

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

NADRUK VERBODEN

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De mogelijkheid op een doorschuifregeling als artikel 3.63 Wet IB 2001 in box 2

Naam student: Désiree Morks

Studentnummer: 414398

Scriptiebegeleider: M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: T.C. Hoogwout

Rotterdam, 9 juli 2018.

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	3
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	4
1.1 <i>Aanleiding.....</i>	4
1.2 <i>Probleemstelling.....</i>	6
1.3 <i>Toetsingskader.....</i>	8
1.4 <i>Opzet</i>	8
1.5 <i>Afbakening.....</i>	9
Hoofdstuk 2 Ondernemer, onderneming en bedrijfsopvolging	10
2.1 <i>Inleiding.....</i>	10
2.2 <i>De ondernemer en zijn onderneming.....</i>	10
2.3 <i>Wat is bedrijfsopvolging?.....</i>	13
2.4 <i>Fiscale implicaties van bedrijfsopvolging.....</i>	15
2.5 <i>Rol overheid.....</i>	16
2.6 <i>Deelconclusie.....</i>	18
Hoofdstuk 3 De doorschuiifregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001	19
3.1 <i>Inleiding.....</i>	19
3.2 <i>Geschiedenis en totstandkoming van de doorschuiifregeling</i>	19
3.3 <i>Voorwaarden voor toepassing van de doorschuiifregeling</i>	21
3.4 <i>Implicaties van de doorschuiifregeling.....</i>	23
3.5 <i>Voordelen van de doorschuiifregeling.....</i>	26
3.6 <i>Doeltreffendheid</i>	27
3.7 <i>Deelconclusie.....</i>	28
Hoofdstuk 4 De mogelijkheid op een doorschuiifregeling als artikel 3.63 Wet IB 2001 in box 2.....	30
4.1 <i>Inleiding.....</i>	30

4.2	<i>Activapassiva-transactie</i>	31
4.3	<i>Aandelentransactie</i>	32
4.4	<i>Bedrijfsopvolgingsregelingen</i>	35
4.4.1	<i>De invorderingsfaciliteiten</i>	35
4.4.2	<i>Doorschuiffaciliteiten inkomstenbelasting</i>	36
4.5	<i>Gelijkheid en legitimiteit</i>	38
4.6	<i>Inrichting doorschuifregeling</i>	39
4.6.1	<i>Invorderingsfaciliteiten</i>	39
4.6.2	<i>Artikel 3.63 Wet IB 2001</i>	40
4.6.3	<i>Openstellen artikel 4.17c Wet IB 2001</i>	40
4.6.4	<i>Een voortzettingsvereiste</i>	41
4.7	<i>Deelconclusie</i>	41
Hoofdstuk 5 Conclusie		44
5.1	<i>Onderzoek en probleemstelling</i>	44
5.2	<i>Deelvragen</i>	44
5.3	<i>Conclusie probleemstelling</i>	48
Literatuurlijst		50
1.	<i>Literatuur</i>	50
2.	<i>Jurisprudentieregister</i>	54
3.	<i>Parlementaire stukken</i>	55
4.	<i>Publicaties Europese Commissie</i>	57

Lijst van gebruikte afkortingen

ab:	aanmerkelijk belang
bv:	besloten vennootschap
cv:	commanditaire vennootschap
DGA:	directeur-groootaandeelhouder
EIM:	Economisch Instituut Midden- en Kleinbedrijf
FM:	Fiscale Monografieën
HR:	Hoge Raad
IW 1990:	Invorderingswet 1990
KvK:	Kamer van Koophandel
MKB:	Midden- en Kleinbedrijf
MvA:	Memorie van Antwoord
MvT:	Memorie van Toelichting
nr.	nummer
nv:	naamloze vennootschap
p.:	pagina
RvS:	Raad van State
Stb.:	Staatsblad
Stcrt.:	Staatscourant
V-N:	Vakstudie Nieuws
vof:	vennootschap onder firma
VPB:	Vennootschapsbelasting
Wet IB 1964:	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001:	Wet Inkomstenbelasting 2001
WFR:	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De overdracht van een bedrijf is het laatste stadium in de levensfase van de ondernemer. Er wordt veel waarde gehecht aan bedrijfsopvolgingen, omdat anders economisch kapitaal verloren gaat.¹ Dit heeft een negatief effect op de welvaart, aangezien de economische groei dan vertraagt.² Het economisch belang van overgedragen ondernemingen is ook vele malen groter dan dat van starters.³ Per jaar worden meer ondernemingen gestart dan dat worden overgenomen.⁴ Een overgedragen onderneming genereert volgens Van Teeffelen 2,5 tot 5,5 keer meer werkgelegenheid dan een starter dat doet en daarnaast is de overlevingskans van een overgedragen onderneming vele malen groter.⁵ Met het oog op de werkgelegenheid is het gewenst dat een succesvolle onderneming niet wordt gestaakt.⁶ De overheid biedt in de inkomstenbelastingwet verschillende faciliteiten tijdens de startfase van een onderneming die het de ondernemer aangenamer dienen te maken en die stimuleren om te ondernemen; denk hierbij bijvoorbeeld aan de startersaftrek. Het is dan ook wenselijk dat de overheid aanstuurt op bedrijfsoverdracht, zodat de onderneming als economische entiteit blijft voortbestaan.⁷ Als de

¹ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité: *Uitvoering van het communautair Lissabonprogramma voor groei en werkgelegenheid – Overdracht van ondernemingen: Continuïteit door een nieuwe start*, COM(2006) 117 definitief, Brussel: 2006, p. 10.

² E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 1.

³ B. Dyck, M. Mauws, F.A. Starke and G.A. Mischke, “Passing the baton: the importance of sequence, timing, technique and communication in executive succession”, *Journal of Business Venturing*, 2002/17, p. 143-162.

⁴ L. van Teeffelen, *De effecten van opheffing en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Utrecht, Hogeschool Utrecht: 2012, p. 15.

⁵ L. van Teeffelen, *De effecten van opheffing en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Utrecht, Hogeschool Utrecht: 2012, p. 15.

⁶ Europese Commissie, Eindverslag van de deskundigengroep inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 2002, p. 23.

⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT)*.

markt faalt, is er voor de overheid reden om in te grijpen en te faciliteren. Dit wordt gedaan om de bedrijvigheid in de vorm van een onderneming in stand te houden.⁸

Bedrijfsoverdrachten zijn steeds belangrijker geworden. Reden hiervoor is de vergrijzing. Babyboomers verlaten namelijk het economisch proces. Als gevolg hiervan dient een groter aantal bedrijven te worden overgedragen.⁹ Van Teeffelen schat dat jaarlijks tussen de 11.000 en 15.000 bedrijven over worden gedragen.¹⁰ Indien het niet mogelijk is de onderneming over te dragen, stijgt het aantal bedrijven dat wordt opgeheven.¹¹ Het aantal bedrijfsoverdrachten in Nederland is in vergelijking met het aantal bedrijfsbeëindigingen klein.¹² Ondanks het relatief lage aantal bedrijfsoverdrachten blijkt het belang ervan groot op het gebied van werkgelegenheid. Bij grote bedrijven zijn met een bedrijfsoverdracht veel banen gemoeid.¹³ Bij kleine bedrijven gaat het om minder banen, maar de impact ervan is daarom niet minder. In de Europese Unie hebben 7.826.000 bedrijven namelijk minder dan tien werknemers.¹⁴ Het beëindigen van een bedrijf leidt dus tot een flink verlies aan banen.

Verder is de maatschappelijke dynamiek belangrijker geworden. De economische omstandigheden veranderen snel en bovendien is steeds meer sprake van serieel ondernemerschap, wat inhoudt dat ondernemers vaker hun bedrijf verkopen om vervolgens een nieuw bedrijf te starten.¹⁵ Het aantal bedrijfsoverdrachten is een goede indicatie van de

⁸ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 58.

⁹ L. Van Teeffelen, *Exploring success and failure in small firm business transfers*, (dissertatie Nijenrode Business Universiteit), 2010, p. 11.

¹⁰ L. Van Teeffelen, *De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012, p. 8.

¹¹ K.L. Banga en A. Bruins, *Bedrijfsbeëindigingen in het kleinbedrijf*, EIM, Zoetermeer, 2010.

¹² L. Van Teeffelen, *De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Hogeschool Utrecht en KvK, 2012, p. 10.

¹³ E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 1.

¹⁴ Europese Commissie, Eindverslag van de deskundigengroep inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 2002, p. 12.

¹⁵ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 23.

gezondheid van een economie. Tot een dynamische economie behoort niet enkel het aantal starters en faillissementen, maar ook het aantal bedrijfsoverdrachten.¹⁶

Bedrijfsoverdrachten worden over het algemeen als zeer complex ervaren.¹⁷ Verschillende factoren spelen namelijk een cruciale rol bij een succesvolle bedrijfsoverdracht. De Nederlandse overheid heeft dan ook bepaalde faciliteiten geïntroduceerd, zoals de bedrijfsopvolgingsregelingen in de erf- en schenkbelasting en in de inkomstenbelasting, met de bedoeling de bedrijfsopvolgingen eenvoudiger mogelijk te maken.¹⁸ In 2006 werd door de Europese Commissie aanbevolen dat bedrijfsoverdrachten gestimuleerd dienen te worden als alternatief voor de oprichting van een nieuwe onderneming, aangezien een overgedragen onderneming een grotere slagingskans heeft en meer werkgelegenheid creëert.¹⁹

1.2 Probleemstelling

De overdracht van een onderneming kan een aantal belemmeringen met zich meebrengen. Indien de ondernemer zijn onderneming overdraagt, dient de ondernemer na verkoop af te rekenen over de stakingswinst.²⁰ Het is voor de overnemer soms lastig de financiering voor de overname rond te krijgen. Een overdracht tegen schuldigerkenning van de koopsom is in zo'n geval een optie. De onderneming wordt dan overgedragen, maar de koopsom wordt nog niet voldaan. De overdrager heeft de onderneming wel al vervreemd en dient af te rekenen over de stakingswinst. Indien de overdrager verder geen liquide middelen bezit, kan de belastingclaim, welke voortkomt uit de overdracht van de onderneming, niet voldaan worden. Deze belastingclaim is het gevolg van het jaarlijks waarden op kostprijs, terwijl op basis van de

¹⁶ Michael H. Morris, *Policy implications of business transfer patterns in a developed country, Entrepreneurship in the Netherlands, Business transfer: a new start*, Zoetermeer: 2005, p. 41.

¹⁷ W. Burgerhart, M.J. Hooгeeven, J.I.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: Een praktijkonderzoek*, BDO Private Wealth Tax Fund, Amsterdam: 2009, p. 37.

¹⁸ E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 3-4.

¹⁹ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité: *Uitvoering van het communautair Lissabonprogramma voor groei en werkgelegenheid - Overdracht van ondernemingen: Continuïteit door een nieuwe start*, COM(2006) 117 definitief, Brussel: 2006, p. 10.

²⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 11.

totaalwinstregels realisatie op basis van de werkelijke waarde bij vervreemding plaatsvindt.²¹ De belastingclaim kan dus een belemmerende werking voor de bedrijfsoverdracht hebben.

In de Wet op de Inkomstenbelasting 2001(hierna: Wet IB 2001) worden bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd. Deze faciliteiten hebben als doel dat de belastingheffing geen belemmering meer vormt bij de bedrijfsoverdracht. Dit dient de continuïteit van de onderneming te waarborgen.²² Indien gebruik wordt gemaakt van de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001, wordt de belastingclaim doorgeschoven naar de overnemer. De belastingclaim vormt op deze manier geen belemmering meer voor bedrijfsopvolgingen. De belastingheffing over de meerwaarde van de onderneming wordt doorgeschoven van de overdrager naar de overnemer. Op grond van het tweede lid van artikel 3.63 Wet IB 2001 treedt de overnemer na doorschuiфing voor zijn deel in de plaats van de overdrager. De overnemer gaat dan verder met de fiscale boekwaarden van de overdrager. De fiscale reserves kunnen ook worden doorgeschoven, met uitzondering van de oudedagsreserve.²³

Voor box 2 geldt de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 niet. Wanneer aanmerkelijkbelangaandelen worden geschonken wordt door middel van de bedrijfsopvolgingsregeling de claim over de meerwaarde doorgeschoven naar de verkrijger.

Onderzocht wordt of de regeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001, die een overdracht onder bezwarende titel dient te vergemakkelijken, doeltreffend is en of deze regeling ook gewenst is voor box 2. Wanneer zo'n regeling wenselijk blijkt, wordt ook gekeken hoe een dergelijke regeling er in box 2 uit zal kunnen zien.

Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Is een doorschuiфregeling zoals in artikel 3.63 Wet IB 2001 wenselijk in box 2?

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

1. Wat is bedrijfsopvolging en welke rol is daarin voor de overheid weggelegd?
2. Hoe geschiedt de doorschuiфregeling in box 1?

²¹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 10.

²² *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

²³ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 37 (MvT).

3. Wat zijn de gevolgen van een bedrijfsopvolging voor box 2?
4. Hoe ziet een doorschuiфregeling conform artikel 3.63 Wet IB 2001 eruit in box 2?

1.3 Toetsingskader

Het beantwoorden van bovengenoemde deelvragen gebeurt op basis van de volgende criteria:

- Legitimiteit. Dit criterium is het meest relevant. De legitimiteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit wordt beoordeeld aan de hand van de theorie van de welvaartseconomie. Overheidsingrijpen kan legitiem zijn binnen de theorie van de welvaartseconomie in geval van marktfalen. Wanneer de faciliteit niet legitiem is, is deze ook niet aanvaardbaar.
- Gelijkheid. Het uitgangspunt van de wetgeving is gebaseerd op artikel 1 van de Grondwet. Hieruit volgt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Wanneer de faciliteit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel is deze dus niet aanvaardbaar. Uit de literatuur volgen verschillende redenen van kritiek op de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De regeling zou slecht onderbouwd zijn en de overheid zou niet in staat zijn het gelijkheidsbeginsel in de wetgeving tot uitdrukking te brengen.²⁴
- Doeltreffendheid. Aan de hand van dit criterium wordt onderzocht of de doorschuiффaciliteit van artikel 3.63 Wet IB 2001 bijdraagt aan het doel dat de overheid heeft gesteld bij invoering ervan.

Aan de hand van bovenstaande criteria wordt ook beoordeeld of de doorschuiффaciliteit werking dient te vinden voor box 2.

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

1.4 Opzet

Om tot een conclusie te komen worden in de hoofdstukken de deelvragen uitgewerkt. Elk hoofdstuk eindigt met een deelconclusie. Allereerst wordt in hoofdstuk twee de ondernemer,

²⁴ R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (FM nr. 77), Deventer: Kluwer 1996, p. 99.

de onderneming en de bedrijfsopvolging behandeld. Onderzocht wordt wie kwalificeert tot ondernemer, in welke rechtsvormen een onderneming gedreven kan worden, wat bedrijfsopvolging inhoudt en de implicaties ervan. Tot slot wordt de rol van de overheid onderzocht op grond van het legitimiteitscriterium. Hoofdstuk drie ziet op de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001. Meer specifiek richt dit hoofdstuk zich op de geschiedenis en totstandkoming van de doorschuiфregeling, de voorwaarden voor de toepassing ervan en de implicaties en voordelen die de doorschuiфregeling met zich meebrengt. Om te beoordelen of voor box 2 een dergelijke regeling kan gelden, moet gekeken worden naar de gevolgen van bedrijfsopvolging voor box 2. Dit wordt gedaan door de voorwaarden die gelden voor de doorschuiфregeling van box 1 te toetsen voor box 2. Vervolgens worden in hoofdstuk vier de gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting in box 2 geanalyseerd bij bedrijfsopvolging evenals de mogelijkheden en inrichting van de doorschuiфregeling in box 2. Tot slot wordt in hoofdstuk vijf een antwoord op de probleemstelling geformuleerd met behulp van de deelvragen. De gevolgen van de bedrijfsopvolging voor box 1 en box 2 worden tegen elkaar afgezet. Aan de hand van de voorwaarden voor de doorschuiфregeling in box 1 wordt geconcludeerd of een dergelijke regeling ook wenselijk is voor box 2.

1.5 Afbakening

In deze scriptie ligt de focus uitsluitend op de inkomstenbelasting. In hoofdstuk vier komt bij de behandeling van het aanmerkelijk belang (hierna: ab) nog wel de vennootschapsbelasting aan de orde. Desalniettemin kunnen andere belastingen zich wel voordoen bij de overdracht van een onderneming. Het onderzoek beperkt zich tot de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit artikel 3.63 Wet IB 2001, welke de belemmering bij bedrijfsopvolging weg dient te nemen. In dit onderzoek wordt in de zin van artikel 3.4 Wet IB 2001 gesproken van een IB-ondernemer. Bij een ondernemer die zijn onderneming door middel van een bv drijft, wordt gesproken van een DGA-ondernemer. In deze scriptie wordt uitsluitend de bedrijfsoverdracht bij leven behandeld.

Hoofdstuk 2 Ondernemer, onderneming en bedrijfsopvolging

2.1 Inleiding

In het kader van deze scriptie wordt onderzocht of de doorschuiфregeling bij bedrijfsopvolging als bedoeld in artikel 3.63 Wet IB 2001, zoals deze geldt ten aanzien van box 1 (inkomen uit werk en woning) ook wenselijk is ten aanzien van box 2 (inkomen uit aanmerkelijk belang). Om deze vraag te kunnen beantwoorden is enig inzicht en kennis nodig betreffende het begrip bedrijfsopvolging. Omdat het onderwerp van deze scriptie de bedrijfsopvolging bij leven is, worden belastingen bij erven buiten beschouwing gelaten. Er wordt enkel ingegaan op de inkomstenbelasting bij bedrijfsopvolging.

Allereerst wordt het probleem besproken dat kan ontstaan bij bedrijfsopvolging. Van belang hierbij is wat een onderneming is en in welke rechtsvormen de onderneming kan worden gedreven. Dit hoofdstuk behandelt in dit verband wie de ondernemer is, wat wordt verstaan onder bedrijfsopvolging en welke rol voor de overheid daarin is weggelegd. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk volgt een deelconclusie.

2.2 De ondernemer en zijn onderneming

Om te bepalen hoe belastingheffing geschiedt bij bedrijfsopvolging, is het van belang vast te stellen wat onder een onderneming wordt verstaan en wie als ondernemer wordt aangemerkt ten aanzien van de onderneming. De Wet IB 2001 bevat geen omschrijving van het ondernemingsbegrip. Wat onder een onderneming wordt verstaan, is aan de orde geweest in verschillende jurisprudentie. Van een objectieve onderneming is sprake wanneer er een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is, die door middel van deelname aan het maatschappelijk verkeer het maken van overschotten (winst) beoogt.²⁵ Om vast te stellen of sprake is van een onderneming gaat het uitsluitend om de wijze van exploitatie.²⁶ Het

²⁵ Zie bijvoorbeeld HR 7 oktober 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9757; HR 23 april 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BJ7956.

²⁶ HR 21 mei 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1811.

ondernemingsbegrip speelt een belangrijke rol in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, aangezien toegang tot de faciliteiten beperkt is tot situaties waarbij sprake is van een onderneming.

Een onderneming kan in verschillende rechtsvormen worden uitgeoefend. De rechtsvormen zijn te onderscheiden in rechtsvormen met en zonder rechtspersoonlijkheid. Samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid zijn gebaseerd op een samenwerkingsovereenkomst tussen de samenwerkende personen. Deze samenwerkende personen kunnen natuurlijke personen zijn, maar ook rechtspersonen.²⁷ Natuurlijke personen zijn zelf aansprakelijk voor de schulden van de onderneming; bij een rechtspersoon is de rechtspersoon aansprakelijk en dus niet de natuurlijk persoon. Fiscaalrechtelijk staan bij samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid steeds de vennoten centraal. De samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid hebben derhalve geen eigen belastingplicht.²⁸ De rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid zijn de eenmanszaak, maatschap, vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. De rechtsvormen met rechtspersoonlijkheid zijn opgenomen in boek 2, artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek en zijn de besloten vennootschap, naamloze vennootschap, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging en stichting. Indien sprake is van een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid ligt het aan de hoedanigheid van de achterliggende personen/entiteiten die de rechtsvorm vormen, wie de ondernemer is en hoe die wordt belast.²⁹ Op grond van artikel 3.4 Wet IB 2001 wordt als ondernemer de belastingplichtige aangemerkt voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Hierna worden de verschillende rechtsvormen waarin een onderneming kan worden gedreven, uitgewerkt.

Bij de eenmanszaak is de ondernemer zelf aansprakelijk voor alle handelingen en financiële verplichtingen van de onderneming. Er is voor wat betreft de aansprakelijkheid geen onderscheid tussen privé- en bedrijfsvermogen. De ondernemer betaalt inkomstenbelasting

²⁷ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 223.

²⁸ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 224.

²⁹ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 224.

over de winst die wordt behaald met de activiteiten uit de eenmanszaak. Hiervoor gelden de tarieven uit box 1 (belastbaar inkomen uit werk en woning).

In artikel 18 Wetboek van Koophandel is geregeld dat in de vennootschap onder firma (hierna: vof) de vennoot als ondernemer hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de vof, ook als de schulden door een andere vennoot zijn gemaakt. De winst van elke vennoot/natuurlijke persoon wordt gerekend tot zijn belastbare inkomen. Volgens boek 7A, artikel 1683 Burgerlijk Wetboek eindigt een vof als een vennoot uittreedt of overlijdt, ook al zijn er meer dan twee vennoten. De vof kan blijven bestaan na het wegvallen van een vennoot als dit is geregeld in het vennootschapscontract door middel van een verblijfs- of overnamebeding. Op grond van boek 7A, artikel 1688, eerste lid, Burgerlijk Wetboek kan na het uittreden van een vennoot de vennootschap worden voortgezet door opvolging door de overgebleven vennoten. Voor de maatschap gelden vergelijkbare regels en voorschriften, zij het dat in tegenstelling tot de vennoot de ondernemer in een maatschap alleen verplichtingen aangaat voor de maat zelf en niet voor andere maten.³⁰

De commanditaire vennootschap (hierna: cv) is een bijzondere vorm van de vof. Er is sprake van twee soorten vennoten, namelijk de beherende en de commanditaire vennoot. Een beherend vennoot heeft de dagelijkse leiding in het bedrijf. Commanditaire vennoten zijn financieel betrokken. Op grond van artikel 21 Wetboek van Koophandel is de beherend vennoot met zijn gehele vermogen aansprakelijk voor de schulden van de cv. De commanditaire vennoot is alleen aansprakelijk als deze zich als beherend vennoot gedraagt door de cv naar buiten toe te vertegenwoordigen. De vennoten zijn inkomstenbelasting verschuldigd over het deel van de winst als zij natuurlijke personen zijn.

Volgens boek 7A, artikel 1683 Burgerlijk Wetboek eindigt de cv als een vennoot zijn deelname aan de onderneming beëindigt of als hij overlijdt. In een cv-contract kunnen de vennoten regelen dat de overige vennoten de onderneming toch kunnen voortzetten door middel van een verblijfs- of overnamebeding.

De meest voorkomende samenwerkingsvorm met rechtspersoonlijkheid is de besloten vennootschap³¹ (hierna: bv). Op grond van boek 5, artikel 175 Burgerlijk Wetboek is dit een

³⁰ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 224.

³¹ Hier kan ook de naamloze vennootschap voor worden gelezen.

vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarin kan worden deelgenomen door één of meer aandelen te nemen in de vennootschap. In de bv werken aandeelhouders samen om via de bv winst te behalen. Na aftrek van de verschuldigde vennootschapsbelasting wordt de winst aan de aandeelhouders ter beschikking gesteld. Zij kunnen in de algemene vergadering van aandeelhouders beslissen de beschikbare winst als dividend uit te keren of als risicodragend vermogen toe te voegen aan het vermogen van de bv (winstreserve). De naamloze vennootschap (hierna: nv) heeft vennootschapsrechtelijk een complexe structuur, maar de fiscale regels zijn gelijk aan die van de bv.³² Aandeelhouders die een aanmerkelijk belang hebben in een bv of nv kunnen aanspraak maken op specifiek voor het aanmerkelijk belang geldende doorschuiffaciliteiten, welke in hoofdstuk vier worden behandeld.

2.3 Wat is bedrijfsopvolging?

Een bedrijfsopvolging kan zich voordoen bij leven en bij overlijden. Opvolging kan zowel door de kinderen plaatsvinden als door een derde, bijvoorbeeld door een andere ondernemer. Wanneer het in deze scriptie over bedrijfsopvolging gaat, gaat het uitsluitend om de opvolging bij leven.

Bij een bedrijfsopvolging bij leven aan een andere ondernemer is juridisch gezien sprake van een overdracht van de onderneming. De bedrijfsopvolging kan in beginsel, mede afhankelijk van de rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven, op twee manieren plaatsvinden. Ten eerste door een overdracht van afzonderlijke activa en passiva en ten tweede door een overdracht van aandelen.³³ Bij een activa/passiva transactie moeten de afzonderlijke goederen aan de opvolger geleverd worden. Een keuze is dus mogelijk ten aanzien van de goederen die wel of niet overgenomen worden. De ondernemer loopt dan niet het risico dat in de onderneming nog verplichtingen aanwezig zijn die hij bij een aandelenoverdracht wel mee overneemt. Bij een overdracht van aandelen gaat namelijk, omdat de bv rechthebbende van het vermogen blijft, het gehele vermogen van de bv, dus inclusief alle rechten en verplichtingen, over op de opvolger. Het overnemen van alle rechten en plichten van een bv kan een risico met zich meebrengen, omdat ook de ‘lijken in de kast’ mee overgaan. Hierna worden enkele

³² L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 224.

³³ R.H.A. Franken in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 48.

gebruikelijke constructies besproken, die in het kader van bedrijfsopvolging worden gehanteerd.

Ten eerste kan, zoals hiervoor al beschreven, bedrijfsopvolging plaatsvinden door een eenvoudige verkoop en levering van activa en passiva (bij een natuurlijke persoon die zijn onderneming als eenmanszaak drijft) of verkoop en levering van aandelen. Een andere mogelijkheid voor bedrijfsopvolging is dat de bestaande onderneming wordt ingebracht in een samenwerkingsverband (bijvoorbeeld een vennootschap onder firma of maatschap) tussen de huidige ondernemer en de beoogde opvolger. Dit is een geleidelijke overgang van de onderneming. De overdrager blijft bij deze variant bij het bedrijf betrokken.³⁴ Daarnaast wordt bedrijfsopvolging ook wel door middel van omzetting naar cumulatief preferente aandelen gerealiseerd. Ook deze vorm is een geleidelijke overgang. De koopsom wordt door de partijen vastgelegd. De koopsom wordt omgezet in aandelen en daarover wordt dividend verkregen³⁵. Een andere mogelijkheid voor bedrijfsopvolging is het oprichten van een overnameholding, welke binnen de fiscale eenheid de rentelasten met de winsten kan verrekenen. Bij de holdingstructuur worden de bedrijfsactiviteiten ondergebracht in afzonderlijke bv's: werk-bv's. De holding-bv heeft de aandelen in die werkmaatschappijen in handen. De bedrijfsopvolging vindt bij de overnameholding niet plaats door de overnemer, maar door de door hem daartoe opgerichte overnameholding. De onderneming kan worden overgedragen door verkoop van de aandelen in de werkmaatschappij. De rentelasten over de koopsom kunnen direct ten laste van het resultaat van de over te nemen werk-bv worden gebracht. Daarnaast hoeft de koopsom niet in één keer gefinancierd te worden uit privé, maar kan deze ten laste komen van de toekomstige resultaten van de werk-bv.³⁶ Het ondernemingsvermogen van de verkoper wordt bij deze constructie vervangen door een vordering op de overnemer of zijn overnameholding.³⁷

³⁴ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 48.

³⁵ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 109.

³⁶ I. Van Bragt & P.J.M. Meertens, *De directeur-groootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2003.

³⁷ E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 55.

2.4 Fiscale implicaties van bedrijfsopvolging

Als de onderneming door een natuurlijk persoon wordt gedreven in een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid wordt hij gedurende het drijven van een onderneming voor de genoten winst belast in box 1. Daarbij geldt de totaalwinstgedachte. Op grond van artikel 3.8 Wet IB 2001 omvat de totaalwinst het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming. De jaarwinstberekening is gebaseerd op goed koopmansgebruik.³⁸ Door middel van goed koopmansgebruik kan winstneming worden uitgesteld en kunnen binnen de onderneming stille reserves ontstaan. De som van de jaarwinsten kan daardoor verschillen met de totaalwinst van de onderneming en over dit verschil wordt bij de eindafrekening alsnog belasting geheven. De stille reserves die gedurende de tijd dat de onderneming werd gedreven nog niet zijn belast, worden als stakingswinst in de heffing betrokken. Hetzelfde geldt voor goodwill.³⁹ Deze eindafrekening volgt wanneer de ondernemer ophoudt winst uit onderneming te genieten als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.4 Wet IB 2001, bijvoorbeeld bij de overdracht van zijn eenmanszaak of het uittreden uit een vof.

Bij bedrijfsopvolging kan dus stakingswinst ontstaan, waarover belasting wordt geheven. De stakingswinst is grofweg het verschil tussen de boekwaarde van de onderneming en de uiteindelijke overnamesom.⁴⁰ Bij verkoop van aandelen (bijvoorbeeld van een bv) moet daarentegen over de aanmerkelijkbelangwinst (box 2) worden afgerekend.⁴¹ Als bij de bedrijfsopvolging afgerekend wordt over de stakingswinst, is dat een zogenoemde ruisende overdracht.⁴²

Wanneer de gehele koopsom van de onderneming daadwerkelijk aan de verkoper is betaald, is er geen reden tot ingrijpen van de overheid. De verkoper is dan in staat om belasting over de

³⁸ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 72.

³⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 43.

⁴⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 39.

⁴¹ E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 85.

⁴² F. Van der Hoff, “Doorschuiфing naar Ondernemers/Werknemers”, *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging* nr. 12014, p. 35.

stakingswinst te voldoen. Als de koper de koopsom niet kan financieren en te weinig liquide middelen aanwezig zijn om de belasting over de stakingswinst te betalen, is sprake van een liquiditeitsprobleem. Dit kan de overdracht van een bedrijf ernstig belemmeren. Bij de verkoop van een onderneming is het mogelijk dat de koopsom niet helemaal kan worden gefinancierd door de overnemer. De verkoper dient dan af te rekenen over een bedrag dat hij nog niet heeft ontvangen. Wanneer de overnemer niet de volledige koopsom heeft betaald (en dus een deel is schuldig gebleven aan de overdrager), is de overdrager desalniettemin belasting verschuldigd over de gehele stakingswinst, terwijl hij geen of minder liquide middelen heeft verkregen. De doorschuiфregeling heeft tot doel deze knelpunten bij bedrijfsopvolging weg te nemen.⁴³ De rol van de overheid bij het verminderen van de belemmeringen bij bedrijfsoverdracht wordt in de volgende paragraaf besproken.

2.5 Rol overheid

De overheid hecht groot belang aan het creëren van een aantrekkelijk ondernemingsklimaat.⁴⁴ Een aantrekkelijk ondernemingsklimaat trekt zowel binnenlandse als buitenlandse investeerders aan, wat zorgt voor werkgelegenheid. De continuïteit van de objectieve onderneming is dan ook in het algemene economische belang.⁴⁵ De wetgever tracht daarom te voorkomen dat de continuïteit van de objectieve onderneming in gevaar komt, omdat middelen aan de onderneming onttrokken moeten worden om belasting te voldoen.⁴⁶

De theorie van de welvaartseconomie stelt dat de overheid redenen tot ingrijpen heeft wanneer een welvaartsverlies optreedt.⁴⁷ Een welvaartsverlies treedt op bij marktfalen. Wanneer sprake is van marktfalen ligt er voor de overheid derhalve een rol om in te grijpen.⁴⁸ Wanneer de

⁴³ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).*

⁴⁴ *Kamerstukken II 2015/16, 32 637, nr. 241, p. 16.*

⁴⁵ L. Van Teeffelen, “De effecten van opheffingen en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie. Schattingen voor het jaar 2011”, *Kenniscentrum Innovatie & Business, Faculteit. Economie & Management*, Hogeschool Utrecht: 2012, p. 5; E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 7.

⁴⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 15.

⁴⁷ A.W. Schep, *Naar evenwichtig bijzonder kostenverhaal door gemeenten*, Delft: Eburon 2012, p. 61.

⁴⁸ J.E. Stiglitz, *Economics of the public sector*, New York-London: W.W. Norton & Company 2000, p. 77.

financieringsmarkt perfect werkt, moet het mogelijk zijn voor de verkoper de verschuldigde belasting te financieren. De overheid kan faciliteiten bieden bij een niet optimaal werkende financieringsmarkt.⁴⁹ Op het gebied van kredietverlening is sprake van een incomplete markt.⁵⁰ Wanneer de verkrijger de koopsom van de onderneming niet geheel met eigen vermogen kan voldoen, moet hij een beroep doen op de financieringsmarkt. Er kan sprake zijn van marktfalen in geval van financiering van de bedrijfsoverdracht. De financieringsmarkt, zeker ten aanzien van MKB, functioneert niet optimaal.⁵¹ Met behulp van overheidsingrijpen kan de financieringsbehoefte worden verminderd. Om deze redenen kent Nederland een aantal bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, zoals de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001. Bij verkrijging van aandelen is er voor de overheid ook een reden tot faciliteren, aangezien belasting moet worden voldaan over de overdracht, zonder dat de liquide middelen zijn verschaft. Dit wordt uitgebreid behandeld in hoofdstuk vier.

De rol van de overheid wordt getoetst aan de hand van het legitimiteitscriterium. Overheidsingrijpen is legitiem op basis van marktfalen. Wat betreft de werking van de financieringsmarkt dient onderscheid te worden gemaakt tussen de positie van de overdrager en de overnemer. De overdrager heeft niet te maken met een financieringsprobleem voor zover deze liquide middelen van de overnemer voor de overdracht krijgt.⁵² Wat betreft de positie van de overdrager is overheidsingrijpen in dat geval mijns inziens niet legitiem.

Wanneer de koopsom door de overnemer schuldig wordt gebleven aan de overdrager komen bij de overdrager uit de bedrijfsoverdracht geen liquide middelen vrij om de belastingclaim te voldoen. Aangezien het risico bestaat dat de overdracht geen doorgang vindt wanneer de overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt, wordt de continuïteit van de onderneming belemmerd. Het doel van de wetgever was het vergemakkelijken van de bedrijfsoverdracht, juist om de continuïteit te verbeteren. Mijn mening is dan dat op grond hiervan overheidsingrijpen wel legitiem is.

⁴⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, t.a.p., p. 7 en EIM, Meer en beter ondernemerschap, Beleidsdoorlichting ondernemerschapsbeleid Ministerie van Economische Zaken 2003-2007, p. 37.

⁵⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 27.

⁵¹ R. Braaksma, W. Verhoeven e.a., “Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven”, *Financieringsmonitor* 2013/1.

⁵² Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 180.

2.6 Deelconclusie

Om te voorkomen dat een economisch wenselijke bedrijfsoverdracht geen doorgang kan vinden vanwege fiscale belemmeringen, wordt de bedrijfsopvolging binnen verschillende wetten gefaciliteerd.⁵³

Vanuit welvaart economisch perspectief is het van belang dat een gezond ondernemingsklimaat heerst. Dit kan worden bevorderd door te zorgen dat ondernemingen kunnen overleven, ook als deze worden overgedragen aan een derde. De overheid heeft hierin een grote rol. Zij voorziet in verschillende fiscale faciliteiten bij de bedrijfsopvolging om te voorkomen dat fiscale belemmeringen de continuïteit van een onderneming in gevaar brengen. Dit heeft een positief effect op de werkgelegenheid. De overheid zou alleen in het marktproces moeten ingrijpen indien sprake is van markftalen. Eén van deze fiscale faciliteiten is de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001. Op grond van deze regeling dient de overdrager geen belasting te voldoen (er is immers geen sprake van stakingswinst), maar kan deze de fiscale claim doorschuiven naar de voortzetter van de onderneming. De wetgever gaat ervan uit dat de waarde van de overgedragen onderneming zal worden meegenomen in de belastingheffing. Zo heeft de overdracht noch verregaande financiële consequenties voor de overdrager, noch voor de voortzetter van de onderneming. Wat betreft de positie van de overdrager is overheidsingrijpen niet legitiem voor zover deze liquide middelen van de overnemer voor de overdracht krijgt. De overdrager heeft dan niet te maken met een financieringsprobleem. Overheidsingrijpen is wel legitiem wanneer bij de overdrager uit de bedrijfsoverdracht geen liquide middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen, omdat dit een belemmering vormt bij de continuïteit van de over te dragen onderneming. De doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 zal uitgebreid worden besproken in het volgende hoofdstuk.

⁵³ E.J.W. Heithuis in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 3-4.

Hoofdstuk 3 De doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001

3.1 Inleiding

De doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 is een belangrijk onderdeel van deze scriptie. In dit hoofdstuk wordt de doorschuiфregeling uitvoerig behandeld en onderzocht hoe deze doorschuiфregeling in box 1 in haar werk gaat. Kennis van deze fiscale regeling is nodig om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden of een dergelijke regeling ook wenselijk zou zijn ten aanzien van de bedrijfsopvolging waarbij sprake is van inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2). Meer specifiek wordt in paragraaf 3.2 ingegaan op de geschiedenis en totstandkoming van de doorschuiфregeling in artikel 3.63 Wet IB 2001. In paragraaf 3.3 worden vervolgens de voorwaarden voor toepassing van de doorschuiфregeling besproken. Paragraaf 3.4 behandelt de implicaties van de doorschuiфregeling en in paragraaf 3.5 komen de voordelen van de doorschuiфregeling aan bod. Tot slot volgt in paragraaf 3.6 de deelconclusie.

3.2 Geschiedenis en totstandkoming van de doorschuiффaciliteit

De oorspronkelijke doorschuiфregeling bij leven is geïntroduceerd om de bedrijfsovergang op een passender tijdstip plaats te laten vinden dan bij overlijden.⁵⁴ In artikel 15 Wet IB 1964 werd de behandeling van de geruisloze overgang bij overlijden geregeld. Door leden van de Tweede Kamer werd de vraag gesteld waarom de doorschuiфregeling niet mogelijk was voor overdracht van ouder op kind, indien deze plaatsvond na het 65^e jaar van de ouder of bij blijvende invaliditeit van de ouder voor zijn 65^e levensjaar.⁵⁵ Op deze tekortkoming introduceerde de regering artikel 17 bij de tweede nota van wijziging. Hierin werd de geruisloze overgang bij leven van ouder op kind mogelijk voor overdracht op of na het 65^e jaar en dus niet bij invaliditeit van de ondernemer. De regering leverde op deze manier een bijdrage tot het overdragen van de onderneming op een voor de bedrijfsvoering passend tijdstip. Verder verbond de wetgever aan artikel 17 Wet IB 1964 de voorwaarde dat de overdracht tegen de boekwaarde moest plaatsvinden, omdat anders het gerealiseerde inkomen niet werd belast bij het subject waar het

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1962/63, 5380, nr. 19, p. 38 (MvA).

⁵⁵ Tweede Kamer, zitting 1961-1962, 5380, nr. 16 (voorlopig verslag), p. 16.

thuishoort. Deze voorwaarde is komen te vervallen, omdat doorschuiving van de onderneming anders alleen plaats kon vinden indien de overnemer werd bevoordeeld.⁵⁶

Met ingang van 1983 heeft artikel 17 een uitbreiding ondergaan. Zo werd de leeftijd van de ouder waarbij de geruisloze overdracht mogelijk is, verlaagd van 65 naar 55 jaar. Verder kon de geruisloze overdracht vanaf 1983 ook plaatsvinden bij een overdracht van een gedeelte van de onderneming en was de geruisloze overdracht ook mogelijk bij een overdracht aan kleinkinderen.⁵⁷

In 1990 is de geruisloze overdracht in artikel 17 wederom verruimd. Het tweede lid bevat de specifieke bepalingen waar de in het eerste lid onderdeel a, b en c geregelde overdrachten aan moeten voldoen. Onderdeel a komt qua strekking overeen met de doorschuiving door ouders aan kinderen. Onderdeel b en c regelen de nieuwe mogelijkheden van geruisloze overdracht aan de echtgenote van de ondernemer of aan de ongehuwde partner die met de ondernemer duurzaam een gezamenlijke huishouding voert. Hiermee werd beoogd de oprichting van de man-vrouwfirma te vergemakkelijken.⁵⁸

Bij de overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van de onderneming binnen de familiesfeer, kon blijkens artikel 17 Wet IB 1964 de inkomstenbelastingclaim op de stille reserves worden doorgeschoven naar de overnemer. Het gevolg van het rechtstreekse voortzetten met het doel onmiddellijke fiscale afrekening te voorkomen is dat de gezamenlijke voortzetters in dezelfde positie komen te verkeren als waarin de voorganger zich bevond. In artikel 3.63, tweede lid, Wet IB 2001 is sprake van eenzelfde bepaling wat betreft het in de plaats treden van de overdrager. De Wet Ondernemerspakket 2001⁵⁹ verruimde de kring van overnemers tot de medeondernemer, mits deze persoon ten tijde van de overdracht reeds 36 maanden actief betrokken is bij het drijven van de onderneming. Reeds in het rapport van de werkgroep-Oort II⁶⁰ en het rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw⁶¹ was voorgesteld de

⁵⁶ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 8.

⁵⁷ Wet van 29 juni 1983, *Stb.* 1983, 304.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 595, nr. 3, p. 15-16.

⁵⁹ Wet van 14 december 2000, *Stb.* 2000, 567.

⁶⁰ Rapport Een duwtje in de rug, 1998, V-N 1998/38.3. *WFR* 1998/6308, p. 1368.

⁶¹ Rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw, 1999, V-N 1999/30.3. *WFR* 1999/6331, p. 342.

bestaande doorschuiфregeling binnen de familiekring te verruimen tot een meer generieke faciliteit bij overdracht van een onderneming aan medeondernemers. Gewezen werd op de situatie waarin een onderneming langere tijd mede wordt gedreven door een natuurlijk persoon die niet tot de familiekring behoort. Uit het oogpunt van continuïteit van de onderneming werd het wenselijk geacht ook bij overdracht van de onderneming aan zo'n persoon een doorschuiффaciliteit te kunnen verlenen.⁶² Naar aanleiding van het voorstel in het rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw van de Werkgroep-Vossers⁶³ om de doorschuiфregeling van artikel 17 Wet IB 1964 toegankelijk te maken voor bedrijfsopvolgingen waarbij de opvolger drie jaar mede de onderneming heeft gedreven is met ingang van 1 januari 2001 in artikel 3.63 Wet IB 2001 een doorschuiфregeling opgenomen die het mogelijk maakt om de onderneming geruisloos door te schuiven naar medeondernemers. De regering heeft dit voorstel overgenomen, mede vanwege de mogelijke strijd van artikel 17 Wet IB 1964 met het gelijkheidsbeginsel.⁶⁴

In de volgende paragraaf worden de voorwaarden besproken ten aanzien van de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001.

3.3 Voorwaarden voor toepassing van de doorschuiффaciliteit

Aan de toepasselijkheid van de doorschuiфregeling als bedoeld in artikel 3.63 Wet IB 2001 is een aantal voorwaarden verbonden. De belastingplichtige die van de doorschuiффaciliteit gebruik wil maken, dient op grond van artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 winst te genieten als ondernemer of medegerechtigde uit het samenwerkingsverband dat ten minste 36 maanden dient te bestaan.

Volgens artikel 3.63, tweede lid, Wet IB 2001 wordt degene aan wie de onderneming is overgedragen voor het bepalen van de winst van de onderneming geacht in de plaats te zijn getreden van de overdrager. Onmiddellijke afrekening wordt voorkomen over de stille reserves in de vermogensbestanddelen van de onderneming. Verder kunnen de fiscale reserves uit artikel 3.53 en 3.54 Wet IB 2001 in stand blijven indien de onderneming wordt voortgezet op grond van artikel 3.63 Wet IB 2001. De overnemer houdt de boekwaarden van de overgedragen

⁶² Rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw, 1999, V-N 1999/30.3. *WFR 1999/6331*, p. 8-9.

⁶³ De Werkgroep-Vossers had de opdracht maatregelen uit te werken gericht op de versterking en verbetering van de concurrentiepositie van de Nederlandse economie.

⁶⁴ *Kamerstukken II 1990/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT)*.

vermogensbestanddelen van de onderneming aan. Voor de toepassing van de geruisloze overdracht wordt onder de onderneming mede begrepen een gedeelte van een onderneming. Het niet-overgedragen gedeelte van de onderneming hoeft niet een zelfstandige onderneming te vormen. Over de aanwezige stille reserves in het niet-overgedragen gedeelte moet dan wel worden afgerekend als dat gedeelte niet een onderneming vormt.⁶⁵

Op grond van de doorschuiфregeling is het voor een ondernemer mogelijk de onderneming door te schuiven aan een derde. Krachtens artikel 3.63, vierde lid, Wet IB 2001 moet sprake zijn van een samenwerkingsverband van ten minste 36 maanden tussen de overdrager en de overnemer van de onderneming. Het kabinet stelt: “Met de 36-maanden periode ontstaat een duurzame band tussen de overdrager en de voortzetter van de onderneming. In verband met kennisoverdracht is een grotere kans op een succesvolle voortzetting c.q. overname van de onderneming.”⁶⁶ Het succes van een onderneming hangt vaak samen met heel specifieke kennis.⁶⁷ Aan de samenwerking tussen overdrager en voortzetter worden overigens geen inhoudelijke eisen gesteld.⁶⁸ De doeltreffendheid van de doorschuiффaciliteit is met ingang van 2002 toegenomen, aangezien de mogelijkheid nu ook bestaat om door te schuiven naar een werknemer. De wettelijke bepaling is opgenomen naar aanleiding van een amendement bij het Belastingplan 2002.⁶⁹ De eis die wordt gesteld is dat de werknemer gedurende de 36 maanden voorafgaand aan de overdracht van de over te dragen onderneming als werknemer in dienstbetrekking moet zijn geweest.⁷⁰ Aan de werknemer worden geen kwaliteitseisen gesteld. De beoogde opvolger behoeft dus geen beleidsbepalende functie te bekleden in de onderneming. Ook de omvang van de dienstbetrekking is niet relevant. Het feit dat de werknemer gedurende 36 maanden in dienst is bij de onderneming, is voldoende. Naar mijn mening is het markant dat de wetgever geen kwaliteitseisen stelt aan het samenwerkingsverband of de dienstbetrekking. Of inderdaad sprake is van een bepaalde mate

⁶⁵ HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9928.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1990/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1990/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

⁶⁸ P.H.J. Essers & M.L.M. van Kempen, *Cursus Inkomstenbelasting Studenteneditie 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012, p. 974; M.J. Hoogeveen, *Kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU 2011, p. 106.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 15, p. 1.

⁷⁰ Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, Stcrt. 146.

van kennisoverdracht is, mijns inziens, namelijk evenzeer afhankelijk van de functie die de werknemer vervult binnen de onderneming of de aard van het samenwerkingsverband.

Ingevolge artikel 3.63, zesde lid, Wet IB 2001 kan in sommige gevallen evenwel een uitzondering worden gemaakt op de 36-maandeneis. Uitzonderingen kunnen onder meer worden gemaakt bij voortijdig overlijden van de overdrager of faillissement van de ondernemer. Op grond artikel 13a Uitvoeringsregeling Inkomstenbelasting 2001 is bij arbeidsongeschiktheid ook een uitzondering mogelijk. Deze uitzonderingen zijn van toepassing in geval de voortzetter reeds ondernemer, werknemer of medegerechtigde tot de over te nemen onderneming is.⁷¹ Alleen als voldaan is aan bovenstaande voorwaarden, kan de overdrager gebruik maken van de doorschuiffaciliteit. De implicaties bij het gebruik van de doorschuifregeling worden in de volgende paragraaf besproken.

3.4 Implicaties van de doorschuiffaciliteit

De aan de toepassing van de doorschuifregeling van artikel 3.63 Wet IB 2001 gestelde voorwaarden brengt een aantal implicaties met zich. Wegens de 36-maandentermijn is het niet mogelijk om bij een ‘spontane’ bedrijfsoverdracht van de doorschuifregeling gebruik te maken. Het is dan ook van groot belang om de bedrijfsopvolging tijdig te plannen. Doorschuiven aan de medeondernemer is krachtens artikel 3.63, vierde lid, Wet IB 2001 mogelijk indien de over te dragen onderneming gedurende 36 maanden, voorafgaand aan de overdracht, deel uitmaakte van een samenwerkingsverband met de overnemer. Door een samenwerkingsverband van 36 maanden te vereisen wil de wetgever verzekeren dat de band tussen de overdrager en de overnemer een voldoende duurzaam karakter heeft. Hiermee probeert de wetgever oneigenlijk gebruik van de faciliteit tegen te gaan.⁷² Daarnaast dient het vereiste bij te dragen aan een betere kennisoverdracht tussen overdrager en overnemer, wat ten goede moet komen aan de continuïteit van de onderneming en moet leiden tot een kwalitatief betere bedrijfsoverdracht.⁷³ Verder zou de vereiste 36-maandentermijn bevorderlijk zijn voor de vermogenspositie van de

⁷¹ F. Van der Hoff, “Doorschuiфing naar Ondernemers/Werknemers”, *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging* nr. 1 2014, p. 33.

⁷² *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁷³ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).

onderneming en daarmee voor de latere startpositie van de overnemer.⁷⁴ Het is ook vanuit economisch perspectief verstandig tijdig met de bedrijfsopvolging te beginnen. Door meer tijd te nemen voor de overdracht kan de duurzaamheid van de overdracht namelijk positief worden beïnvloed. De voortzetter kan voor een succesvolle voortzetting cruciale kennis en ervaring opdoen binnen de onderneming. De Raad van State merkt op dat dit argument niet toereikend is, omdat de kennis bij de overnemer al aanwezig kan zijn en kennisoverdracht ook op andere manieren kan plaatsvinden.⁷⁵ Naar mijn mening merkt de Raad van State terecht op dat het belang van dit argument niet toereikend is. De kennisoverdracht kan namelijk op verschillende manieren plaatsvinden, waardoor de benodigde kennis reeds bij de overnemer aanwezig kan zijn.

De doorschuiffaciliteit kan overigens ook gebruikt worden door een medegerechtigde⁷⁶, zoals een commanditaire vennoot. De commanditaire vennoot kan met behulp van de doorschuifregeling zijn vennootschapsaandeel geruisloos overdragen aan een beherend vennoot. Het overdragen aan een andere commanditaire vennoot is overigens niet mogelijk, omdat deze noch ondernemer, noch werknemer was gedurende de 36 maanden dat het samenwerkingsverband ten minste moet hebben bestaan.

Ook is het ingevolge artikel 3.63, derde lid, Wet IB 2001 mogelijk om slechts een gedeelte van de onderneming geruisloos door te schuiven. Daarnaast belemmert het onttrekken van bepaalde vermogensbestanddelen uit de onderneming naar het privévermogen van de overdrager niet de toepassing van de doorschuifregeling.⁷⁷

Hiervoor werden de praktische implicaties van de doorschuifregeling van bedrijfsopvolgingen besproken. Hierna worden de fiscale implicaties besproken die zich voordoen. Dit beperkt zich tot het bespreken van de fiscale implicaties van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit die van belang zijn in het kader van deze scriptie: de doorschuiffaciliteit bij bedrijfsopvolging van artikel 3.63 Wet IB 2001. Zo kunnen de voortzetters geen investeringsaftrek genieten ter zake van de

⁷⁴ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).*

⁷⁵ *Zie advies RvS, Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. A, p. 6.*

⁷⁶ F. Van der Hoff, “Doorschuiфing naar Ondernemers/Werknemers”, *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging* nr. 1 2014, p. 32.

⁷⁷ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001 – Fiscaal commentaar*, Deventer: Kluwer 2006, p. 606.

verwerving van de bedrijfsmiddelen van de overdrager. De voortzetter wordt op grond van artikel 3.63, tweede lid, Wet IB 2001 geacht in de plaats te zijn getreden van degene die de onderneming heeft overgedragen. Dit geldt ook ten aanzien van de investeringsaftrek en de desinvesteringsbijtelling.⁷⁸ Wat betreft de investeringsaftrek geldt dat bij doorschuiving de ondernemers in de rechten en verplichtingen van de overdrager treden krachtens artikel 3.63, tweede lid, Wet IB 2001. Deze overdracht leidt dan niet tot een desinvesteringsbijtelling bij de overdrager, aangezien de overnemer de fiscale positie van de overdrager voortzet. In een arrest uit 2001 over een geschil dat speelde over de Wet IB 1964 is bepaald dat de willekeurige afschrijving bij de overnemer op doorgeschoven bedrijfsmiddelen slechts plaats kan vinden voor zover bij de overdrager nog niet geëffectueerde aanspraken bestaan.⁷⁹ Voor de huidige regeling verschilt dit onderdeel niet van de Wet IB 1964, waardoor deze jurisprudentie ook geldig is onder de Wet IB 2001.

Op grond van artikel 3.63, zevende lid, Wet IB 2001 kan de oudedagsreserve uitsluitend worden doorgeschoven naar de partner van de overdragende ondernemer. Verder geldt daarbij de beperking dat heffing over de reserve alleen achterwege mag blijven voor zover de reserve niet meer bedraagt dat het ondernemingsvermogen waarmee de partner de onderneming voortzet.⁸⁰

De geruisloze overdracht brengt met zich mee dat de onderneming geacht wordt niet te zijn gestaakt, waardoor niet afgerekend hoeft te worden over het verschil tussen de boekwaarde van de onderneming en de uiteindelijke overnamesom. De voortzetter dient na de overdracht diensgevolge door te gaan met de fiscale boekwaarden van de overdrager. Vermogensbestanddelen worden op dezelfde wijze geëtiketteerd en dotaties inzake fiscale reserves geschieden op dezelfde wijze.⁸¹ Omdat de fiscale boekwaarde gelijk blijft na de geruisloze overdracht wordt de opgebouwde belastingclaim op stille reserves niet geactiveerd. Er hoeft dus niet te worden afgerekend over de stille reserves van de onderneming. Doordat de overnemer de onderneming op basis van de boekwaarde voortzet, wordt afgeschreven op basis van lagere waardes. Hierdoor zal de winst hoger zijn en draagt de overnemer meer belasting af

⁷⁸ F. Van der Hoff, “Doorschuiфing naar Ondernemers/Werknemers”, *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging* nr. 1 2014, p. 32.

⁷⁹ HR 11 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1788.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 37 (MvT).

⁸¹ F. Van der Hoff, “Doorschuiфing naar Ondernemers/Werknemers”, *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging* nr. 1 2014, p. 34.

dan in de situatie waarin de overnemer de overwaarde, waarover nu niet is afgerekend, had mogen activeren en afschrijven.

Indien gebruik wordt gemaakt van de doorschuiffaciliteit moeten zowel de overdrager als de voortzetter van de onderneming op grond van artikel 3.63, eerste lid, Wet IB 2001 hiertoe een verzoek bij de Belastingdienst indienen. Beiden verzoeken dan de Belastingdienst om de oude boekwaarde door te schuiven.

3.5 Voordelen van de doorschuiffaciliteit

De verruiming van de doorschuiffaciliteit van familieleden naar medeondernemers en werknemers brengt enkele voordelen met zich voor zowel de overdrager als de voortzetter van de onderneming. Het beoogde doel van de wetgever met de doorschuiffaciliteit is het wegnemen van belemmeringen bij economisch gewenste bedrijfsoverdrachten.⁸² Het kabinet tracht met de doorschuiffaciliteit ten eerste de continuïteit van de onderneming te verbeteren, aangezien belastingafrekening over de stille reserves achterwege kan blijven.⁸³ Ten tweede zorgt de 36-maandeneis ervoor dat de voortzetter een langere periode actief betrokken is bij het drijven van de onderneming.⁸⁴ Op deze manier kan een gedegen kennisoverdracht plaatsvinden. Volgens de staatssecretaris van Financiën is het in het belang van de onderneming als wordt overgedragen aan een persoon die reeds geruime tijd bij de onderneming betrokken is geweest.⁸⁵ Het samenwerkingsverband kan de continuïteit echter ook schaden, indien de samenwerking niet slaagt.⁸⁶ Het is bezwaarlijk een samenwerkingsverband aan toe moeten gaan met een persoon die daar anders niet voor had gekozen.⁸⁷ Ten derde meent het kabinet dat de

⁸² 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.

⁸³ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

⁸⁴ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

⁸⁵ Brief van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1, p. 2 en 3.

⁸⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 71.

⁸⁷ W. Burgerhart, M. Hoogeveen & J.I.M. Egger, *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek*, Tilburg: BDO Camps Obers 2009, p. 34.

doorschuiфfaciliteit een positief effect op de vermogenspositie van de onderneming heeft en daarmee op de startpositie van de voortzetter. Hoe de vermogenspositie wordt verbeterd wordt niet duidelijk uit de memorie van toelichting bij het Ondernemingspakket 2001.⁸⁸ Een nadeel van de doorschuiфfaciliteit is dat ook belastingplichtigen van de faciliteit gebruik kunnen maken die deze faciliteit, gegeven de vermogenspositie, eigenlijk niet nodig hebben.⁸⁹

Verder wordt door middel van de doorschuiфfaciliteit het beroep op de financieringsmarkt verminderd. De te financieren koopsom ten behoeve van de overname van een onderneming wordt namelijk verlaagd, doordat de belastingclaim kan worden doorgeschoven naar de overnemer. De doorschuiфregeling heeft mede tot doel financieringsproblemen bij de bedrijfsopvolging weg te nemen.⁹⁰ De doorschuiфregeling zorgt er namelijk voor dat de overnamesom lager is dan dat deze zou zijn bij afrekening. Dit moet leiden tot een financierings- en liquiditeitsvoordeel.⁹¹

3.6 Doeltreffendheid

De argumenten die zijn gegeven voor de eis dat de voortzetter 36 maanden actief betrokken moet zijn bij het drijven van de onderneming luiden⁹²:

1. De continuïteit van de onderneming wordt verbeterd⁹³;
2. De participatie van de overdrager in de onderneming gedurende de driejaarstermijn kan gunstig zijn voor de vermogenspositie van de onderneming en daarmee voor de latere startpositie van de voortzetter;
3. Het belang van kennisoverdracht.⁹⁴

⁸⁸ *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

⁸⁹ Y.M. van Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 384.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 1990/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁹¹ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 209, nr. 6, p. 20 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 767, nr. 14, p. 37-38.

⁹² *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).

⁹³ Brief van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1, p. 2-3.

⁹⁴ Advies RvS, *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. A, p. 6.

Door middel van de 36-maandentermijn beoogt de wetgever de vermogenspositie van de onderneming te verbeteren.⁹⁵ Op welke wijze de vermogenspositie van de onderneming verbeterd wordt, is uit de memorie van toelichting bij het Ondernemingspakket 2001 niet duidelijk. Het is daardoor lastig te bepalen of dit doel daadwerkelijk wordt bereikt.⁹⁶ Jansen stelt dat bij de beëindiging van het samenwerkingsverband de vermogenspositie juist mogelijk verslechtert. De uittreedende vennoot wil dan wellicht een vergoeding voor zijn geïnvesteerd vermogen.⁹⁷ Aan het samenwerkingsverband of de dienstbetrekking worden door de wetgever geen inhoudelijke eisen gesteld. Enerzijds kan gesteld worden dat dit de toepassing van de faciliteit vereenvoudigt. Anderzijds tracht de wetgever te bereiken dat met het samenwerkingsverband en de dienstbetrekking de continuïteit van de overgedragen onderneming wordt verbeterd en een voldoende kennisoverdracht wordt gerealiseerd. Mijns inziens kan, doordat geen kwaliteitseisen gesteld worden, een zodanige kennisoverdracht niet worden gegarandeerd en dit draagt derhalve niet bij aan de beoogde continuïteit van de onderneming. Ook kan het vereiste samenwerkingsverband voor problemen zorgen indien overdrager en overnemer niet dezelfde visie hebben ten aanzien van de onderneming. Wanneer de samenwerking niet slaagt, kan dit juist een negatieve invloed hebben op de continuïteit van de onderneming.⁹⁸

De faciliteit beoogt economisch gewenste bedrijfsoverdrachten te faciliteren. De regeling bevat alleen geen toets die bepaalt of een overdracht economisch wenselijk is. Iedere onderneming kan gebruik maken van de faciliteit. Hiermee worden ook ondernemingen behouden die vanuit welvaart economisch perspectief niet voortgezet dienen te worden.

3.7 Deelconclusie

De uitvoerige behandeling van de doorschuiфregeling van artikel 3.63 Wet IB 2001 die van toepassing is op box 1 draagt bij aan het beantwoorden van de onderzoeksvraag of deze regeling ook gewenst is voor box 2 (winst uit aanmerkelijk belang). Om te kunnen beoordelen of een

⁹⁵ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).*

⁹⁶ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT).*

⁹⁷ J.J.M. Jansen, “De nieuwe doorschuiффaciliteit in de inkomstenbelasting”, *WFR 2000/1171*.

⁹⁸ Y.M. van Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 185.

dergelijke regeling voordelen biedt bij de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen is een grondige kennis van de doelstelling, implicaties en voordelen van de doorschuifragegeling nodig. In beginsel lijkt de doorschuiffaciliteit van artikel 3.63 Wet IB 2001 doeltreffend te zijn, aangezien de belastingclaim niet direct een belemmering vormt bij de bedrijfsoverdracht. De kern van de doorschuifragegeling is dat de overdrager geen belasting over de stakingswinst is verschuldigd en de voortzetter van de onderneming door kan gaan met dezelfde boekwaarden als voor/tijdens de overdracht. Hierdoor heeft de overdracht voor de overdrager geen vergaande financiële consequenties en is de vermogenspositie van de voortzetter gunstig. Deze voordelen, in combinatie met de 36-maandeneis, die een grondige kennisoverdracht tracht mogelijk te maken, zorgen voor een duurzame overdracht van de onderneming. Dit heeft een gunstige uitwerking op de continuïteit van de objectieve onderneming en daarmee op de algemene economie en welvaart in Nederland. Toch kan het aangaan van het samenwerkingsverband ervoor zorgen de faciliteit minder doeltreffend is, omdat geen inhoudelijke eisen worden gesteld aan het samenwerkingsverband en de dienstbetrekking. Dit draagt niet bij aan de beoogde continuïteit en kennisoverdracht. Het samenwerkingsverband kan de continuïteit zelfs schaden, indien de samenwerking niet slaagt.⁹⁹ Het doel van het kabinet is om enkel economisch gewenste bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Zonder continuïteitstoets kan de doorschuiffaciliteit ook worden gebruikt bij economisch ongewenste bedrijfsopvolgingen.

Voor box 2 geldt de doorschuifragegeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 niet. In het volgende hoofdstuk wordt de behandeling van bedrijfsoverdrachten in box 2 besproken en onderzocht of de doorschuiffaciliteit van artikel 3.63 Wet IB 2001 wenselijk is voor box 2.

⁹⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 71.

Hoofdstuk 4 De mogelijkheid op een doorschuiфregeling als artikel 3.63 Wet IB 2001 in box 2

4.1 Inleiding

Voor een ondernemer wordt de bedrijfsoverdracht makkelijker gemaakt door middel van verschillende bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het is mogelijk om een onderneming zonder belastingheffing over te dragen aan een medeondernemer, waarbij de belastingclaim wordt behouden door het toepassen van een doorschuiving van de boekwaarden. Een vergelijkbare faciliteit ontbreekt voor de aanmerkelijkbelanghouder.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waaruit artikel 3.63 Wet IB 2001 is voortgekomen, werd gewezen op het ontbreken van een doorschuiffaciliteit in de sfeer van het aanmerkelijk belang.¹⁰⁰ Het ontbreken van een faciliteit in de sfeer van het aanmerkelijk belang werd niet als bezwaarlijk beschouwd, omdat de voldoening van de belasting in de aanmerkelijkbelangsfeer geen belemmering voor het voortbestaan van de onderneming vormt.¹⁰¹

De band tussen de directeur-groootaandeelhouder (hierna: DGA) en een onderneming is minder direct dan die tussen een IB-ondernemer en de onderneming. Juridisch is er geen scheiding tussen het vermogen van de onderneming en de ondernemer.¹⁰² Bij de DGA zit de vennootschap nog tussen hem en de onderneming. Juridisch gezien is de vennootschap eigenaar van de onderneming en de DGA de aandeelhouder in de vennootschap.¹⁰³ Dit leidt tot de toepassing van het aanmerkelijk belang regime in plaats van het regime voor ondernemingswinsten voor de DGA. De DGA is een natuurlijk persoon en krijgt naast vennootschapsbelasting te maken met een inkomstenbelastingclaim. Op grond van artikel 4.12 Wet IB 2001 moet bij verkoop van de aandelen in de bv, bij liquidatie van de bv of bij de uitkering van dividend, inkomstenbelasting in box 2 worden voldaan, de aanmerkelijkbelangheffing.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 6, p. 35-36.*

¹⁰¹ De doorschuiffaciliteit uit artikel 4.17c Wet IB 2001 is pas 1 januari 2010 in werking getreden.

¹⁰² J.W.J. de Kort, *Bedrijfsoverdracht bij aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008, p. 1.

¹⁰³ J.W.J. de Kort, *Bedrijfsoverdracht bij aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008, p. 1.

In dit hoofdstuk worden de verschillende mogelijkheden van bedrijfsoverdracht en de fiscale gevolgen voor de aanmerkelijkbelangheffing behandeld voor de DGA-ondernemer. Ten eerste wordt de verkoop van de bestanddelen die de onderneming vormen uit de bv, ofwel de activapassiva-transactie, besproken. De tweede mogelijkheid voor bedrijfsoverdracht is de overdracht van de aandelen in de bv: de aandelentransactie. Hierna volgen de bestaande doorschuiffaciliteiten voor box 2 en worden deze getoetst aan de hand van het gelijkheidsbeginsel en legitimiteit. Vervolgens wordt de mogelijkheid en inrichting van een doorschuiffaciliteit uit artikel 3.63 Wet IB 2001 behandeld. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

4.2 Activapassiva-transactie

De eerste mogelijkheid die wordt besproken is de activapassiva-transactie. Bij een activapassiva-transactie verkoopt de bv haar bezittingen eventueel inclusief verplichtingen en schulden aan de overnemer. Bij deze verkoop wordt iedere bezitting en schuld apart overgedragen aan de overnemer.¹⁰⁴

Bij de bv wordt als overdrager direct de vennootschapsbelasting geheven over het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de verkoopopbrengst. Ook kunnen onder omstandigheden voorzieningen en fiscale reserves die betrekking hebben op de verkochte activa vrijvallen en worden belast als niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan. De investeringsaftrek die de voorgaande vijf jaren is geclaimd op de verkochte bedrijfsmiddelen wordt teruggedraaid. Over deze desinvesteringbijtelling wordt van de bv vennootschapsbelasting geheven.¹⁰⁵

De gekochte activa en passiva worden door de overnemer voor de werkelijke waarde op de ondernemingsbalans opgenomen. De afschrijvingen en de investeringsfaciliteiten, zoals

¹⁰⁴ I. van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grotaandeelhouders en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 2.

¹⁰⁵ I. van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grotaandeelhouders en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 2.

investeringsaftrek en willekeurige afschrijvingen, vinden dan plaats over de werkelijke waarde.¹⁰⁶

4.3 Aandelentransactie

In deze paragraaf worden de gevolgen voor de overdrager en overnemer bij de aandelentransactie besproken. Bij de bedrijfsoverdracht door middel van een aandelentransactie draagt de DGA aandelen over in de bv en niet de onderneming zelf. De aandelen van de bv maken deel uit van het privévermogen van de aandeelhouder. Op grond van artikel 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001 heeft dit tot gevolg dat de overdracht van deze aandelen belast wordt volgens de regels van box 2 (aanmerkelijk belang).

Degene die direct het belang in de bv houdt en als ab-houder kwalificeert, wordt bij de vervreemding van aandelen geconfronteerd met een IB-claim.¹⁰⁷ Volgens artikel 4.6 Wet IB 2001 is sprake van een aanmerkelijk belang als de belastingplichtige, al dan niet tezamen met de partner, direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

De rechtsvorm die hier het meest mee te maken krijgt, is de besloten vennootschap.¹⁰⁸ De onderneming wordt feitelijk gedreven door de bv. De DGA van de bv wordt echter in het spraakgebruik vaak als de ondernemer gezien.¹⁰⁹

De activapassiva-transactie is minder aantrekkelijk voor de overdrager dan de aandelentransactie. Reden hiervoor is de directe heffing van de vennootschapsbelasting. Deze heffing kan echter ook worden voorkomen door middel van een bedrijfsfusie, zij het dat de voorwaarden die daarvoor gelden een directe opvolging door derden minder eenvoudig maken. De voorwaarde uit artikel 14, vierde lid, VPB stelt dat de heffing alsnog plaatsvindt indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht worden

¹⁰⁶ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 218.

¹⁰⁷ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 12.

¹⁰⁸ Hiervoor kan ook de naamloze vennootschap worden gelezen.

¹⁰⁹ Belastingbrief 2001/08-02 *Verandering opvolgingskeuze per 1 januari 2001?* P.M. Koppenol, R. Van de Merwe, 2001.

vervreemd. Hierbij geldt wel een tegenbewijsregeling. Ondanks de vervreemding binnen drie jaar blijft de heffing achterwege als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de bedrijfsfusie niet in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De meeste bedrijfsoverdrachten bij bv's vinden plaats via een aandelenoverdracht.¹¹⁰ Fiscaal gezien komt dit door het feit dat via een aandelenoverdracht de stille reserves geruisloos worden doorgeschoven naar de overnemer.¹¹¹ Daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen de overdracht van het aanmerkelijk belang van de DGA in zijn bv en de overdracht door de bv van haar aandelen in een andere bv (werk-bv) waarin de ondernemingsactiviteiten zijn afgezonderd, ofwel de holdingstructuur. De DGA bezit op zijn beurt weer de aandelen in die holding-bv.¹¹²

Allereerst wordt de overdracht van de aanmerkelijkbelangaandelen behandeld. De DGA is een natuurlijk persoon en valt derhalve onder de inkomstenbelasting. Omdat sprake is van een aanmerkelijk belang, zijn de bepalingen van box 2 van toepassing. De verkoop van de aandelen leidt dan tot een vervreemdingsvoordeel (of nadeel), bestaande uit de overdrachtprijs minus de verkrijgingsprijs van de vervreemde aandelen.¹¹³ Op grond van artikel 4.19, eerste lid, Wet IB 2001 wordt dit voordeel op de volgende wijze bepaald:

Vervreemdingsprijs
Vervreemdingskosten (af)
Overdrachtprijs
Verkrijgingsprijs
Verkrijgingskosten (bij)
Verkrijgingsprijs (af)
Vervreemdingswinst

¹¹⁰ I. van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grootaandeelhouders en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 3.

¹¹¹ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 212.

¹¹² I. Van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 4.

¹¹³ *Kamerstukken II 2000/01*, 27 466, nr. 3, p. 45-46, MvT.

Uit artikel 4.20 Wet IB 2001 blijkt dat de overdrachtprijs is gebaseerd op de waarde in het economische verkeer van de aandelen, welke afhankelijk zijn van de waarde in het economische verkeer van de onderliggende activa en passiva. In artikel 4.12 Wet IB 2001 is opgenomen dat het vervreemdingsvoordeel dat zich voordoet wordt belast in box 2 tegen een tarief van 25%, evenals de voordelen uit een aanmerkelijk belang. De vervreemdingswinst kan zowel positief als negatief zijn. Bij een positief vervreemdingsvoordeel is sprake van winst uit aanmerkelijk belang. Een vervreemdingsverlies ontstaat wanneer bij de verkoop van de aandelen een lager bedrag wordt ontvangen voor de aandelen dan de DGA hier zelf voor heeft betaald. Als de verkoper geen aanmerkelijk belang meer heeft, kan dit verlies onder voorwaarden worden omgezet in een belastingkorting van 25% van het verlies. Deze belastingkorting mag worden verrekend met de belasting te voldoen in box 1 volgens het tweede lid van artikel 4.53 Wet IB 2001.

Wanneer alle aandelen worden overgenomen, vormen deze aandelen een aanmerkelijk belang voor de overnemer voor de inkomstenbelasting. Het aanmerkelijk belang wordt bij de aankoop in privé voor de inkomstenbelasting in box 2 ondergebracht. De koper kan over de verkrijgingsprijs in box 2 voor de inkomstenbelasting niet afschrijven. De renteaftrek over de financiering van de aankoop van aandelen levert vaak geen belastingvermindering op in box 2 door het ontbreken van belaste box 2-inkomsten.¹¹⁴

De aankoop en financiering van de aandelen vindt meestal plaats via een (overname)holding-bv. Een reden voor het gebruik van een holdingstructuur is dat het de flexibiliteit en keuzemogelijkheden bij bedrijfsoverdracht vergroot.¹¹⁵ De onderneming kan worden overgedragen door verkoop van de aandelen in de werkmaatschappij. Bij de holding-bv wordt geen vennootschapsbelasting geheven over de winst behaald bij de verkoop van deze aandelen.¹¹⁶ De aandelen in de werkmaatschappij vormen namelijk een deelneming voor de holding en voordelen uit hoofde van de deelneming zijn vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling uit artikel 13 VPB. Dit geldt ook als bij verkoop de prijs nog niet

¹¹⁴ I. Van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 5.

¹¹⁵ I. Van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C Steinbusch, *De directeur-grootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 4.

¹¹⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 13.

vaststaat, omdat deze bijvoorbeeld afhankelijk is van de winst van de te verkopen deelneming. Voor de overdrager vallen zowel de ontvangst van een deel van de koopsom op het moment van de overdracht van de aandelen, als alle latere bedragen onder de deelnemingsvrijstelling. Dit betekent dat de van de overdrager te ontvangen koopsom door de holding-bv onbelast is. In de volgende paragraaf worden de bestaande bedrijfsopvolgingsfaciliteiten voor het aanmerkelijk belang behandeld.

4.4 Bedrijfsopvolgingsregelingen

4.4.1 De invorderingsfaciliteiten

Om de bedrijfsopvolging zoveel mogelijk zonder fiscale belemmeringen mogelijk te maken, is een aantal faciliteiten opgenomen. Bij deze uitstelfaciliteiten in de Invorderingswet 1990 wordt afgerekend over de stille reserves en goodwill dan wel de ab-winst in de inkomstenbelasting. Het zijn geen doorschuiffaciliteiten waarbij de belastingclaim wordt doorgeschoven naar de overnemer. De ab-houder krijgt op grond van artikel 25, negende lid, Invorderingswet 1990 uitstel van betaling voor de aanmerkelijkbelangheffing indien de overnemer van de aandelen de tegenprestatie schuldig is gebleven. Deze uitstelfaciliteit stelt dat de aanslag wordt omgezet in een renteloze schuld die in tien jaar kan worden afbetaald. Wanneer bij de overdracht de tegenprestatie schuldig wordt gebleven, komen bij de overdrager geen middelen vrij uit de bedrijfsoverdracht om de belastingclaim te voldoen. Hierdoor kan de bedrijfsoverdracht worden belemmerd en dit kan de continuïteit van de onderneming bedreigen. Dit is in strijd met het beoogde doel van de doorschuiffaciliteiten. Op grond hiervan kan overheidsingrijpen legitiem zijn. Aanvankelijk had de regeling tot doel om een soepele overdracht van het aanmerkelijk belang mogelijk te maken binnen de familiesfeer.¹¹⁷ Na uitbreiding tot overdrachten buiten de familiesfeer sluit de faciliteit meer aan bij artikel 3.63 Wet IB 2001.¹¹⁸

Er is parallelliteit wat betreft de regeling voor de overdracht van het aanmerkelijk belang en de onderneming. Wanneer de overdrachtprijs schuldig wordt gebleven bij het overdragen van de onderneming kan gebruik worden gemaakt van de faciliteit genoemd in artikel 25, achttiende lid, IW 1990. Dit renteloze uitstel geldt enkel voor de belasting die toe te rekenen is aan de

¹¹⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 761, nr. 3, p. 23 (MvT).

¹¹⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 8 (MvT).

overgedragen vermogensbestanddelen aan de overnemer. Bij de overdracht van een IB-onderneming tegen schuldigerkenning geldt een vergelijkbare regeling als voor artikel 25, negende lid, IW 1990. Uit de parlementaire behandeling van de faciliteit blijkt dat is aangesloten bij de systematiek van artikel 3.63 Wet IB 2001 wat betreft de beperking van een overdracht aan een natuurlijk persoon.¹¹⁹

4.4.2 Doorschuiiffaciliteiten inkomstenbelasting

De inkomstenbelastingwet kent ook een aantal doorschuiiffaciliteiten in de aanmerkelijk belangsfeer. Het betreft de artikelen 4.17, 4.17a, 4.17b en 4.17c Wet IB 2001. Deze zien respectievelijk op de doorschuiwing bij ontbinding van een huwelijksgemeenschap, doorschuiwing bij overgang krachtens erfrecht, doorschuiwing bij de verdeling van de nalatenschap binnen twee jaar en doorschuiwing bij overgang krachtens schenking. In het kader van deze scriptie is artikel 4.17c Wet IB 2001 het meest van belang. Het doel van deze regeling komt namelijk overeen met het doel van de regeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001.

Uit artikel 4.22, eerste lid, Wet IB 2001 volgt wanneer bij een vervreemding of verkrijging een tegenprestatie ontbreekt of is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst, de waarde van de tegenprestatie wordt gesteld op de waarde in het economisch verkeer van de aandelen. Bij de vervreemding van een gedeelte van de aandelen wordt een evenredig deel van de verkrijgingsprijs in aanmerking genomen op grond van artikel 4.19, eerste lid, Wet IB 2001. Met de invoering van het tweede lid van artikel 4.19 Wet IB 2001 in 2010 is bepaald dat de verkrijgingsprijs wordt verminderd tot de overdrachtprijs in het geval dat de verkrijgingsprijs hoger is dan de overdrachtprijs. Het deel van de overdrachtprijs dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen van de overgedragen vennootschap blijft op grond van artikel 4.17c Wet IB 2001 buiten beschouwing.

Artikel 4.17c Wet IB 2001 is ingevoerd met ingang van 1 januari 2010. De gedachte hierachter is dat de claim die rust op het aanmerkelijk belang geen bedreiging mag vormen voor reële bedrijfsopvolgingen.¹²⁰ De wetgever heeft geprobeerd om rechtsvormneutraliteit te creëren tussen artikel 3.63 Wet IB 2001 en artikel 4.17c Wet IB 2001.¹²¹ In artikel 4.17c, eerste lid,

¹¹⁹ *Kamerstukken II 2004/05*, 29 767, nr. C, p. 9 (NnavV).

¹²⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹²¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 5 en 43 (MvT).

onderdeel d, Wet IB 2001 is de eis gesteld dat de verkrijger gedurende 36 maanden onmiddellijk voorafgaand aan de vervreemding in dienstbetrekking is van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben. Met deze eis is aangesloten bij de voorwaarde uit artikel 3.63 Wet IB 2001.¹²² In de 36-maandeneis van artikel 3.63 en 4.17c Wet IB 2001 bestaat wel een verschil. Voor artikel 3.63 Wet IB 2001 gelden de mede-ondernemer en de werknemer als mogelijke overnemers van de onderneming. Artikel 4.17c Wet IB 2001 ziet alleen op de overgang aan een werknemer en biedt geen mogelijkheid op geruisloze doorschuiving aan een mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is. Verder geldt de faciliteit uit artikel 4.17c Wet IB 2001 alleen indien de overdrager de aandelen schenkt of overdraagt tegen een te lage prijs.¹²³ Ik acht het echter ondenkbaar dat de overdrager de aandelen schenkt buiten de familiesfeer. Artikel 3.63 Wet IB 2001 vindt ook doorgang als de onderneming wordt overgedragen tegen een tegenprestatie. In artikel 4.17c Wet IB 2001 wordt de eis gesteld dat de overnemer een binnenlands belastingplichtige is. Voor artikel 3.63 Wet IB 2001 is deze eis niet van toepassing. Tot slot doet zich nog een verschil voor wat betreft het ondernemingsvermogen. Artikel 4.17a, zesde lid, Wet IB 2001 is ook van toepassing op artikel 4.17c Wet IB 2001. Hieruit blijkt dat het ondernemingsvermogen vermeerderd mag worden met 5% beleggingsvermogen. De doorschuiffaciliteit uit artikel 3.63 Wet IB 2001 ziet enkel op het ondernemingsvermogen en alleen als beleggingen tot het ondernemingsvermogen gerekend kunnen worden, geldt daarvoor eveneens de doorschuiffaciliteit.¹²⁴

Er zijn te veel verschillen tussen de faciliteiten uit beide artikelen en daarmee is het doel om de faciliteiten op elkaar aan te laten sluiten en daarmee rechtsvormneutraliteit te creëren, mijns inziens niet geslaagd. Hoogeveen¹²⁵ deelt de mening dat er geen volledige gelijkheid tussen artikel 3.63 Wet IB 2001 en artikel 4.17c Wet IB 2001 is, omdat het niet mogelijk is aandelen geruisloos over te dragen aan een medeaanmerkelijkbelanghouder die niet in dienstbetrekking

¹²² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 5, 42-43, 46 (MvT).

¹²³ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 129, nr. 3, p. 3 (MvT).

¹²⁴ Uit onder andere HR 15 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2860 en HR 7 september 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA2014 blijkt dat het beleggingsvermogen tot het ondernemingsvermogen in box 1 kan worden gerekend als het een belegging of lening van overtollige liquide middelen betreft en als het beleggen of uitlenen op een dusdanige wijze gebeurt dat verwacht kan worden dat deze middelen tijdig weer door de onderneming in gebruik kunnen worden genomen.

¹²⁵ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2011.

bij de bv is.¹²⁶ In de volgende paragraaf worden de doorschuiffaciliteiten getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en legitimiteit.

4.5 Gelijkheid en legitimiteit

Doorschuiffaciliteiten hebben als doel het uitstellen van de heffing over de meerwaarde in de onderneming. Hiermee hebben zowel winstgenieters als ab-houders te maken. Door middel van de doorschuiffaciliteit kan de uit de overdracht van de onderneming voortvloeiende belastingclaim doorschuiven naar de overnemer. Hiermee wordt beoogd de continuïteit van de onderneming te waarborgen.¹²⁷ Op grond van het gelijkheidsbeginsel moeten gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Een objectieve en redelijke rechtvaardiging moet bestaan om gelijke gevallen verschillend te regelen.¹²⁸ Van een objectieve en redelijke rechtvaardiging is sprake als de overheid een legitiem doel voor de ongelijke behandeling heeft en redelijke proportionaliteit bestaat tussen het gekozen middel en het doel.¹²⁹ Ondernemers en directeur-grotaandeelhouders kunnen volgens de Hoge Raad niet als gelijke gevallen worden aangemerkt.¹³⁰ Het grootste verschil betreft de doorschuiffaciliteit bij leven. Indien voldaan wordt aan de voorwaarden die zijn gesteld in artikel 3.63 Wet IB 2001 kan de onderneming geruisloos worden doorgeschoven naar een mede-ondernemer of werknemer. Aan de tegenprestatie van de overnemer worden geen eisen gesteld. Een ab-houder kan enkel bij leven gebruik maken van de doorschuiffaciliteit als de overdracht door middel van een schenking plaatsvindt. In de winstsfeer wordt het voordeel van de faciliteit in de jaren na de doorschuiving teruggenomen, omdat de voortzetter over een lager bedrag afschrijft dan wanneer hij de overgenomen vermogensbestanddelen tegen de werkelijke waarde had mogen activeren.¹³¹ Dit argument is naar mijn mening een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor de ongelijke behandeling. Doordat het voordeel van de doorschuiffaciliteit in de winstsfeer wordt teruggenomen door middel van de lagere afschrijving en in de ab-sfeer niet, heeft de overheid

¹²⁶ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2011.

¹²⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3, p. 8 (MvT)*.

¹²⁸ HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AQ7212.

¹²⁹ EHRM 22 juni 1999, ECLI:NL:XX:1999:AV1935 (Della Ciaja/Italië); EHRM 12 december 2006, ECLI:NL:XX:2006:AZ7792 (Burden/Verenigd Koninkrijk).

¹³⁰ HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9678.

¹³¹ *Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19, p. 38*.

een legitiem doel voor de ongelijke behandeling. Het argument dat de overheid wel als doelstelling heeft om ab-houders en winstgenieters zo veel mogelijk gelijk te behandelen, houdt wat mij betreft wel stand.¹³² Wanneer de overdracht van de onderneming echter plaatsvindt tegen een koopsom is de doorschuiffaciliteit niet legitiem. De overdrager kan in beginsel de belastingclaim voldoen en er is dan geen sprake van marktfalen. Overheidsingrijpen is dan niet in overeenstemming met de welvaartstheorie. In de volgende paragraaf wordt bekeken hoe de doorschuifregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 voor box 2 kan worden ingericht.

4.6 Inrichting doorschuifregeling

In deze paragraaf wordt besproken hoe de inrichting van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit uit artikel 3.63 Wet IB 2001 er voor box 2 uit kan zien. Deze inrichting ziet op de doelstelling om ab-houders en winstgenieters zo veel mogelijk gelijk te behandelen. De ab-houder kan alleen gebruikmaken van een doorschuiffaciliteit als de overdracht krachtens schenking plaatsvindt. Het is niet mogelijk geruisloos door te schuiven naar een mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is, terwijl dit door middel van artikel 3.63 Wet IB 2001 wel mogelijk is voor de mede-ondernemer. Met het oog op het doel om ab-houders en winstgenieters zo veel mogelijk gelijk te behandelen, moeten de doorschuiffaciliteiten meer op elkaar worden afgestemd.

4.6.1 Invorderingsfaciliteiten

Tigelaar-Klootwijk acht de doorschuiffaciliteiten niet aanvaardbaar. Om financieringsproblemen die voortkomen uit belastingheffing te voorkomen, vormen de invorderingsfaciliteiten het uitgangspunt.¹³³ Wanneer geen middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen, kan er sprake zijn van marktfalen. De overheid kan dit oplossen met behulp van de invorderingsfaciliteiten. Wanneer geen middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen is door middel van de invorderingsfaciliteiten, al dan niet renteloos, uitstel van betaling van de belastingclaim mogelijk. Invorderingsfaciliteiten kunnen het financieringsprobleem oplossen wanneer overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt en acht ik daarom legitiem. Buiten de familiesfeer om zullen aandelen of de onderneming

¹³² Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 149.

¹³³ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 435.

doorgaans niet worden geschonken. Wanneer de koopsom wel wordt betaald is er geen sprake van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem, omdat de overdrager de voortvloeiende belastingclaim dan in principe kan voldoen. Zonder marktfalen is er geen legitieme grond voor de overheid om in te grijpen.

4.6.2 Artikel 3.63 Wet IB 2001

Voor de doorschuiffaciliteit uit artikel 3.63 Wet IB 2001 geldt eveneens dat deze faciliteit alleen legitiem is als sprake is van marktfalen. Dit is het geval wanneer geen liquide middelen vrijkomen om de belastingclaim die voortkomt uit de overdracht te voldoen. De mogelijkheid bestaat dat de onderneming niet wordt overdragen, omdat de belastingplichtige tegen schuldigerkenning geen middelen ontvangt ter voldoening van de belasting. Aangezien de financieringsmarkt niet optimaal functioneert¹³⁴, kan sprake zijn van marktfalen. In deze situatie is er voor de overheid een legitieme reden tot ingrijpen. Mijns inziens kan dit financieringsprobleem dus worden opgelost met behulp van de invorderingsfaciliteiten. Wanneer de onderneming wel tegen een koopsom wordt overgedragen is er geen legitieme grond voor de faciliteit, aangezien de overdrager de belastingclaim dan in beginsel kan voldoen. In deze situatie is dan geen sprake van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem. Omdat er geen sprake is van marktfalen wanneer de overdracht plaatsvindt tegen de koopsom en omdat invorderingsfaciliteiten het financieringsprobleem kunnen oplossen, bestaat mijns inziens geen legitieme reden meer om artikel 3.63 Wet IB 2001 nog te behouden.

4.6.3 Openstellen artikel 4.17c Wet IB 2001

Volgens Hoogeveen komt het wegnemen van de verschillen de effectiviteit van de faciliteiten ten goede. Zij meent dat artikel 4.17c Wet IB 2001 open moet worden gesteld voor de mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is.¹³⁵ Ik ben van mening dat de oplossing voor het verminderen van fiscale belemmeringen bij bedrijfsoverdracht wederom in de invorderingsfaciliteiten ligt. Omdat de invorderingsfaciliteiten het financieringsprobleem voor de overnemer op kunnen lossen, is er geen sprake meer van marktfalen wat betreft het

¹³⁴ R. Braaksma, W. Verhoeven e.a., “Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven”, *Financieringsmonitor* 2013/1.

¹³⁵ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2011.

financieringsprobleem. Het openstellen van artikel 4.17c Wet IB 2001 acht ik daarom niet legitiem.

4.6.4 Een voortzettingsvereiste

Tigelaar-Klootwijk stelt dat de werknemerseis uit artikel 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 kan vervallen.¹³⁶ Aan het dienstverband worden namelijk noch kwalitatieve, noch kwantitatieve eisen gesteld. Verder bestaat er geen voortzettingsvereiste voor de overnemer. Ik zie niet in hoe dit bijdraagt aan de beoogde continuïteit. Mijns inziens moet de overdracht niet afhankelijk zijn van een samenwerkingsverband waarvan het effect niet zeker is. Wellicht is het beter om geen voorwaarde te stellen, dan een onzekere voorwaarde. Rekening houdend met het doel de continuïteit van de onderneming te waarborgen, is het vervangen van het samenwerkingsverband door een voortzettingsvereiste, zoals in artikel 14 VPB, een mogelijkheid. Wanneer de overnemer binnen drie jaar de overgenomen aandelen of onderneming vervreemd, vindt alsnog afrekening plaats. Ik ben van mening dat op deze manier de continuïteit van de onderneming meer is verzekerd dan met de werknemerseis. De werking van het samenwerkingsverband uit artikel 3.63 Wet IB 2001 is ook niet verzekerd, aangezien hier geen inhoudelijke eisen aan worden gesteld. Zoals eerder besproken kan het de continuïteit van de onderneming juist schaden, indien de samenwerking niet slaagt. Om gelijkheid tussen de faciliteiten te creëren ben ik van mening dat in zowel artikel 3.63 Wet IB 2001 als in artikel 4.17c Wet IB 2001 de 36-maandeneis moet komen te vervallen. Om de continuïteit van de onderneming te waarborgen pleit ik wederom voor een voortzettingsvereiste van drie jaar voor artikel 3.63 Wet IB 2001.

4.7 Deelconclusie

Na de behandeling van de verschillende mogelijkheden van bedrijfsoverdracht voor de DGA-ondernemer blijkt dat het aantrekkelijker is voor de overdrager om de aandelen in de bv te vervreemden ten opzichte van de vervreemding van de bezittingen en schulden. Bij de overdracht van bezittingen en schulden dient namelijk afgerekend te worden over de vrijval van eventueel aanwezige fiscale reserves. Een andere mogelijkheid waarbij directe afrekening ook achterwege blijft, is de bedrijfsfusie. De driejaarstermijn stelt echter dat alsnog afrekening

¹³⁶ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 399.

plaatsvindt, ingeval de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd. De belastingplichtige kan gebruik maken van de tegenbewijsregeling en dient dan aannemelijk te maken dat de vervreemding niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

De aankoop en financiering van de aandelen vindt meestal plaats via een (overname)holding-bv. Een reden voor het gebruik van een holdingstructuur is dat het de flexibiliteit en keuzemogelijkheden bij bedrijfsoverdracht vergroot. De onderneming kan worden overgedragen door verkoop van de aandelen in de werkmaatschappij. Bij de holding-bv wordt geen vennootschapsbelasting geheven over de winst behaald bij de verkoop van deze aandelen, aangezien voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld.

Geruisloos doorschuiven naar een mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is, is dus niet mogelijk, terwijl dit door middel van artikel 3.63 Wet IB 2001 wel mogelijk is voor de mede-ondernemer. Mijn mening is dat het niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat abhouders en winstgenieters ongelijk worden behandeld wat betreft het ontbreken van een doorschuifregeling conform 3.63 Wet IB 2001 voor abhouders. De overheid heeft een legitiem doel voor de ongelijke behandeling, omdat het voordeel van de doorschuifregeling in de winstsfeer door de lagere afschrijving wordt teruggenomen.

De mogelijkheid bestaat dat de onderneming niet wordt overdragen omdat de belastingplichtige tegen schuldigerkenning geen middelen ontvangt ter voldoening van de belasting. Sprake kan zijn van marktfalen als gevolg van een niet optimaal functionerende financieringsmarkt. In deze situatie is het voor de overheid legitiem om in te grijpen. Ik ben van mening dat de oplossing voor dit financieringsprobleem in de invorderingsfaciliteiten ligt. Wanneer geen middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen is namelijk door middel van de invorderingsfaciliteiten, al dan niet renteloos, uitstel van betaling van de belastingclaim mogelijk. Er is dan geen sprake meer van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem. Ditzelfde geldt voor artikel 3.63 Wet IB 2001. Omdat geen sprake is van marktfalen wanneer de overdracht plaatsvindt tegen de koopsom en omdat invorderingsfaciliteiten het financieringsprobleem op kunnen, lossen bestaat mijns inziens geen legitieme reden meer om artikel 3.63 Wet IB 2001 nog te behouden. Wanneer de onderneming wel tegen een koopsom wordt overgedragen is er geen legitieme grond voor de faciliteit, aangezien de overdrager de belastingclaim dan in principe kan voldoen. Om dezelfde reden beschouw ik het openstellen van artikel 4.17c Wet IB 2001 ook niet legitiem. Wanneer het financieringsprobleem kan

worden opgelost in de invorderingsfaciliteiten is geen sprake meer van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem. Zonder marktfalen is overheidsingrijpen niet legitiem.

Ik vind dat de overdracht niet afhankelijk moet zijn van de werknemerseis uit artikel 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001, omdat het effect niet verzekerd is. Dit verband draagt naar mijn mening niet bij aan de beoogde continuïteit, aangezien er noch kwalitatieve, noch kwantitatieve eisen worden gesteld en er tevens geen voortzettingsvereiste bestaat. Een mogelijkheid is om de voorwaarde af te schaffen, omdat het misschien beter is geen voorwaarde te stellen dan een onzekere voorwaarde. Ik raad echter aan een andere voorwaarde te vereisen. Een mogelijkheid is het introduceren van een voortzettingsvereiste, zoals bij de bedrijfsfusie. Wanneer de overnemer dan binnen drie jaar de overgenomen aandelen of onderneming vervreemd, vindt alsnog afrekening plaats. Ik ben van mening dat op deze manier de continuïteit van de onderneming meer is verzekerd dan met de werknemerseis. De werking van het samenwerkingsverband van artikel 3.63 Wet IB 2001 is ook niet verzekerd, aangezien ook hier geen inhoudelijke eisen aan worden gesteld. Indien de samenwerking niet slaagt, kan dit de continuïteit van de onderneming juist schaden. Om gelijkheid tussen de faciliteiten te creëren ben ik van mening dat in zowel artikel 3.63 als in artikel 4.17c Wet IB 2001 de 36-maandeneis moet komen te vervallen. Om de continuïteit van de onderneming te waarborgen raad ik wederom een voortzettingsvereiste van drie jaar voor artikel 3.63 Wet IB 2001 aan.

Hoofdstuk 5 Conclusie

5.1 Onderzoek en probleemstelling

De overdracht van een onderneming kan een aantal belemmeringen met zich meebrengen. Indien de ondernemer zijn onderneming overdraagt, dient de ondernemer na verkoop af te rekenen over de stakingswinst.¹³⁷ Indien de overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt en de overdrager verder geen liquide middelen bezit, kan de belastingclaim, welke voortkomt uit de overdracht van de onderneming, niet voldaan worden. De belastingclaim kan dus een belemmerende werking voor de bedrijfsoverdracht hebben.

De faciliteiten uit de Inkomstenbelastingwet 2001 hebben als doel dat de belastingheffing geen belemmering vormt bij de bedrijfsoverdracht. Dit dient de continuïteit van de onderneming te waarborgen.¹³⁸

Indien gebruik wordt gemaakt van de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 wordt de belastingclaim doorgeschoven naar de overnemer. De belastingclaim vormt op deze manier geen belemmering meer voor bedrijfsopvolgingen. Voor box 2 geldt de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 niet.

Onderzocht is of de regeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 doeltreffend is en of deze regeling ook gewenst is voor box 2. Indien wenselijk wordt gekeken hoe zo'n regeling er in box 2 uit zal kunnen zien.

De probleemstelling die hierbij centraal staat luidt:

Is een doorschuiфregeling als artikel 3.63 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 wenselijk in box 2?

5.2 Deelvragen

Aan de beantwoording van de hoofdvraag liggen enkele deelvragen ten grondslag. Deze deelvragen zijn in de verschillende hoofdstukken van de scriptie behandeld.

¹³⁷ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 11.

¹³⁸ *Kamerstukken II 1999/00*, 27 209 nr. 3, p. 8 (MvT).

Hoofdstuk 2: Wat is bedrijfsopvolging en welke rol is daarin voor de overheid weggelegd?

Vanuit welvaart economisch perspectief is het van belang dat een gezond ondernemingsklimaat heerst. Dit kan worden bevorderd door te zorgen dat ondernemingen kunnen overleven, ook als deze worden overgedragen aan een derde. De overheid heeft hierin een grote rol. Zij voorziet in verschillende faciliteiten bij de bedrijfsopvolging om te voorkomen dat fiscale belemmeringen de continuïteit van een onderneming in gevaar brengen. Dit heeft een positief effect op de werkgelegenheid. Op grond van de doorschuiфregeling uit artikel 3.63 Wet IB 2001 behoeft de overdrager geen inkomstenbelasting te voldoen ter zake van de overgedragen onderneming, maar kan deze de fiscale claim doorschuiven naar de voortzetter van de onderneming. Zo heeft de overdracht noch verregaande financiële consequenties voor de overdrager, noch voor de voortzetter van de onderneming. De overdrager van de onderneming heeft niet te maken met een financieringsprobleem voor zover deze daarvoor liquide middelen van de overnemer krijgt.¹³⁹ Wat betreft de positie van de overdrager is in deze situatie overheidsingrijpen mijns inziens daarom niet legitiem.

Wanneer de koopsom door de overnemer schuldig wordt gebleven aan de overdrager komen bij de overdrager uit de bedrijfsoverdracht geen liquide middelen vrij om de belastingclaim te voldoen. Aangezien het risico bestaat dat de overdracht geen doorgang vindt wanneer de overdracht tegen schuldigerkenning plaatsvindt, wordt de continuïteit van de onderneming belemmerd. Het doel van de wetgever was het vergemakkelijken van de bedrijfsoverdracht, juist om de continuïteit te verbeteren. Mijn mening is dan dat op grond hiervan overheidsingrijpen legitiem is.

Hoofdstuk 3: Hoe geschiedt de doorschuiфregeling in box 1 en wat zijn de voordelen, implicaties en doelstellingen?

In beginsel lijkt de doorschuiффaciliteit van artikel 3.63 Wet IB 2001 doeltreffend te zijn, aangezien de belastingclaim niet direct een belemmering vormt bij de bedrijfsoverdracht. De kern van de doorschuiфregeling is dat de overdrager geen inkomstenbelasting over de stakingswinst is verschuldigd en de voortzetter van de onderneming door kan gaan met dezelfde boekwaarden als voor/tijdens de overdracht. Hierdoor heeft de overdracht voor de overdrager geen vergaande financiële consequenties en is de vermogenspositie van de voortzetter gunstig.

¹³⁹ Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 180.

Deze voordelen, in combinatie met de 36-maandeneis, die een grondige kennisoverdracht tracht mogelijk te maken, zorgen voor een duurzame overdracht van de onderneming, welke een gunstige uitwerking heeft op de continuïteit van de objectieve onderneming en daarmee op de algemene economie en welvaart in Nederland. Toch kan het aangaan van het samenwerkingsverband ervoor zorgen dat de faciliteit minder doeltreffend is, omdat geen inhoudelijke eisen worden gesteld aan het samenwerkingsverband en de dienstbetrekking. Dit draagt niet bij aan de beoogde continuïteit en kennisoverdracht. Het samenwerkingsverband kan de continuïteit zelfs schaden, indien de samenwerking niet slaagt.¹⁴⁰ Het doel van het kabinet is om enkel economisch gewenste bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Zonder continuïteitstoets kan de doorschuiffaciliteit ook worden gebruikt bij economisch ongewenste bedrijfsopvolgingen.

Hoofdstuk 4: Wat zijn de gevolgen van een bedrijfsopvolging voor box 2? Hoe ziet een doorschuifregeling conform artikel 3.63 Wet IB 2001 eruit in box 2?

Voor de DGA-ondernemer blijkt dat het aantrekkelijker is om de aandelen in de bv te vervreemden dan de vervreemding van de bezittingen en schulden. Bij de overdracht van bezittingen en schulden dient namelijk afgerekend te worden over de vrijval van eventueel aanwezige fiscale reserves. Bij de bedrijfsfusie kan directe afrekening ook achterwege blijven. De driejaarstermijn stelt dat alsnog afrekening plaatsvindt, ingeval de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd. Wanneer de belastingplichtige gebruik maakt van de tegenbewijsregeling en aannemelijk maakt dat de vervreemding binnen drie jaar niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, blijft afrekening uit.

De aankoop en financiering van de aandelen vindt meestal plaats via een (overname)holding-bv. De reden voor het gebruik van een holdingstructuur is dat het de flexibiliteit en keuzemogelijkheden bij bedrijfsoverdracht vergroot. De onderneming kan worden overgedragen door verkoop van de aandelen in de werkmaatschappij. Bij de holding-bv wordt geen vennootschapsbelasting geheven over de winst behaald bij de verkoop van deze aandelen, aangezien voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld op grond van artikel 13 VPB.

¹⁴⁰ Y.M. Tigelaar-Klootwijk in E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016, p. 71.

Geruisloos doorschuiven naar een mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is, is dus niet mogelijk, terwijl dit door middel van artikel 3.63 Wet IB 2001 wel mogelijk is voor de mede-ondernemer. Mijn mening is dat het niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel dat abhouders en winstgenieters ongelijk worden behandeld wat betreft het ontbreken van een doorschuifragegeling conform 3.63 Wet IB 2001 voor ab-houders. De overheid heeft een legitiem doel voor de ongelijke behandeling, omdat het voordeel van de doorschuifragegeling in de winstsfeer door de lagere afschrijving verloren gaat.

De mogelijkheid bestaat dat de onderneming niet wordt overdragen omdat de belastingplichtige tegen schuldigerkenning geen middelen ontvangt ter voldoening van de belasting. Sprake kan zijn van marktfalen als gevolg van een niet optimaal functionerende financieringsmarkt. In deze situatie is er voor de overheid een legitieme reden tot ingrijpen. Ik ben van mening dat de oplossing voor dit financieringsprobleem in de invorderingsfaciliteiten ligt. Voor artikel 3.63 Wet IB 2001 kan het financieringsprobleem ook worden opgelost met behulp van de invorderingsfaciliteiten. Wanneer de onderneming wel tegen een koopsom wordt overgedragen is er geen legitieme grond voor de faciliteit, aangezien de overdrager de belastingclaim dan in principe kan voldoen. Omdat er geen sprake is van marktfalen wanneer de overdracht plaatsvindt tegen de koopsom en omdat invorderingsfaciliteiten het financieringsprobleem op kunnen lossen, bestaat mijns inziens geen legitieme reden meer om artikel 3.63 Wet IB 2001 nog te behouden. Om dezelfde reden beschouw ik het openstellen van artikel 4.17c Wet IB 2001 ook niet legitiem. Wanneer het financieringsprobleem kan worden opgelost in de invorderingsfaciliteiten is geen sprake meer van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem. Zonder marktfalen is overheidsingrijpen niet legitiem.

Ik vind dat de overdracht niet afhankelijk moet zijn van de werknemerseis uit artikel 4.17c, eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001, omdat het effect niet verzekerd is. Dit verband draagt naar mijn mening niet bij aan de beoogde continuïteit, aangezien noch kwalitatieve, noch kwantitatieve eisen worden gesteld en er tevens geen voortzettingsvereiste bestaat. Een mogelijkheid is om de voorwaarde af te schaffen, omdat het wellicht beter is geen voorwaarde te stellen dan een onzekere voorwaarde. Ik raad echter aan een andere voorwaarde te vereisen. Een mogelijkheid is het introduceren van een voortzettingsvereiste, zoals bij de bedrijfsfusie. Wanneer de overnemer dan binnen drie jaar de overgenomen aandelen of onderneming vervreemd, vindt alsnog afrekening plaats. Ik ben van mening dat op deze manier de continuïteit van de onderneming meer is verzekerd dan met de werknemerseis. De werking van het

samenwerkingsverband van artikel 3.63 Wet IB 2001 is ook niet verzekerd, aangezien ook hier geen inhoudelijke eisen aan worden gesteld. Indien de samenwerking niet slaagt, kan dit de continuïteit van de onderneming juist schaden. Om gelijkheid tussen de faciliteiten te creëren ben ik van mening dat in zowel artikel 3.63 Wet IB 2001 als in artikel 4.17c Wet IB 2001 de 36-maandeneis moet komen te vervallen. Om de continuïteit van de onderneming te waarborgen raad ik wederom een voortzettingvereiste van drie jaar voor artikel 3.63 Wet IB 2001 aan.

5.3 Conclusie probleemstelling

Om antwoord te geven op de vraag of een doorschuiфregeling als artikel 3.63 van de Wet Inkomstenbelasting 2001 wenselijk is in box 2 en hoe zo'n regeling er dan uit kan zien indien wenselijk, acht ik de criteria legitimiteit, gelijkheid en doeltreffendheid relevant. De overheid zou alleen in het marktproces moeten ingrijpen wanneer sprake is van marktfalen. Overheidsingrijpen acht ik legitiem indien dit wordt gebaseerd op een niet optimaal werkende financieringsmarkt. Wat betreft de positie van de overdrager is overheidsingrijpen niet legitiem voor zover deze liquide middelen van de overnemer voor de overdracht krijgt. De overdrager heeft dan niet te maken met een financieringsprobleem. Overheidsingrijpen is wel legitiem wanneer bij de overdrager uit de bedrijfsoverdracht geen liquide middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen, omdat dit een belemmering vormt bij de continuïteit van de over te dragen onderneming. Dit is in strijd met de doeltreffendheid van de wetgever. Naar mijn mening ligt de oplossing voor het financieringsprobleem echter in de invorderingsfaciliteiten. Wanneer geen middelen vrijkomen om de belastingclaim te voldoen is door middel van de invorderingsfaciliteiten, al dan niet renteloos, uitstel van betaling van de belastingclaim mogelijk. Op deze manier is er geen sprake meer van marktfalen wat betreft het financieringsprobleem. Zonder marktfalen is er geen legitieme grond voor de overheid om in te grijpen. Omdat er geen sprake is van marktfalen wanneer de overdracht plaatsvindt tegen de koopsom en omdat invorderingsfaciliteiten het financieringsprobleem op kunnen lossen, bestaat mijns inziens geen legitieme reden meer om artikel 3.63 Wet IB 2001 nog te behouden. Om dezelfde redenen vind ik dan ook dat artikel 4.17c Wet IB 2001 niet moet worden opengesteld voor de mede-aanmerkelijkbelanghouder die geen werknemer is.

Het ontbreken van een algemene doorschuiффaciliteit bij leven voor ab-houders is niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Winstgenieters en ab-houders kwalificeren naar mijn mening niet als gelijke gevallen. Er is evenwel sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor

de ongelijke behandeling, omdat het voordeel van de doorschuiфregeling in de winstsfeer in de jaren na de doorschuiving door de lagere afschrijving wordt teruggenomen.

Verder kan het aangaan van het samenwerkingsverband uit artikel 3.63 Wet IB 2001 ervoor zorgen dat de faciliteit minder doeltreffend is, omdat hier geen inhoudelijke eisen aan worden gesteld. Indien de samenwerking niet slaagt, kan het de continuïteit van de onderneming schaden. Dit is in strijd met de doeltreffendheid van de doorschuiфregeling. Hetzelfde geldt voor de werknemerseis uit artikel 4.17c Wet IB 2001. Hier worden namelijk noch kwalitatieve, noch kwantitatieve eisen aan gesteld. Tevens geldt voor zowel artikel 3.63 Wet IB 2001 als artikel 4.17c Wet IB 2001 dat er geen voortzettingsvereiste bestaat. Naar mijn mening draagt een voortzettingsvereiste meer bij aan de beoogde continuïteit dan een samenwerkingsverband waarvan de werking niet verzekerd is. Ik raad dan ook aan het voortzettingsvereiste uit artikel 14 VPB te introduceren voor artikel 3.63 en 4.17c Wet IB 2001.

Als afsluitend antwoord op de hoofdvraag kan ik stellen dat een doorschuiфregeling als artikel 3.63 Wet IB 2001 niet wenselijk is voor box 2.

Literatuurlijst

1. Literatuur

Bangma & Bruins, 2010

K.L. Bangma en A. Bruins, *Bedrijfsbeëindigingen in het kleinbedrijf*, Zoetermeer: EIM 2010.

Braaksma, Smit & Verhoeven, 2011

R. Braaksma, W. Verhoeven, L. Smit, *Onderzoek naar de financiering van het Nederlandse bedrijfsleven*, Financieringsmonitor 2013-1, Zoetermeer: Panteia 2013.

Bragt, van & Meertens, 2003

I. Van Bragt & P.J.M. Meertens, *De directeur-groootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2003.

Bragt, van, Meertens & Steinbusch, 2013

I. Van Bragt, P.J.M. Meertens & M.J.P.C. Steinbusch, *De directeur-groootaandeelhouder en zijn bv*, Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

Burgerhart, Hoogeveen & Egger, 2009

W. Burgerhart, M.J. Hoogeveen, J.I.M. Egger, 'Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten: Een praktijkonderzoek', BDO Private Wealth Tax Fund, Tilburg: 2009.

Dyck, Mauws, Starke & Mischke 2002

B. Dyck, M. Mauws, F.A. Starke and G.A. Mischke, 'Passing the Baton: The Importance of Sequence, Timing, Technique and Communication in Executive Succession', *Journal of Business Venturing*, 2002, afl. 17.2, p. 143-162.

Essers & Kempen, van, 2012

P.H.J. Essers & M.L.M. van Kempen, *Cursus Inkomstenbelasting Studenteneditie 2012-2013*, Deventer: Kluwer 2012.

Happé, 1996

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Deventer: Kluwer 1996.

Heithuis, Kavelaars & Schuver, 2013

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars en B.F. Schuver (2013), *Inkomstenbelasting* (FED fiscale studiereserie), Deventer: Kluwer 2013.

Heithuis e.a., 2016

E.J.W. Heithuis e.a., *Compendium Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2016.

Hoff, van der, 2014

F. Van der Hoff, 'Doorschuiving naar Ondernemers/Werknemers', *PE-Tijdschrift voor de Bedrijfsopvolging*, nr. 12014.

Hoogeveen, 2011

M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

Jansen, 2000

J.J.M. Jansen, 'De nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting', *WFR 2000/1171*, 385-385.

Koppenrol & Merwe, van de, 2001

P.M. Koppenrol, R. Van de Merwe, 'Verandering opvolgingskeuze per 1 januari 2001?' *Belastingbrief 2001/08-02*.

Kort, de, 2008

J.W.J. de Kort, *Bedrijfsoverdracht bij aanmerkelijk belang*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008.

Meer en beter ondernemerschap, 2008

Meer en beter ondernemerschap, Beleidsdoorlichting ondernemerschapbeleid Ministerie van Economische Zaken 2003-2007, Zoetermeer: EIM 2008.

Morris, 2005

Michael H. Morris, *Policy Implications of Business Transfer Patterns in a Developed Country, Entrepreneurship in the Netherlands, Business Transfer: A New Start*, Zoetermeer 2005.

Rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw, 1999

Rapport Belastingen Bedrijfsleven 21^e eeuw, Versterking en dynamisering van het ondernemerschap, 1999, *WFR 1999/6331*.

Rapport Een duwtje in de rug, 1998

Rapport Een duwtje in de rug, 1998, *WFR 1998/6308*.

Schep, 2012

A.W. Schep, *Naar evenwichtig bijzonder kostenverhaal door gemeenten*, Delft: Eburon 2012.

Stevens, 2006

L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001 – Fiscaal commentaar*, Deventer: Kluwer 2006.

Stevens, 2014

L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 2014.

Stiglitz, 2000

J.E. Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, New York-London: W.W. Norton & Company 2000.

Teeffelen, van, 2010

L. Van Teeffelen, *Exploring Success and Failure in Small Firm Business Transfers* (dissertatie Nijenrode Business Universiteit), 2010.

Teeffelen, van, 2012

L. van Teeffelen, *De effecten van opheffing en bedrijfsoverdrachten op de Nederlandse economie*, Utrecht: Hogeschool Utrecht 2012.

Tigelaar-Klootwijk, 2013

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen*, Deventer: Kluwer 2013.

2. Jurisprudentieregister

EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, LJN AV1935.

EHRM 12 december 2006, nr. 13378/05, LJN AZ7792.

HR 21 mei 1958, nr. 13 574, BNB 1958/212.

HR 7 oktober 1981, nr. 20 733, BNB 1981/299.

HR 15 september 1999, nr. 34647, BNB 1999/406.

HR 11 april 2001, nr. 36381, BNB 2001/337.

HR 8 juli 2005, nr. 39860, BNB 2005/310.

HR 5 januari 2007, nr. 42683, BNB 2007/139.

HR 2 maart 2007, nr. 43336, BNB 2007/177.

HR 7 september 2007, nr.43499, V-N 2008/15.10.

HR 23 april 2010, nr. 08/04843, BNB 2010/244.

3. Parlementaire stukken

Advies RvS, *Kamerstukken II* 1999/00, 27 209, nr. A.

Besluit van 18 juli 2008, nr. CPP2008/163M, Stcrt. 146.

Brief van de Staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 188, nr. 1.

Kamerstukken II 1962/63, 5380, nr. 19 (MvA).

Kamerstukken II 1987/88, 20 595, nr. 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1999/00, 27 209, nr. 3 (MvT Wet ondernemerspakket 2001).

Kamerstukken II 2000/01, 27 209, nr. 6.

Kamerstukken II 2000/01, 27 466, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 15.

Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. 14

Kamerstukken II 2004/05, 29 767, nr. C (NnavV).

Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II, 2015/16, 32 637, nr. 241.

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.

Tweede Kamer, zitting 1961-1962, 5380, nr. 16 (voorlopig verslag).

Wet van 29 juni 1983, *Stb.* 1983, 304.

Wet van 14 december 2000, *Stb.* 2000, 567.

4. Publicaties Europese Commissie

Europese Commissie, Eindverslag van de deskundigengroep inzake de overdracht van kleine en middelgrote ondernemingen, 2002.

Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité: *Uitvoering van het communautair Lissabonprogramma voor groei en werkgelegenheid - Overdracht van ondernemingen: Continuïteit door een nieuwe start*, COM(2006) 117 definitief, Brussel: 2006.