen. Zij meent dat in beide situaties volledige doorschuiving moet worden toegestaan (p. 199).<sup>38</sup>

Sinds enkele jaren kan een doorschuiffaciliteit ook worden ingeroepen als aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren, worden geschonken.<sup>39</sup> Het is niet aan de overheid om deze rechtshandeling met een faciliteit te begeleiden, zo betoogt de auteur ogenschijnlijk onvermoeibaar (p. 236-237). Het is evenwel een voldongen feit dat deze faciliteit bestaat. Een van de eisen die voor de toepassing van deze regeling geldt, is dat de verkrijger van de aandelen gedurende 36 maanden onafgebroken in dienst moet zijn geweest bij de vennootschap waarop de geschonken aandelen betrekking hebben,<sup>40</sup> en wel op het moment dat de aandelen in zijn vermogen overgaan.<sup>41</sup> Als het aan de auteur ligt, kan deze eis beter vervallen.<sup>42</sup> Een reële en adequate bedrijfsopvolging is ook mogelijk als de opvolger elders kennis en ervaring heeft opgedaan en met een als het ware onbelast verleden de onderneming overneemt en vervolgens voortzet. De auteur meent dat de wens om een adequate bedrijfsopvolging gestalte te geven in theorie beter kan worden bereikt door een voortzettingvereiste in de wet op te nemen. De vraag is echter of deze maatregel effectief is als een sanctie ontbreekt ingeval na de schenking door de voortzetter niet aan de gestelde eisen wordt voldaan. De faciliteit zou bij de overdrager kunnen worden teruggenomen. Die benadering heeft een belangrijk nadeel: de schenker van de aandelen kan jaren nadien worden geconfronteerd met de belastingclaim ter zake van de eerdere overdracht van de aandelen zonder dat hij op de verwezenlijking daarvan enige invloed heeft gehad (p. 239). Dit bezwaar kan worden weggenomen als de wetgever zou bepalen dat het de verkrijger van

de aandelen is die (verplicht) moet afrekenen over de bij de schenking onbelast gelaten vervreemdingswinst als niet meer wordt voldaan aan het voortzettingvereiste,<sup>43</sup> bijvoorbeeld als de vennootschap ophoudt uit de onderneming winst te genieten (een geconstrueerde fictieve realisatie dus).

Ook het vijfde hoofdstuk bevat interessante observaties. Daarin worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de schenk- en erfbelasting onder de loep genomen. Na een korte uiteenzetting van de faciliteiten (de belangrijkste is een voorwaardelijke vrijstelling die geldt voor de verkrijging van ondernemingsvermogen<sup>44</sup>), volgt toetsing daarvan aan de hand van de in het eerste hoofdstuk gepresenteerde criteria (zoals legitimiteit, gelijkheid, neutraliteit en doeltreffendheid). Dat de vrijstellingsfaciliteit de liquiditeitsproblemen die het gevolg kunnen zijn van een bedrijfsopvolging wegneemt, kan niet worden ontkend, zo merkt de auteur op. “In die zin is de conclusie dat de faciliteit doeltreffend is” (p. 326). Maar het kan beter. Zo meent zij dat onder meer ook tot het buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen behorende machines en melkquota in de faciliteit zouden moeten kunnen delen (p. 328). Verder vindt zij dat de kring van kwalificerende ondernemers ruimer kan worden getrokken.<sup>45</sup> De toetsing aan het gelijkheidsbeginsel brengt Tigelaar-Klootwijk tot de conclusie dat de voorwaardelijke vrijstelling van ondernemingsvermogen niet houdbaar is en een schending van dit beginsel oplevert. De Hoge Raad denkt daar echter anders over<sup>46</sup> en dat is hem op kritiek komen te staan.<sup>47</sup> Dat rentedragend uitstel van betaling kan worden verkregen voor de belasting die ziet op het niet onder de vrijstelling vallende deel van het verkregen vermogen, acht de auteur niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel (par. 5.3.3.3.d).

Hoe een ideaal stelsel van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten eruit zou kunnen zien, leert het – belangrijke – zesde hoofdstuk, dat uitgerust is met de titel “Aanbevelingen voor een optimaal stelsel” (p. 361 e.v.). Uit dit hoofdstuk volgt dat in de inkomstenbelasting de

37 Art. 4.17a Wet IB 2001.

38 Zie ook p. 201.

39 Art. 4.17c Wet IB 2001.

40 Zie daarover uitgebreid P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging en aanmerkelijk belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, par. 2.3.1.

41 Zie over de vraag of art. 4.17c kan worden toegepast als de aandelen worden geschonken aan een werknemer: W. Burgerhart en H. Hoeve, ‘Doorschuiven ab-claim bij giften aan werknemers’, *NTFR* 2012/2778 en P. van der Storm, ‘Double or nothing? Het lot van de bevoordeelde werknemer’, *Vp-bulletin* 2014/26.

42 Zie par. 4.2.4.5.d en p. 399.

43 Zie in deze zin ook: J.J.M. Jansen, ‘Actualiteiten op het gebied van de stakingsproblematiek’, *TFO* 2005/159, par. 3.4.

44 Art. 35b SW 1956.

45 Zie par. 5.3.5.3 en par. 5.3.5.4.b.

46 HR 22 november 2013, nr. 13/01622 en 13/02453, *BNB* 2014/30 en 31. Zie ook: G.J.M.E. de Bont en M.J. Pelinck, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het successierecht: post mortem van het gelijkheidsbeginsel’, *WPNR* 2014/7027. Het werkelijke belang van deze arresten is volgens deze auteurs, “dat zij het einde markeren van de rol van het verdragsrechtelijk gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht” (par. 9).

47 F.M.C. Vlemminx, ‘Constitutionele creativiteit en rechterlijke zelfbeperking’, *NJB* 2014, afl. 17, p. 1180 e.v. en R.H. Happé, ‘Fiscale discriminatie in 26 jaar rechtspraak van de Hoge Raad: een fiscaal en rechtsstatelijk debat’, *WFR* 2014/1000, p. 1000 e.v.

huidige doorschuiffaciliteiten in de sfeer van de bedrijfsopvolging eigenlijk bijna allemaal overbodig zijn, zodat onder andere ook de thans bestaande doorschuifregeling bij schenking zou (moeten) sneuvelen. Dat zal voor sommigen even slikken zijn. De auteur maakt evenwel een uitzondering voor de situatie dat de ontbinding van een huwelijksgemeenschap ertoe leidt dat de helft van de onderneming overgaat van “de niet-bestuursbevoegde echtgenoot naar de bestuursbevoegde echtgenoot” (p. 362). De wet dwingt dan tot afrekening, terwijl de positie van de ondernemende echtgenoot in wezen ongewijzigd blijft. Om de versturende invloed van de tot een belastbaar feit aanleiding gevende sfeerovergang op te heffen, is het zaak een doorschuiffaciliteit in te kunnen roepen, zo kan het betoog van de auteur worden samengevat. Hetzelfde geldt voor de situatie dat aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren als gevolg van het aangaan van een huwelijk deel gaan uitmaken van een huwelijksgemeenschap. De fictieve vervreemding die de wet in dat geval aanwezig acht,<sup>48</sup> “moet worden gevolgd door een doorschuifbepaling” (p. 362), zo meent de auteur. Zij voert daartoe aan dat de feitelijke positie van de houder van het aanmerkelijk belang niet wijzigt (par. 6.2.1.2.b). De oorspronkelijke houder van het aanmerkelijk belang blijft in civielrechtelijke zin bestuursbevoegd ten aanzien van het pakket aandelen. “Ook feitelijk bezien zal er niets veranderen. De positie van de aandeelhouder ten opzichte van de vennootschap verandert niet”, aldus betoogt Tigelaar-Klootwijk (p. 197).<sup>49</sup> Bij onder meer staking van de onderneming als gevolg van overlijden en bij overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder kan voor de daaruit voortvloeiende heffing van inkomstenbelasting worden volstaan met (marktconform) rentedragend uitstel van betaling (zie p. 365-368 en p. 371).<sup>50</sup>

In de schenk- en erfbelasting is voorzien in een vrije doortocht van ondernemingsvermogen, in die zin dat de verkrijging daarvan niet of nauwelijks wordt belast. De auteur kan zich wat de erfrechtelijke overgang van dit vermogen betreft, vinden in een bepaalde vorm van overheidsingrijpen die leidt tot een tegemoetkoming.<sup>51</sup> Degene die ondernemingsvermogen verkrijgt, kan namelijk met liquiditeitsproblemen worden

geconfronteerd. Als dat probleem wordt opgelost door middelen aan het ondernemingsvermogen te onttrekken om de verschuldigde erfbelasting te voldoen, bijvoorbeeld als geen beroep op de kapitaalmarkt kan worden gedaan om de belastingschuld te financieren, kan de continuïteit van de onderneming op het spel komen te staan (p. 374-375). Om dat te voorkomen, is het niet noodzakelijk dat de wet een vrijstellingsfaciliteit bij overlijden kent. Tigelaar-Klootwijk meent namelijk dat invorderingsfaciliteiten voldoende zijn om potentiële liquiditeitsproblemen op te lossen (par. 6.2.2.2). Deze opvatting wordt ook wel verdedigd door auteurs die, om tot deze conclusie te komen, de theorie van de welvaartseconomie niet nodig hebben, althans daaraan op geen enkele wijze refereren.<sup>52</sup> Als het om schenking van ondernemingsvermogens gaat, is de auteur nogal streng in de leer. Zij huldigt de opvatting dat niet behoeft te worden voorzien in een faciliteit.<sup>53</sup> Een schenking kan worden gepland en berust doorgaans op een bewuste keuze.<sup>54</sup> De schenker creëert het fiscale onheil dat de begiftigde overkomt. “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 schuldig erkenning plaatsvinden” (p. 375). Dat is gemakkelijk opgeschreven, maar in de praktijk zal dat geen begaanbare weg blijken te zijn, zeker niet als het om substantiële belangen gaat. Zonder faciliteit zullen partijen wachten met de overdracht tot het moment van overlijden indien daarvoor wel een faciliteit geldt, een consequentie die zij voor lief neemt (p. 375).<sup>55</sup>

De vraag of de wetgever zou moeten voorzien in fiscale faciliteiten gericht op de financiering van de koopsom van een onderneming (of van aandelen), beantwoordt de auteur ontkennend. De kapitaalmarktimperfectie die valt te onderkennen bij de financiering van bedoelde overnamesom tracht de overheid te ondervangen langs de weg van niet-fiscale overheids-garantieregelingen.<sup>56</sup> Daarmee kan de auteur instemmen. De kans dat de overheid een scheve schaats rijdt

48 Art. 4.16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001.

49 Zie par. 4.2.4.2.b.

50 Spaanstra vindt het principieel onjuist om rekening te houden met betalingsmoeilijkheden van de erfgenamen: “Deze betalingsmoeilijkheden vloeien tenslotte voort uit de omstandigheid, dat de ondernemer veel stille reserves gecreëerd heeft, dus de belastingheffing te zeer verschoven heeft met alle liquiditeitsvoordelen van dien gedurende zijn leven” (zie J. Spaanstra, ‘Realisatieprincipe en doorschuiffaciliteiten in de inkomstenbelasting (slot)’, *WFR* 1963/521, par. 5).

51 Zie par. 5.4.

52 Zie bijvoorbeeld G.J.M.E. de Bont en M.J. Pelinck, ‘Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in het successierecht: post mortem van het gelijkheidsbeginsel’, *WPNR* 2014/7027, par. 2 (“Om liquiditeitsproblemen te ondervangen, zou in beginsel een betalingsregeling moeten volstaan”).

53 De huidige regeling wordt zo’n 500 keer per jaar gebruikt (zie de reactie van de Staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2013 (nr. AFP/2014/590, *NTRF* 2014/1764) op vragen over zijn brief van 25 april 2014).

54 Zie p. 290 en p. 354.

55 “Dat belastingplichtigen wachten met overdragen van de onderneming tot fiscale faciliteiten kunnen worden benut is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt doorgaans onverstandig”, zo weet de auteur (p. 124).

56 Daarvoor komt de komende jaren extra geld beschikbaar (zie: ‘Overheid gaat het mkb helpen, want de banken doen het niet’, *NRC Handelsblad* 8 juli 2014, p. 5 van de Economiekatern).

bij de inzet van fiscale instrumenten (om een markt-activiteit te ondersteunen), acht zij namelijk groter dan bij het gebruik van niet-fiscale regelingen (p. 381). Bij laatstgenoemde maatregelen doet de tucht van de markt zich voelen, omdat het de vermogensverschaffers zijn die de middelen (financieringen) beschikbaar moeten stellen.<sup>57</sup>

Het ideale stelsel zoals de auteur dat ziet, houdt – samengevat – in “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” (p. 414).

#### 4. Tot besluit

Het proefschrift van Tigelaar-Klootwijk heb ik met genoegen gelezen. In het boek zijn aanbevelingen te vinden die erop zijn gericht het bestaande recht te verbeteren. Enkele daarvan zijn in deze bespreking – terloops – aan de orde gekomen. De auteur hoopt verder vooral, en dat zal haar belangrijkste missie zijn, de wetgever te overtuigen dat de faciliteiten in de huidige vorm te ver zijn doorgeschoten dan wel geheel

<sup>57</sup> Zie par. 6.2.3.

overbodig zijn<sup>58</sup> (“Waar we werkelijk op inzetten, is dat ons werk vruchten afwerpt, dat het invloed heeft op het wetenschappelijk forum, de rechtspraak of de politiek”,<sup>59</sup> om een openhartige weergave van het onder wetenschappers bestaande verlangen aan te halen). Dat zal vermoedelijk ijdele hoop zijn. Het politieke krachtenveld zoals dat kan worden waargenomen en het belang dat – niet zonder reden – wordt toegekend aan florerende ondernemingen, zal er niet toe leiden dat de fiscale faciliteiten rondom bedrijfsopvolgingen ingrijpend zullen worden aangepast.<sup>60</sup> Dat doet niets af aan de waarde van het proefschrift, dat ook bruikbare (en kritische) beschrijvingen bevat van het geldende recht.

#### **Mr. L.J.A. Pieterse**

*Verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam*<sup>61</sup>

<sup>58</sup> ‘Promovendus aan het woord’, *WFR* 2014/1404, p. 1405.

<sup>59</sup> T. Hartlief, ‘Wat drijft ons?’, *NJB* 2010, afl. 14, p. 857.

<sup>60</sup> Zie ook de reactie van de Staatssecretaris van Financiën van 1 juli 2013 (nr. AFP/2014/590, *NTFR* 2014/1764) op vragen over zijn brief van 25 april 2014.

<sup>61</sup> De auteur dankt student-assistent T.M. Vergouwen voor zijn bijdrage aan het prepareren van de tekst.