

Tilburg University

Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek

Burgerhart, W.; Hoogeveen, M.J.; Egger, J.I.M.

Publication date:
2009

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Burgerhart, W., Hoogeveen, M. J., & Egger, J. I. M. (2009). *Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten; Een praktijkonderzoek*. BDO Camps Obbers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten *Een praktijkonderzoek*

Voor vrij ondernemen

UNIVERSITEIT

VAN TILBURG

BDO
Private Wealth Tax Fund

Civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten *Een praktijkonderzoek*

Door:

mr. W. (Wouter) Burgerhart

mr. M.J. (Mascha) Hoogeveen

dr. J.I.M. (Jos) Egger

BDO Private Wealth Tax Fund

Het BDO Private Wealth Tax Fund heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords te stimuleren. Het fonds is een joint venture van BDO CampsObers Accountants & Adviseurs en de Universiteit van Tilburg.

Dit rapport is het eerste product van het BDO Private Wealth Tax Fund. Het BDO Private Wealth Tax Fund heeft tot doel onderzoek te verrichten en kennisoverdracht te bewerkstelligen op het terrein van de nationale en internationale fiscale aspecten aangaande privépersonen en hun vermogen in de breedste zin des woords te stimuleren. Het fonds is een joint venture van BDO CampsObers Accountants & Adviseurs en de Universiteit van Tilburg.

Dit rapport is de verslaggeving van een onderzoek naar de civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de praktijk. Aan dit eerste onderzoek heeft het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen haar medewerking verleend, voor wat betreft civielrechtelijke aspecten van de bedrijfsopvolging in de praktijk. Dit onderzoek is uitgevoerd door Wouter Burgerhart. Naar de fiscale aspecten is onderzoek gedaan door Mascha Hoogeveen van de Universiteit van Tilburg. Uiteindelijk is dit rapport tot stand gekomen met medewerking van BDO CampsObers Accountants & Adviseurs, Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en de Universiteit van Tilburg.



Voor eventuele fouten of onvolkomenheden in deze publicatie kan de uitgever niet aansprakelijk worden gesteld.

Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op enige andere wijze, zonder voorafgaande toestemming van de onderzoekers.

Eerste druk, maart 2009

BDO is een op naam van Stichting BDO te Amsterdam geregistreerd merk.

CampsObers is een op naam van BDO CampsObers Holding B.V. te Eindhoven geregistreerd merk.

In deze publicatie worden **BDO** en **BDO CampsObers** gebruikt ter aanduiding van de organisatie die onder de merknaam 'BDO' actief is op het gebied van de zakelijke dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

BDO CampsObers Accountants & Adviseurs is een op naam van BDO CampsObers Holding B.V. te Eindhoven geregistreerde handelsnaam en wordt gebruikt ter aanduiding van een aantal met elkaar in een groep verbonden rechtspersonen, die ieder afzonderlijk onder de merknaam 'BDO' actief zijn op een bepaald terrein van de zakelijke dienstverlening (accountancy, belastingadvies en consultancy).

Universiteit van Tilburg/Fiscaal Instituut Tilburg

Het Fiscaal Instituut Tilburg geeft wetenschappelijk onderwijs en verricht onderzoek op het terrein van de Nederlandse en internationale belastingen. Het Fiscaal Instituut Tilburg is op 18 december 1968 opgericht als interfacultair instituut en maakt onderdeel uit van de Tilburgse rechtenfaculteit. Aan deze rechtenfaculteit worden zo'n 2.600 studenten opgeleid. De faculteit telt meer dan 350 medewerkers, waaronder ruim 45 hoogleraren, 25 hoofddocenten en 160 docenten en overig wetenschappelijk personeel.

Inhoudsopgave

| | | | | |
|-----------|--|--|-----------|---|
| 4 | <i>Hoofdstuk 1</i> | | 28 | <i>Hoofdstuk 4</i> |
| | Inleiding | | | Fiscaalrechtelijke uitkomsten |
| 5 | 1.1 Aanleiding | | 29 | 4.1 Inleiding |
| 5 | 1.2 Te onderzoeken objecten | | 29 | 4.2 Kenmerken fiscalisten en verrichte bedrijfsopvolgingen |
| 5 | 1.3 Opzet van het onderzoek | | | 4.2.1 Kenmerken fiscalisten |
| 5 | 1.3.1 <i>Wijze van onderzoek</i> | | 29 | 4.2.2 Aantal bedrijfsopvolgingen |
| 5 | 1.3.2 <i>Benaderde fiscalisten en civilisten</i> | | 30 | 4.2.3 Bedrijfsopvolgingen aan familie/partner versus aan derden en bevoordeling |
| 6 | 1.4 Doel en representativiteit van het onderzoek | | 30 | 4.2.4 Oorzaak belastingdruk inkomstenbelasting en schenkings- en successierecht |
| 7 | 1.5 Opbouw van het rapport | | 31 | 4.3 Zijn de fiscale faciliteiten noodzakelijk? |
| | | | 31 | 4.3.1 Inleiding |
| 8 | <i>Hoofdstuk 2</i> | | 31 | 4.3.2 Resultaten noodzakelijkheid |
| | Bedrijfsopvolgingen algemeen | | 31 | 4.3.3 Interpretatie en stellingname |
| 9 | 2.1 Inleiding | | 32 | 4.4 Worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt? |
| 9 | 2.2 Aantal bedrijfsopvolgingen | | 32 | 4.4.1 Inleiding |
| 9 | 2.3 Aan wie wordt overgedragen? | | 33 | 4.4.2 Resultaten bereik |
| 10 | 2.4 Knelpunten | | 33 | 4.4.3 Interpretatie en stellingname winststroom inkomstenbelasting |
| 10 | 2.4.1 <i>Kleine ondernemingen en familiebedrijven</i> | | 35 | 4.4.4 Interpretatie en stellingname aanmerkelijk-belangstroom inkomstenbelasting |
| 11 | 2.4.2 <i>Drie soorten problemen; acht knelpunten</i> | | 36 | 4.4.5 Interpretatie en stellingname schenkings- en successierecht |
| | | | 36 | 4.4.6 Rariteit |
| 12 | <i>Hoofdstuk 3</i> | | 37 | 4.5 Zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten effectief? |
| | Civilrechtelijke uitkomsten | | 37 | 4.5.1 Inleiding |
| 13 | 3.1 Inleiding | | 37 | 4.5.2 Resultaten effectiviteit |
| 13 | 3.2 Kenmerken civilisten en verrichte bedrijfsopvolgingen | | 37 | 4.5.3 Vormen de voorwaarden aan de faciliteiten een belemmering voor de effectiviteit? |
| 13 | 3.2.1 <i>Kenmerken civilisten</i> | | 37 | 4.5.3.1 Resultaten onderzoek |
| 13 | 3.2.2 <i>Aantal bedrijfsopvolgingen</i> | | 38 | 4.5.3.2 Interpretatie en stellingname |
| 13 | 3.3 De uitkomsten aan de hand van thema's belicht | | 39 | 4.5.4 Mogelijke neveneffecten |
| 13 | 3.3.1 <i>Bedrijfsopvolging bij leven of bij overlijden, met of zonder volledige zeggenschap?</i> | | 39 | 4.5.4.1 Wordt de bedrijfsopvolging uitgesteld tot overlijden vanwege de fiscale faciliteiten? |
| 17 | 3.3.2 <i>Het erfrecht en de bedrijfsopvolging?</i> | | 41 | 4.5.4.2 Leidt het gebruik van de doorschuifregeling tot niet overdraagbare ondernemingen? |
| 21 | 3.3.3 <i>Een wettelijke waarderingsregeling gewenst?</i> | | | |
| 21 | 3.3.4 <i>(Rand)voorwaarden voor erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten</i> | | | |
| 24 | 3.3.5 <i>Hoe gaat de rechtspraak met waardering in het erfrecht om?</i> | | | |
| 25 | 3.3.6 <i>De belangenafweging tussen bedrijfsopvolging, verzorging, etc.</i> | | | |
| 26 | 3.3.7 <i>Als niet-opvolgers al mogen meedelen, hoe dan?</i> | | 42 | <i>Hoofdstuk 5</i> |
| 27 | 3.3.8 <i>Hoe zit het met meerwaardeclausules?</i> | | | Stellingen en discussiepunten |
| | | | 44 | Bijlagen |
| | | | 45 | Literatuurlijst |
| | | | 47 | Benaderde kantoren en beroepsorganisaties met toezegging medewerking |
| | | | 47 | Over ... |
| | | | 47 | Universiteit van Tilburg |
| | | | 47 | BDO CampsObers Accountants & Adviseurs |

Hoofdstuk 1

Inleiding



1.1 Aanleiding

In Nederland bestaat geen instantie die de gegevens met betrekking tot bedrijfsopvolgingen registreert.¹ Er wordt bijvoorbeeld niet bijgehouden hoeveel bedrijfsopvolgingen er jaarlijks plaatsvinden, aan wie wordt overgedragen en op welke wijze dat gebeurt. Wel is er regelmatig veldonderzoek verricht naar bedrijfsopvolgingen. Tot op heden is geen veldonderzoek gedaan naar de fiscale en civielrechtelijke aspecten van een bedrijfsopvolging, de problemen die zich daarbij voordoen en de mogelijke oorzaken daarvan. Desondanks bestaan er binnen de civiele en fiscale wetgeving wel diverse regelingen die ervoor moeten zorgen dat een bedrijfsopvolging soepel kan verlopen. Blijkbaar heeft de wet- en besluitgever aangenomen dat zich in de praktijk problemen kunnen voordoen, als gevolg van de civiele en fiscale regelgeving.

De civielrechtelijke faciliteiten zijn met name gericht op betalingsuitstel van erfrechtelijke geldvorderingen. De fiscale faciliteiten hebben kort gezegd tot doel te voorkomen dat de fiscale heffingen bij een bedrijfsoverdracht continuïteitsproblemen veroorzaken voor de onderneming.

Bij de invoering van deze faciliteiten is zoals gezegd geen onderzoek gedaan naar de mate waarin zich problemen bij een bedrijfsopvolging voordoen als gevolg van de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke regelgeving (noodzaak) en de eventuele oorzaken van deze mogelijke problemen. Nadat de regelingen zijn ingevoerd, is geen onderzoek gedaan naar het bereik en de effectiviteit van de regelingen.²

Dit was voor ons aanleiding om een praktijkonderzoek te doen naar het gebruik van de civiele en fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Een gecombineerd onderzoek ligt voor de hand, omdat bij een bedrijfsopvolging zowel het civiele als het fiscale recht de voortzetting van de onderneming in economische zin kunnen bedreigen. Het onderzoek richt zich onder andere op de wetstechnische hindernissen voor een bedrijfsopvolging en het door de 'beroepsbeoefenaar' gesignaleerde nut, de noodzaak en de vormgeving van de in de wetgeving opgenomen faciliteiten. Ook is onderzocht hoe de bedrijfsopvolging civielrechtelijk wordt ingericht en in welke mate de civiele en fiscale faciliteiten daarbij een rol hebben gespeeld. Ten

slotte is onderzoek gedaan naar enkele waardeaspecten van de onderneming bij een bedrijfsopvolging.

1.2 Te onderzoeken objecten

Op het fiscale terrein is onderzoek gedaan naar de faciliteiten voor de inkomstenbelasting en het schenkings- en successierecht, omdat deze heffingen bij een bedrijfsopvolging veelal het zwaarst drukken. De faciliteiten zijn opgenomen in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna Wet IB 2001), de Successiewet 1956 en de Invorderingswet 1990. Het civiele onderzoek richt zich op de schenkingsregeling van Titel 7.3 BW en het erfrecht van Boek 4 BW.

1.3 Opzet van het onderzoek

1.3.1 Wijze van onderzoek

Het onderzoek is verricht via het afnemen van een internetenquête onder civilisten en fiscalisten en is opgezet volgens de geldende principes voor surveys en vragenlijsten (cf., Robson, 2002; Dillman, 2000).^{3,4} Voor beide te onderzoeken beroepsgroepen zijn vragenlijsten opgesteld, die vervolgens zijn omgezet in een digitale enquête. Volgens de adviezen van Krueger & Casey (1998)⁵ is deze digitale enquête vervolgens voorgelegd aan een zogenaamde 'focus group', een kleine groep geselecteerde professionals op het te onderzoeken gebied, in casu de fiscale en notariële adviseurs op het gebied van bedrijfsopvolging, met het oog op aanscherping van de vraagstellingen en het uitfilteren van inhoudelijke onjuistheden in de vragen. Na deze pilot is de enquête aangepast en medio 2008 operationeel geworden. De in deze rapportage gebruikte data is verkregen in de periode tot en met 31 december 2008.

1.3.2 Benaderde fiscalisten en civilisten

Om de beroepsbeoefenaars te kunnen bereiken, is eerst contact gelegd met de volgende beroeps- en overkoepelende organisaties: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB), Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN), Netwerk Notarissen, Vereniging voor agrarische specialisten in het notariaat (VASN), Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB),⁶ Samenwerkende Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten (SRA),⁷ Vereniging van

¹ Dit is in veel Europese landen een probleem, waardoor er een gebrek is aan vergelijkbare gegevens over bedrijfsopvolgingen op Europees niveau. Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 13.

² Hoogeveen, 2004, p. 12-13.

³ Robson, C. (2002). *RealWorld Research* (2nd. Ed.). Oxford: Blackwell.

⁴ Dillman, D. (2000). *Mail and internet surveys: The tailored design method* (2nd. Ed.). Chichester: Wiley.

⁵ Krueger, R. A. & Casey, M. A. (1998). *Focus*

groups: A practical guide for applied research (3rd. Ed.). Thousand Oaks, Ca: Sage.

⁶ 4.200 leden.

⁷ 370 kantoren met 900 vestigingen, gezamenlijk bedienen zij 30% van de MKB-bedrijven.



Accountants- en Belastingadviesbureaus (vLB),⁸ Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs (NFB) en het College Belastingadviseurs (CB).⁹ Vervolgens is contact opgenomen met diverse belastingadvieskantoren, een notariskantoor en een estateplanningsbureau. Alle genoemde organisaties en kantoren hebben hun medewerking toegezegd aan het onderzoek en hebben het onderzoek via mail, websites en/of nieuwsbrieven kenbaar gemaakt aan hun leden, hun klanten en hun medewerkers. Van één benaderd belastingadvieskantoor bleef een reactie uit.

In de berichtgeving naar de leden, medewerkers en/of klanten hebben partijen aangegeven het belang van het onderzoek te onderkennen en is gevraagd om medewerking te verlenen aan het onderzoek. Het onderzoek is verder nog kenbaar gemaakt aan alle abonnees van NTFR online en de EstateTip Review. Na openstelling van de enquête hebben de diverse partijen nog minimaal één maal en sommige meerdere keren het onderzoek onder de aandacht gebracht. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de volgende aantallen invullers:

| Populatie | Aantal |
|-----------|--------|
|-----------|--------|

| | |
|-------------|-----|
| Fiscalisten | 204 |
| Civilisten | 135 |

1.4 Doel en representativiteit van het onderzoek

Dit onderzoek naar het gebruik van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten door vertegenwoordigers van verschillende beroepsgroepen/disciplines heeft in de eerste plaats een exploratief en systematiserend karakter. Het is niet primair gericht op de statistische predictie. In de doelstelling ligt de nadruk dan ook op het hypothesegenererende karakter van de resultaten. Het doel van dit rapport is een beschrijving te geven van de resultaten van het enquêteonderzoek.

De insteek via de beroepsorganisaties geeft voor wat betreft de civilisten een zo representatief mogelijk beeld. In Neder-

⁸ Kantoren die lid zijn van deze vereniging zijn ABAB Accountants & Belastingadviseurs, Accon, Alfa Accountants en Adviseurs, Countus accountants & adviseurs, Flynth adviseurs en accountants en de Gibo Groep.

⁹ Het College Belastingadviseurs (CB) en

de Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs (NFB) hebben in 2008 de koepelorganisatie Register Belastingadviseurs (RB) opgericht waarin een aantal gezamenlijke activiteiten ontwikkeld wordt. Gezamenlijk hebben zij 6.500 leden.

land zijn er in totaal circa 3.500 notarissen en kandidaat-notarissen, die allen zijn aangesloten bij de KNB en waarvan dus kan worden aangenomen dat zij op enige manier kennis hebben genomen van het onderzoek. In totaal hebben 135 notarissen de enquête ingevuld. Dit betreft bijna 4% van de totale beroepsgroep, hetgeen ruim voldoende genoemd mag worden. Ten aanzien van fiscalisten ligt dit lastiger, omdat het verstrekken van belastingadviezen een vrij beroep is. Er is bijgevolg niet precies bekend hoeveel belastingadviseurs, accountants en boekhouders er in totaal zijn. De auteurs gaan in dit onderzoek uit van de lidmaatschapsgegevens van de onder paragraaf 1.3.2 genoemde relevante beroepsverenigingen voor fiscalisten en hantieren op basis daarvan het aantal van 10.700. In totaal beantwoordden 204 fiscalisten de enquête; deze groep vormt 1,9% van de geschatte populatie, hetgeen kan worden aangemerkt als voldoende. Gegeven de opzet van de enquête is er derhalve sprake van een adequate inhoudelijke afspiegeling van de beroepsgroepen. In het onderzoek is geen onderscheid gemaakt naar deskundigheid van de diverse in-

vullers ten aanzien van de bedrijfsopvolging. Binnen alle lagen van deskundigheid is naar de mening van de beroepsbeoefenaars gevraagd.

1.5 Opbouw van het rapport

Het onderzoek ziet op de fiscale en civiele aspecten van een bedrijfsopvolging. Om de uitkomsten in een kader te kunnen plaatsen, worden in hoofdstuk 2 eerst enige gegevens en informatie weergegeven over bedrijfsopvolgingen die in Nederland plaatsvinden. In hoofdstuk 3 worden de civielrechtelijke uitkomsten van het onderzoek besproken door Wouter Burgerhart en in hoofdstuk 4 de fiscaalrechtelijke uitkomsten door Mascha Hoogeveen. In hoofdstuk 5 zijn stellingen en discussiepunten opgenomen. De statistische analyses en verantwoording van het onderzoek zijn verricht door Jos Egger.

Hoofdstuk 2

Bedrijfsopvolgingen algemeen



2.1 Inleiding

Het onderzoek ziet op de fiscale en civiele aspecten van een bedrijfsopvolging. Om de uitkomsten in een kader te kunnen plaatsen worden in dit hoofdstuk enige gegevens en informatie over bedrijfsopvolgingen die in Nederland plaatsvinden weergegeven.

2.2 Aantal bedrijfsopvolgingen

Bedrijfsopvolgingen staan volop in de belangstelling. De verwachting is dat het aantal bedrijfsopvolgingen zal toenemen. Als redenen voor de toename worden onder andere genoemd de vergrijzing van de ondernemerspopulatie, de wens om op jongere leeftijd het ondernemerschap te beëindigen en de overdracht van de geboortegolfbedrijven.¹⁰ Een andere reden is het inhaaleffect van overdrachten die in de periode van laagconjunctuur zijn uitgesteld.¹¹ Uit onderzoek blijkt overigens dat er over het aantal te verwachten overdrachten niet echt eenduidigheid bestaat.¹² De bandbreedte bevindt zich tussen de 10.000 tot 18.000 bedrijfsopvolgingen per jaar.¹³ Het aantal daadwerkelijk voortgezette ondernemingen lijkt achter te blijven bij de verwachtingen. Het EIM geeft in een rapport uit 2004 bijvoorbeeld aan dat 9% van de bedrijven in Nederland in de periode 1998-2003 succesvol is voortgezet. Het gaat dan om 11.000 succesvolle bedrijfsopvolgingen per jaar.¹⁴ De kvk registreerde in 2002 en 2003 lagere aantallen. In 2002 werden volgens de kvk in totaal 6.800 bedrijven voortgezet. In 2003 werden 6.700 bedrijfsopvolgingen geregistreerd.¹⁵ Het verschil met de uitkomst van het EIM wordt veroorzaakt door het hanteren van verschillende definities van een bedrijfsopvolging.¹⁶

Volgens het EIM wordt het verschil tussen geschatte opvolgingen en daadwerkelijk verrichte opvolgingen veroorzaakt doordat een flink percentage van de bedrijven:

- 1 er lang over doet,
- 2 er weer van afziet,

- 3 meteen of binnen enkele jaren opgaat in een ander bedrijf, en/of
- 4 helemaal ophoudt te bestaan al dan niet als gevolg van het mislukken van de overdracht.¹⁷

Bongaerts geeft aan dat financiële instellingen in toenemende mate letten op het solvabiliteitsbeslag van overnamekredieten, wat een drukkend effect kan hebben op het aantal bedrijfsopvolgingen.¹⁸ Een andere mogelijke reden voor het geconstateerde verschil is dat het aantal bedrijfsopvolgingen samenhangt met de economische conjunctuur; door conjunctuurwijzigingen kan het aantal jaarlijkse overdrachten fluctueren. Volgens het EIM is het aantal bedrijfsoverdrachten bijvoorbeeld systematisch laag in het recessiejaar 2004.¹⁹ Indien dit het geval is, kan worden aangenomen dat dit ook gaat gelden voor de huidige periode van recessie. Een laatste reden voor de verschillen tussen de schattingen en de daadwerkelijk verrichte overdrachten is dat er in eerste instantie meetfouten zijn gemaakt. Hoewel er dus een aantal redenen is aan te geven waarom er verschillen bestaan, blijft een deel van het verschil onverklaarbaar.²⁰

Gegeven de hiervoor genoemde redenen waarom de daadwerkelijk verrichte overdrachten achterblijven bij de geschatte opvolgingen, lijkt een conclusie dat er steeds minder bedrijfsopvolgingen zijn, een te snelle conclusie, al is het alleen maar vanwege de vergrijzing van de ondernemerspopulatie. Na wat mindere jaren verwacht het EIM dan ook dat in de jaren 2005-2007 de aantallen bedrijfsopvolgingen relatief hoog zullen liggen.²¹ Hierover zijn nog geen concrete cijfers bekend.

2.3 Aan wie wordt overgedragen?

Uit onderzoek van het EIM blijkt dat in de afgelopen 15 jaar 40% van de verkopen in het midden- en kleinbedrijf hebben plaatsgevonden binnen de familie.²² Volgens Thomassen zit er bij de overdracht van een familiebedrijf een rangorde in de voorkeur voor opvolgers: kinderen, verkoop aan der-

10 Kikkert, 2003, D3; EIM, juni 2006, Oudmaijer en Meijaard, p. 5; Breembroek en Zemann, 2002, p. 17; Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 7 en 8.

11 Langman en Lugt, 2005, p. 15.

12 In gelijke zin Flören, 2002, p. 36. Zie ook Thomassen, 2002, p. 10 en Langman en Lugt, 2005, p. 13.

13 NIPO, Kerstens, 2001, §2; Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 7-8; Kikkert,

2003, D3; Flören, 2002 en Flören en Zwartendijk, 2003, D20; Breembroek en Zemann, 2002, p. 17; Langman en Lugt, 2005, p. 6.

14 EIM, februari 2004, Meijaard en Diephuis, p. 2. Aangezien allen wordt gesproken over succesvolle overdrachten, wordt niet duidelijk hoeveel overdrachten er daadwerkelijk hebben plaatsgevonden.

15 EIM, najaar 2005, Gibcus en Verhoeven, p. 11 en 12.

16 EIM, februari 2004, Meijaard en Diephuis, p. 2, noot 1.

17 EIM, februari 2004, Meijaard en Diephuis, p. 2.

18 Bongaerts, 2003, D30.

19 EIM, november 2006, Meijaard, p. 2 en 4.

20 Meijaard in EIM, december 2005, Van Gennip e.a., p. 18.

21 EIM, november 2006, Meijaard, p. 4.

22 Meijaard in EIM, december 2005, Van Gennip e.a., p. 21.

den, verkoop aan medewerkers en overdracht aan andere familieleden.²³ Uit onderzoek van Flören uit 1993 en 1994 blijkt dat in 31% van de familiebedrijven de ondernemer het familiebedrijf niet aan een derde wil verkopen, in 24% van de gevallen de familie de eerste keus is en dat de resterende 45% geen specifiek beleid heeft met betrekking tot de keuze van de opvolger. Uit een onderzoek van de Universiteit Nyenrode blijkt dat slechts een kwart van de directeuren het niet eens is met de stelling dat zij moeten worden opgevolgd door een familielid. Verder verwacht 51% van de directeuren door zijn kinderen te worden opgevolgd, 1% door een ander familielid, 11% door werknemer(s) en 25% door derden.²⁴

De bedrijfsopvolgingen binnen de familie nemen echter af en de voortzettingen door andere bedrijven en werknemers nemen toe.²⁵ Zo blijkt uit een onderzoek uit 2003 dat 50% van de DGA's zijn aandelen wil verkopen aan een bedrijf (tegen 30% in 1998) en 21% zijn aandelen wil overdragen aan een werknemer (tegen 13% in 1998).²⁶ Ook Thomassen concludeert dat steeds minder familiebedrijven in handen blijven van de familie, en dat verkoop aan derden of bedrijfsbeëindiging steeds vaker aan de orde is. Wel zal volgens hem ongeveer 1/3e van de familiebedrijven in handen blijven van familieleden.²⁷ Het EIM constateert in een onderzoek uit 2004 ook een daling van de overdracht binnen de familie; 6 tot 15 jaar geleden was dat nog 60% tegen 40% de afgelopen 5 jaar. Binnen deze groepen van familieopvolgingen, neemt ook het aandeel dat wordt overgedragen aan het kind af; 6 tot 15 jaar geleden nog 80% en de afgelopen 5 jaar 60%. Hierbij is het opvallend dat van de bedrijven die nu bezig zijn met een bedrijfsopvolging binnen de familie, 95% daarvan de overdracht aan de kinderen wil laten plaatsvinden.²⁸ Uit onderzoek van de GIBO Groep in 2004 blijkt ook dat overdrachten buiten de familie zullen toenemen. In de agrarische sector is het daarentegen nog heel gebruikelijk dat de overdracht binnen de familiesfeer plaatsvindt, al zijn er wel signalen dat dit binnen een aantal jaren licht zal afnemen.²⁹

2.4 Knelpunten

2.4.1 Kleine ondernemingen en familiebedrijven

Er kunnen zich diverse problemen voordoen bij een bedrijfsopvolging, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen.³⁰ Deze problemen zijn veelal afhankelijk van de omvang en aard van het bedrijf. Voor kleine bedrijven lijken er meer problemen te bestaan dan voor grote bedrijven. Veel eigenaren van kleine bedrijven zijn vaak meewerkend voorman en zijn zich veelal niet bewust van het continuïteitsvraagstuk. Zij kunnen of willen geen tijd vrij maken om de bedrijfsopvolging zorgvuldig te plannen.³¹ Vooral ondernemers die alleen zijn begonnen en die weinig personeel met een hogere opleiding in dienst hebben, ontbreekt het soms aan de noodzakelijke reflectie voor een bedrijfsopvolging.³² Uit onderzoek blijkt dat kleine ondernemingen vaak huiverig zijn om expertise in te huren.³³ Kleine bedrijven geven aan dat de kosten niet opwegen tegen de meerwaarde van de adviseur. Doordat kleine ondernemers de kosten al snel te hoog vinden, besteden met name gespecialiseerde adviseurs weinig aandacht aan deze groep.³⁴ Juist het zich niet kunnen veroorloven van specialistisch advies door kleine ondernemingen, maakt dat zij zich slecht voorbereiden, waardoor zij in de opvolgingsfase kopje onder kunnen gaan, ondanks dat zij op zich levensvatbaar zijn.³⁵

Naast kleine bedrijven kunnen hier ook de familiebedrijven worden genoemd, die specifieke problemen kunnen hebben met hun bedrijfsopvolging vanwege de betrokkenheid en loyaliteit en ook de verstrengeling tussen eigendom en familie. Deze kenmerken hebben niet alleen voordelen, maar ook nadelen. De nadelen die extra naar voren kunnen komen bij een bedrijfsopvolging zijn de volgende:

- 1 de directeur kan moeilijk afscheid nemen van zijn bedrijf, wat de bedrijfsopvolging extra emotioneel beladen maakt en de doorstroming van talent bemoeilijkt,
- 2 er moet ook opvolging in eigendom plaatsvinden, maar het ontbreekt aan een planmatige aanpak, en
- 3 de beoogde opvolger(s) heeft/hebben geen leiderschapskwaliteiten.³⁶

23 Thomassen, 2002, p. 10. De Expertgroep Familiebedrijven geeft aan dat de voorkeur bij een familiebedrijf ligt bij een overdracht binnen de familie. Expertgroep Familiebedrijven, 2007, p. 6.

24 Flören en Geerlings, 2006, p. 11. In geval van vererving geeft 1/3e van de directeuren van kleinere familiebedrijven aan de voorkeur te geven aan een overdracht in de rechte lijn, terwijl dat bij grotere familiebedrijven ruim de helft is. Flören en Geerlings, 2006, p. 13.

25 NIPO, Kerstens, 2001, §2, figuur 4; Zie ook NIPO, DGA-barometer 2003, §2.4. Langman en Lugt, 2005, p. 15. Dit is overigens een Europees verschijnsel, zie Eindverslag des-

kundigengroep EU, 2002, p. 7; EC, Overnameplatformen, mei 2006, p. 10 en Geerts, Herrings en Peek, 2004, p. 9.

26 NIPO, DGA-barometer 2003, §2.4. Het is reëel om aan te nemen dat in 30% van de gevallen de overdracht plaatsvindt aan een ander bedrijf. Van der Eijk, Flören en Jansen, 2004, p. 35.

27 Thomassen, 2002, p. 8.

28 EIM februari 2004, Meijaard en Diephuis, p. 3.

29 Breembroek en Zemann, 2002, p. 7.

30 Gemiddeld ervaart 2/3e van de ondernemers knelpunten. Geerts, Herrings en Peek, 2004, p. 17.

31 Eigenaren van grote bedrijven worden

tegenwoordig gemakkelijker en vaker geassisteerd door specialisten. Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 12-13.

32 Kikkert, 2003, D4.

33 Wils en Oostdijk, 2002. In gelijke zin Y. Haane in EIM, december 2005, Van Gennip e.a., p. 32. Haane geeft als extra complicatie de ondoorzichtigheid van de markt van consultants.

34 Kikkert, 2003, D4.

35 EC, Overnameplatformen, mei 2006, p. 10.

36 Flören, 2002, p. 24-25. Zie ook Expertgroep Familiebedrijven, 2007, p. 11 en 13.



2.4.2 Drie soorten problemen; acht knelpunten

In de literatuur worden drie soorten problemen onderscheiden die kunnen spelen bij (de voorbereiding van) bedrijfsopvolgingen.³⁷ Deze problemen leveren acht concrete knelpunten op. Het eerste type probleem is psychologisch of emotioneel van aard; de overdrager heeft moeite om afstand te doen van zijn bedrijf (1). Het tweede type probleem hangt samen met het complexe karakter van de bedrijfsopvolging, zeker omdat vaak geen ervaring bestaat met betrekking tot een bedrijfsopvolging. Hierbij moet vooral worden gedacht aan de waardering van de onderneming (2), het vinden van een wederpartij (3), de informatieachterstand van de koper (4) en het verkrijgen van een financiering (5). Het derde type obstakel is de nationale wetgeving, waarbij met name moet worden gedacht aan het vennootschapsrecht (6), het belastingstelsel (7) en de administratieve formaliteiten (8).

Het gaat dit rapport te buiten om deze problemen en knel-

punten uitgebreid te bespreken. Wat wel van belang is, is de constatering dat de financiering veruit het belangrijkste knelpunt vormt. Overnemers maken in bijna 70% van de gevallen gebruik van geleend geld om het benodigde kapitaal bijeen te krijgen.³⁸ Het verkrijgen van deze financiering wordt door de overnemer regelmatig als hinderpaal genoemd bij een bedrijfsopvolging.³⁹ Steeds meer ondernemers zien het vinden van een draagkrachtige opvolger dan ook als een probleem.⁴⁰ Hierbij blijkt het extra lastig voor kleine ondernemingen om een kredietaanvraag gehonoreerd te krijgen.⁴¹

De fiscaliteit neemt binnen de genoemde knelpunten een bescheiden plaats in. Toch zet de overheid met name op het gebied van de fiscaliteit instrumenten in die moeten bijdragen aan de continuïteit bij een bedrijfsoverdracht. Hierbij maakt zij zowel gebruik van zogenoemde doorschuifregelingen, uitstel van betalingsregelingen als van vrijstellingen.

³⁷ Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 11. In gelijke zin Kikkert, 2003, D3; EIM, december 2005, Van Gennip e.a., p. 31-32 en EIM, juni 2006, Oudmaijer en Meijaard, p. 6 en 7.

³⁸ EIM, oktober 2006, Oudmaijer, p. 10. Starters

hebben in 60% van de gevallen een financiering nodig. Overigens geven 16% van de overnemers aan een knelpunt te zien in de liquiditeitspositie, tegenover 19% van de startende ondernemers, p. 15.

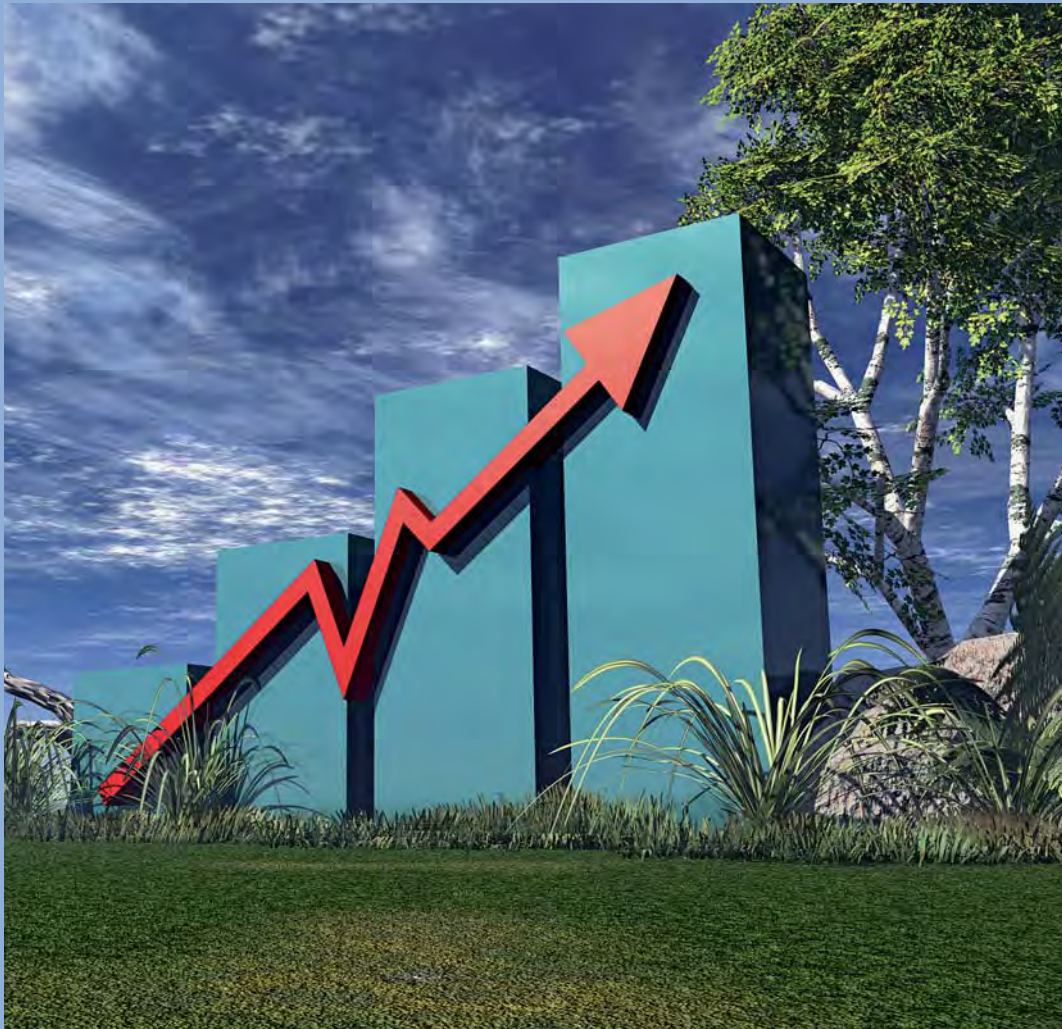
³⁹ Flören, 2002, p. 44; Warmerdam, 2003, D31; Faber, 2003, D10.

⁴⁰ 35% in 2003, tegen 10% in 1998. NIPO, DGA-barometer 2003, §2.3.

⁴¹ Boot en Ligterink, 2003, D12. Langman en Lugt, 2005, p. 29-30.

Hoofdstuk 3

Civielrechtelijke uitkomsten



3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van het onderzoek onder civielrechtelijke juristen, in het bijzonder notarissen en kandidaat-notarissen. In paragraaf 3.2 wordt algemene informatie over de onderzochte doelgroep verstrekt. Daarna volgt in paragraaf 3.3 een inventarisatie van onderzoeksgegevens aan de hand van verschillende thema's. Voorafgaand aan en/of volgend op de resultaten van het onderzoek zullen de thema's in min of meerdere mate voorzien worden van theoretische kanttekeningen.

3.2 Kenmerken civilisten en verrichte bedrijfsopvolgingen

3.2.1 Kenmerken civilisten

In totaal hebben 136 civielrechtelijke juristen (in dit verslag telkens als civilist aangeduid) de enquête ingevuld. 34,1% daarvan is notaris, 59,8% is kandidaat-notaris en 6,1% is (uitsluitend) civielrechtelijk jurist. 68,1% van de civilisten is man en 31,9% is vrouw. De gemiddelde leeftijd is 41. Van de civilisten houdt 4,6% zich overwegend bezig met overdrachten in de landbouw en visserijsector.

De rol van de civilisten bij de bedrijfsopvolging is in de volgende tabel weergegeven.

Rol civilist bij bedrijfsopvolging

| Rol bij de bedrijfsopvolging | % |
|---|------------|
| Uitsluitend uitvoerder van door anderen verstrekte adviezen (bijvoorbeeld het opstellen en passeren van de benodigde akte(n), het opstellen van belastingaangiften, etc.) | 47 |
| Adviseur op zowel fiscaal als civiel terrein | 26 |
| Adviseur op civiel terrein | 19 |
| Anders | 5 |
| Adviseur/begeleider van het gehele opvolgingstraject | 3 |
| Adviseur op fiscaal terrein | 0 |
| Totaal | 100 |

3.2.2 Aantal bedrijfsopvolgingen

Aan de 136 civilisten is gevraagd hoeveel bedrijfsopvolgingen zij ongeveer per jaar begeleiden. In totaal begeleiden de civilisten 941 bedrijfsopvolgingen, waarvan 498 in de winstsfeer en 443 in de aanmerkelijkbelang-sfeer. Het totale gemiddelde aantal overdrachten per jaar per civilist is ongeveer 6 overdrachten. De scores laten

zien dat de betrokkenheid relatief sterk uiteenloopt, hetgeen tot uitdrukking brengt dat van een zekere specialisatie sprake zou kunnen zijn.

3.3 De uitkomsten aan de hand van thema's belicht

3.3.1 Bedrijfsopvolging bij leven of bij overlijden, met of zonder volledige zeggenschap?

De motieven om een bedrijfsopvolging bij *leven* of door *overlijden* te laten plaatsvinden kunnen, afgezien van de veelal doorslaggevende fiscale redenen, (mede) civielrechtelijk van aard zijn. De gemeenschappelijke noemer is in beginsel het minimaliseren van in het recht gelegen hindernissen.

In civielrechtelijke zin kan men de hindernissen onder meer onderscheiden al naar gelang deze van *verbintenisrechtelijke* of *goederenrechtelijke* aard zijn.⁴²

Een verbintenisrechtelijk motief om de bedrijfsopvolging *tijdens leven* te realiseren, althans om deze aan te vangen, kan gelegen zijn in de obligatoire aanspraken die de wetgever bij overlijden van een ondernemer aan diens afstammelingen verschaft in de vorm van de legitieme portie. Om de dreiging hiervan te beteugelen zou men het opvolgingsmoment naar voren kunnen halen.⁴³ Ook kan gedacht worden aan eventuele andere erfrechtelijke aanspraken, zoals het recht om bij de kantonrechter om overdracht van de onderneming te verzoeken (art. 4:38 BW). Het verzoek zal namelijk geen doel treffen als de opvolging al tijdens leven is gerealiseerd.

In goederenrechtelijk opzicht kunnen twee routes worden onderscheiden waarlangs de onderneming (of de aandelen in een vennootschap) bij de opvolger terecht kunnen komen, te weten een overdracht onder *bijzondere* titel dan wel een overgang onder *algemene* titel. In het algemeen heeft de laatstbedoelde variant de voorkeur omdat zonder de naleving van leveringsformaliteiten dan wel de eventuele medewerking daaraan door derden, de goederen en schulden door het intreden van het desbetreffende rechtsfeit (in goederenrechtelijk opzicht) bij de verkrijger belanden. De overdracht onder bijzondere titel verlangt daarentegen de naleving van de voor het desbetreffende goed voorgeschreven leveringsformaliteiten alsmede een schuld- en/of contractoverneming, mét medewerking van de verkrijger alsmede eventuele derden (schuldeisers, wederpartijen). Deze formaliteiten kan men als een goederenrechtelijke hindernis aanmerken.

⁴² Zie ook §3.3.2.

⁴³ Zie ook §3.3.8.

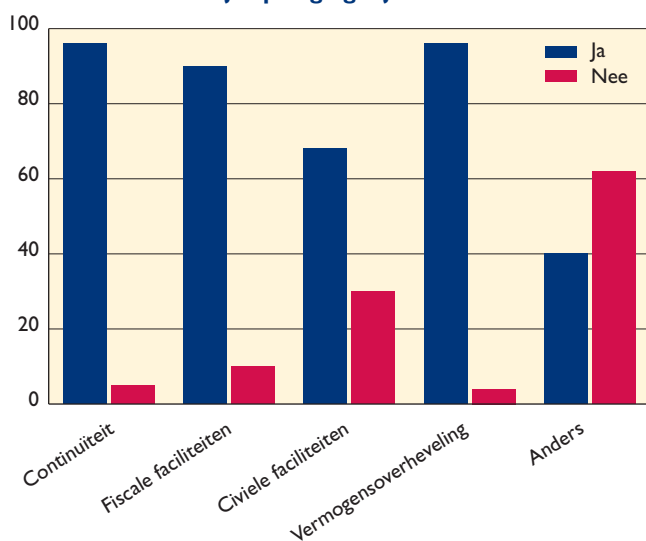
Voor een bedrijfsopvolging tijdens *leven* is slechts de overdracht onder bijzondere titel beschikbaar.⁴⁴ Indien de opvolging door het *overlijden* kan en mag plaatsvinden, zijn echter zowel de algemene als de bijzondere titel voor de verkrijging inzetbaar. Met de erfopvolging en een passende erfstelling kan de opvolger op grond van een algemene titel door overlijden gerechtigd worden tot de goederen en schulden van de ondernemer, zonder de naleving van vormvoorschriften. Derden blijven geheel buiten beschouwing.⁴⁵

Maakt men van de opvolging onder algemene titel geen gebruik, dan loopt men bij bijvoorbeeld de uitvoering van een legaat (een verkrijging onder bijzondere titel) of de verdeling van de nalatenschap tegen de leveringsformaliteiten aan.

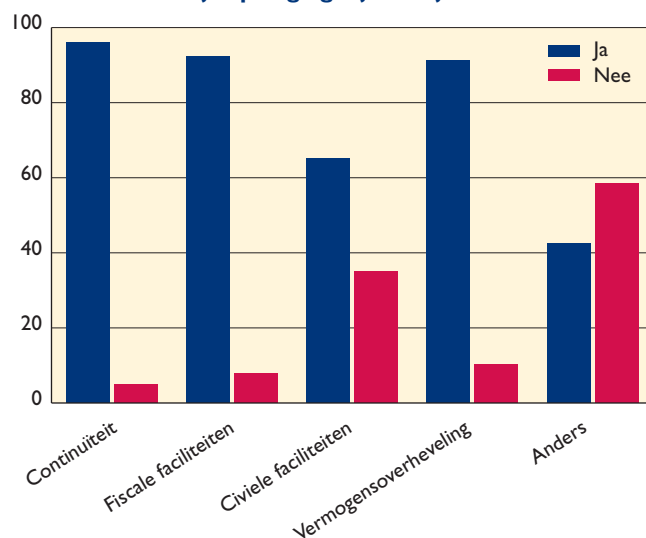
Het onderzoek heeft met betrekking tot de vraag of een bedrijfsopvolging bewust bij leven of bij overlijden plaatsvindt, het volgende uitgewezen. De civilisten maken slechts in circa 1/3 van het aantal gevallen (28% bij leven en 36% bij overlijden) een bewuste keuze voor een bedrijfsopvolging tijdens leven respectievelijk door overlijden.

Na de vraag of men al dan niet bewust voor een van beide bedoelde scenario's kiest, is gevraagd in welke mate de beschikbare faciliteiten voor die keuze een rol hebben gespeeld. De resultaten daarvan zijn in de hierna volgende diagrammen weergegeven.

Civiel
Bedrijfsopvolging bij leven: redenen

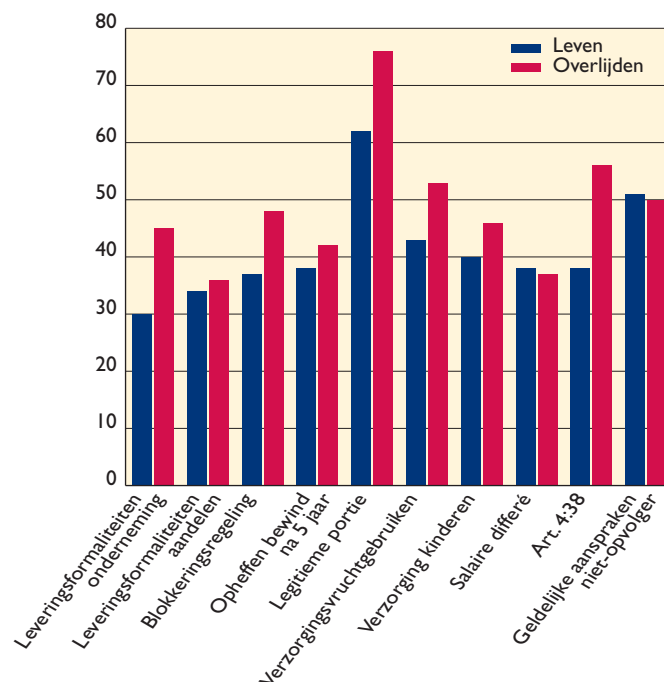


Civiel
Bedrijfsopvolging bij overlijden: redenen



Het is opmerkelijk, zo blijkt uit de vorenstaande diagrammen, dat de civilisten in beide situaties (leven en overlijden) de beschikbare *fiscale* faciliteiten voor de beslissing over het opvolgingsscenario relevanter vinden dan de *civielrechtelijke* faciliteiten. Dit bevestigt als het ware de hiervoor gegeven lage score op het bewust plannen van de bedrijfsopvolging vanuit civielrechtelijk perspectief.

Het vermogensrecht met eventuele faciliteiten die ten voordele van een bedrijfsopvolging kunnen strekken, geeft blijkens het vorenstaande geen aanleiding voor een bewuste keuze voor het opvolgingsmoment. Deze keuze lijkt ook niet in *negatieve* zin te worden gemaakt, oftewel om bepaalde civielrechtelijke hindernissen te vermijden.



⁴⁴ De fusie en splitsing die binnen de vennootschappelijke sfeer mogelijk zijn, blijven hierbij buiten beschouwing.

⁴⁵ Derden beschikken bij een erfopvolging niet

over een verzet- of goedkeuringsrecht zoals bij bijvoorbeeld een fusie of een splitsing (art. 2:316, 2:334 BW). Derde-schuldeisers kunnen onder omstandigheden ná overlij-

den, dus ná het verkrijgingsmoment, wel om vereffening van de nalatenschap verzoeken (art. 4:204 BW).

Indien men de vorenstaande score op de economische (verbintenisrechtelijke) en juridische (goederenrechtelijke) hindernissen beziet, dan kan men onder meer tot de volgende conclusies komen:

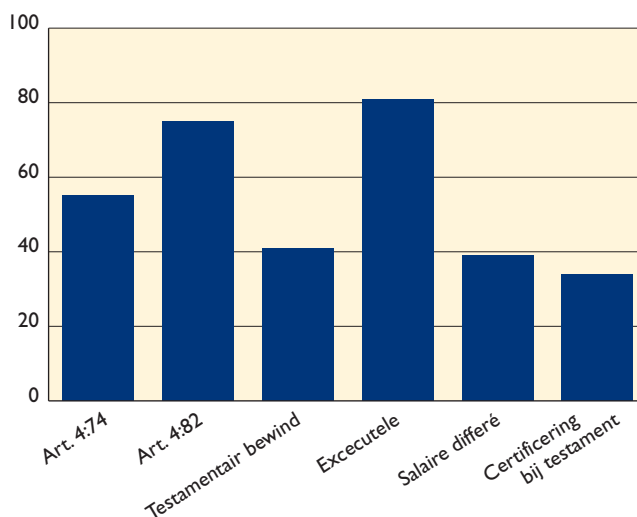
- de legitieme portie blijkt in alle gevallen de belangrijkste belemmering voor een bedrijfsopvolging te zijn, waarbij deze bij overlijden meer gewicht in de schaal legt dan bij leven;
- de leveringsformaliteiten vormen relatief beschouwd de geringste belemmering, waarbij het opmerkelijk is dat de score op dit onderdeel bij leven lager is dan bij overlijden (zie hiervoor);
- in absolute zin blijken de leveringsformaliteiten bij leven tot de 'top drie' van de grootste belemmeringen te behoren, terwijl dat bij overlijden niet het geval is, hetgeen vanuit vermogensrechtelijk perspectief verklaarbaar zou kunnen zijn (zie hiervoor);
- de dreiging van de andere wettelijke rechten wordt bij leven minder groot geacht dan bij overlijden. In vergelijking met de legitieme portie (eveneens een dwingendrechtelijke aanspraak) blijven de andere wettelijke rechten als erfrechtelijke hindernis achter;
- de geldelijke aanspraken van niet-opvolgers, bijvoorbeeld onderbedelingsvorderingen, blijken over het geheel genomen meer impact te hebben op een bedrijfsopvolging dan de wettelijke aanspraken, de legitieme portie uitgezonderd;
- het is opmerkelijk dat het door de wetgever aan de bedrijfsopvolger verstrekte recht op overdracht van erflaters onderneming (art. 4:38 BW) door de respondenten, in vergelijking met de scores op andere onderdelen, als een reële belemmering wordt gezien.⁴⁶

Aan de civilisten is vervolgens gevraagd welke hindernis zij als hoogste drempel beschouwen. Het meest belemmerend voor een bedrijfsopvolging tijdens leven zijn de geldelijke aanspraken van de niet-opvolgers (41,9%), gevolgd door de legitieme portie (23,3%) en de leveringsformaliteiten voor een onderneming (11,6%). Bij overlijden worden eveneens de geldelijke aanspraken van de niet-opvolgers (50%) en de legitieme portie (33,3%) genoemd, met vergelijkbare scores ten opzichte van elkaar, gevolgd door de verzorgingsvruchtgebruiken voor de langstlevende (art. 4:29, 4:30 BW) met een aanzienlijk lagere score (5,6%).

De voorkeur voor een opvolging tijdens leven of bij overlijden kan op zichzelf staan, maar zal veeleer worden bevestigd door dienovereenkomstig te handelen en daarvoor de gewenste of benodigde (juridische) maatregelen te treffen. Zo is het in dit kader zinvol om te bezien in hoeveel procent van de gevallen de voorkeur voor een opvolging bij overlijden wordt ondersteund of voltooid door het maken van een testament en tevens in hoeveel procent van de gevallen juist met het oog op deze bedrijfsopvolging daarop toegespitste uiterste wilsbeschikkingen gemaakt zijn.

Uiterste wilsbeschikkingen kunnen ook gewenst en/of noodzakelijk zijn indien de bedrijfsopvolging tijdens leven plaatsgevonden heeft, indien in deze transactie een schenking of gift is gelegen.

Blijkens het onderzoek wordt in gemiddeld 55% van de gevallen mede vanwege de bedrijfsopvolging een testament gemaakt. Indien voor een bedrijfsopvolging (bij overlijden) mede een testament wordt gemaakt, levert het gebruik van de beschikbare (erfrechtelijke) bedrijfsopvolgingsfaciliteiten het volgende beeld op.



De executeur blijkt een populaire figuur in een 'ondernemerstestament'. Het gebruik van art. 4:82 BW, waarmee de opeisbaarheid van de legitieme portie tot het overlijden van de langstlevende kan worden uitgesteld, vindt in ongeveer $\frac{3}{4}$ e van het aantal gevallen plaats. Dit is, in vergelijking met de andere scores, enerzijds een bevestiging van het erfrechtelijke belang van dit artikel. Anderzijds is het opmerkelijk dat de score de 100% niet nadert omdat deze bepaling, technisch bezien, in elk testament zou kunnen worden opgenomen.

In het ondernemerstestament wordt in 75% van de gevallen tevens voorzien in verzorgingsbeschikkingen voor de achterblijvende levensgezel en/of de kinderen. Met dergelijke beschikkingen kan de eventuele dreiging van erfrechtelijke verzorgingsaanspraken (art. 4:29, 4:30, 4:36 BW) worden weggenomen, omdat de behoefte daaraan met deze beschikkingen kan worden opgeheven.

De schenking of gift van ondernemingsvermogen kan eveneens een motief vormen voor het maken van een testament. Voor onder meer de bedrijfsopvolging mét bevoordeling van de opvolger is het zinvol om onderscheid te maken tussen een opvolging *binnen* en *buiten* de familie. Het onderzoek laat het volgende beeld zien.

⁴⁶ Art. 4:38 BW verschaft namelijk geen recht op bedrijfsopvolging maar een recht voor

de bedrijfsopvolger. Verkrijgt deze, volgens planning, na overlijden de onderneming dan

wel de aandelen van de erflater, dan kan art. 4:38 BW geen roet in het eten gooien.

Overdracht aan familie of partner versus derden en bevoordeling⁴⁷

Civilisten in %

| Familie | Bevoordeling | Derden | Bevoordeling |
|---------|--------------|--------|--------------|
| 65,5 | 57 | 26 | 7,7 |

Fiscalisten in %

| Familie | Bevoordeling | Derden | Bevoordeling |
|---------|--------------|--------|--------------|
| 70,4 | 61,8 | 26,7 | 13,15 |

In het vorenstaande is voor de bedrijfsopvolging telkens uitgegaan van de gerechtigdheid tot (de eigendom van) het ondernemingsvermogen. De in de eigendom gelegen allesomvattende gerechtigdheid veronderstelt volledige zeggenschap over het desbetreffende vermogen. Het vermogensrecht biedt evenwel mogelijkheden de zeggenschap (*control*) over het ondernemingsvermogen af te splitsen van de juridische gerechtigdheid (*ownership*) tot dat vermogen. Men kan hierbij denken aan *bewind* en *certificering*.

Het bewind is een 'oude bekende', die nieuw leven ingeblazen lijkt te zijn met de invoering van het huidige erfrecht per 1 januari 2003. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt door het feit dat het door erflater ingestelde bewind als zodanig onaantastbaar is. Legitimariissen kunnen een onder bewind gestelde verkrijging wellicht niet accepteren en deze verwerpen; aan het ingestelde bewind doet dit echter niet toe of af.

Onder het oude recht was het instituut bewind als zodanig niet doorontwikkeld en derhalve (in de praktijk) relatief onbemind. De huidige, nieuwe bewindregeling zou de practicus moeten kunnen overtuigen; daargelaten dat een uitsluitend in het belang van de rechthebbende gesteld bewind geen 'eeuwig' leven hoeft te hebben. De betreffende 'onderbewindgestelde' rechthebbende kan namelijk vijf jaren na aanvang van het bewind aan de rechter om opheffing daarvan vragen (art. 4:178 lid 2 BW).

Blijkens het onderzoek wordt een onderneming (slechts) in 23% van de gevallen onder een testamentair bewind geplaatst. Als mogelijke oorzaak zou men de 'onbekendheid' met de bewindregeling kunnen aanvoeren. Onder het oude erfrecht was het bewind immers in 'onbruik' geraakt, welk tij niet zomaar kan worden gekeerd. Ook de veronderstelde onzekerheid van het bewind, vanwege het mogelijke opheffingsverzoek, zou in de juridische praktijk wel eens kunnen betekenen dat men het bewind links laat liggen en aan de 'vertrouwde' certificering de voorkeur geeft.

De *strekking*, het doel, van het bewind is van groot belang, in het bijzonder omdat dit bepalend is voor de rechtsgevolgen van het bewind. Het onderzoek wijst uit dat de afwikkeling van de nalatenschap (47%) de dominante strek-

king vormt, gevolgd door de bescherming van de verkrijger (42%) en het belang van niet-opvolgers (31%). In nagenoeg $\frac{1}{3}$ e van de gevallen wordt een ander doel met het bewind gediend, hetgeen de bedrijfsopvolging zou kunnen zijn. Gezien de geringe belangstelling voor het testamentair bewind en het relatief weinige gebruik van het bewind als opvolgingstool, lijkt de bewindregeling (nog) geen vaste plaats in de 'bedrijfsopvolgingsgereedschapskist' te hebben gekregen.

Laatstgemelde conclusie wordt in het onderzoek onderstreept door het feit dat certificering in plaats van een bewind wordt gebruikt. Het feit dat in 67% van de gevallen met het oog op een bedrijfsopvolging wordt gecertificeerd, levert een duidelijke voorkeur voor de certificering ten opzichte van het (testamenteir) bewind op. Verder wordt in 29% van de gevallen de certificering als alternatief voor het *schenkingsbewind* gebruikt, hetgeen op zich geen score over de populariteit van het testamentair bewind oplevert, maar wel iets zegt over de verhouding tussen certificeren en bewind in de praktijk.

Vanuit *theoretisch* oogpunt zou men over de keuze voor de certificering ten nadele van het bewind nog het volgende te berde kunnen brengen. Men zou zich namelijk kunnen afvragen of met de certificering in feite een bewind in het leven is geroepen, en derhalve de *gecertificeerde goederen* onder een bewind - ingesteld in het belang van de rechthebbenden/erfgenamen - worden verkregen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst worden vastgesteld wat een bewind in feite is. Een definitie daarvan wordt echter niet gegeven in de wet. Of van een bewind sprake is, wordt bepaald door de rechtsgevolgen van de desbetreffende rechtshandeling(en). Wat als een certificering wordt aangeduid, zou een bewind kunnen zijn. Het *materiële gezichtspunt* moet prevaleren. Als bijvoorbeeld de bevoegdheden en de duur van de beschikking(en) stroken met een bewind, is daarvan ook sprake.⁴⁸

Een certificering kan mijns inziens in beginsel *niet* als een bewind worden aangemerkt.⁴⁹ Ter onderbouwing van dit standpunt kan men onder meer opmerken dat de certificeringsstructuur daarvoor te zeer afwijkt van die van een bewind.⁵⁰ Het ontbreken van een duidelijke definitie van een bewind laat vanzelfsprekend ruimte voor - rechterlijke -

⁴⁷ De overdrachten aan familie en derden zou tezamen 100% moeten zijn. Dit is echter niet het geval, omdat een aantal civilisten en fiscalisten niet in totaal 100% hebben aangegeven.

⁴⁸ Parl. Gesch. Boek 4, p. 837.

⁴⁹ Ik heb dit eerder betoogd. Burgerhart, 2003, nr. 2. Zie ook, Schols, 2004, p. 45-47; Vegter, 2004, p. 106.

⁵⁰ Voorts kan een bewind slechts in het leven worden geroepen bij een verkrijging krach-

tens erfrecht (art. 4:153 lid 1 BW) of krachtens schenking (art. 7:182 lid 1 BW) van de goederen waarop dit 'juridische verband' moet komen te rusten. Daarvan is bij een certificering geen sprake.

kwalificatie van de rechtsverhouding(en). Het zijn immers de *rechtsgevolgen* die bepalen of van een bewind sprake is. Er is sprake van een 'open stelsel'.

De onzekerheid rondom de kwalificatie van de betreffende rechtshandeling en -verhouding zou de juridische practicus wel eens kunnen doen besluiten om deze *voorwaardelijk* te maken, in die zin dat bij een 'ongewenste' of 'onverwachte' uitkomst (bijvoorbeeld in geval van een bewind met een 'houdbaarheidsduur' van slechts 5 jaren) een en ander teruggedraaid kan worden. We hebben dan met een in mindere of meerdere mate herroepelijke transactie te maken.⁵¹

Blijkens het onderzoek mag het bewind zich, zowel bij de schenking als bij de verkrijging krachtens erfrecht, *niet* op een grote belangstelling verheugen in het kader van de bedrijfsopvolging. Dit heeft mogelijk te maken met het feit dat deze rechtsfiguur zich onder het oude, tot 1 januari 2003 geldende erfrecht niet goed heeft kunnen ontwikkelen, en de onder het huidige erfrecht daarvoor verkregen tijd relatief van korte duur is. Blijkens het onderzoek lijkt de mogelijkheid van rechterlijke opheffing van het bewind na 5 jaren niet doorslaggevend voor de impopulariteit van het bewind, althans levert het geen relevante belemmering op voor een bedrijfsopvolging. In overeenstemming met dit beeld wordt dan ook slechts in 30% van de gevallen een schenkingsbewind gecombineerd met een mogelijkheid om de schenking/gift te herroepen.

3.3.2 Het erfrecht en de bedrijfsopvolging?

Bij onderzoek naar het thema Erfrecht en Bedrijf in de Nederlandse rechtsliteratuur en in de parlementaire geschiedenis van het huidige Boek 4 BW is gebleken dat de kern van de vraagstukken rondom erfrecht en bedrijfsopvolging naar tijd en plaats in feite niet (veel) verschilt; de mogelijke problemen vloeien immer voort uit of hangen samen met (materiële) beperkingen van de testeervrijheid. Het erfrecht, of het nu het oude of het nieuwe (huidige) betreft, kan immers zowel *juridische* als *economische* hindernissen voor zowel een tijdens leven, als een bij overlijden te realiseren bedrijfsopvolging opwerpen.⁵² Bij een 'onbeperkte' testeervrijheid, zoals bij een erfflater zonder echtgenoot/geregistreerde partner en/of afstammelingen, ontbreken deze hindernissen of kunnen zij worden vermeden.⁵³

Algemeen wordt aangenomen dat de kern van de invloed van het erfrecht op een bedrijfsopvolging is gelegen in de door de *legitieme portie* veroorzaakte beperking van de testeervrijheid. Tot 1 januari 2003 was de 'goederenrechtelijke legitieme portie' een tijdbom onder iedere rechtshandeling die een inbreuk op de rechten van een legitimaris maakte. Een beroep op de legitieme portie leverde erfge-

naamschap op en derhalve uitzicht op goederen, zoals bijvoorbeeld erflaters onderneming.

Met de gedaantewisseling van de legitiemeregeling per 1 januari 2003, waarbij de desbetreffende aanspraak veranderde in een (verbintenisrechtelijke) geldvordering kunnen de bedoelde *juridische* hindernissen worden geëcarteerd. De wetgever heeft met het huidige Boek 4 BW *enerzijds* de legitieme portie van een juridische hindernis in een louter economische hindernis getransformeerd, maar *anderzijds* ook andere, nieuwe hindernissen - te weten de andere wettelijke rechten (art. 4:28 e.v. BW) - gecreëerd. Deze laatstbedoelde hindernissen blijven zowel in de literatuur als in de parlementaire geschiedenis - anders dan de telkens opnieuw ten tonele gevoerde legitiemeregeling - geheel buiten beschouwing als mogelijke stoorzender voor een bedrijfsopvolging. De verklaring daarvoor kan mijns inziens worden gevonden in het 'karakterverschil' tussen de bedoelde legitimaire aanspraken. De andere wettelijke rechten verschaffen in beginsel slechts uitzicht op *verzorging* of op *billijkheid* gebaseerde aanspraken indien daaraan *behoefte* bestaat. De legitieme portie wordt daarentegen zonder meer verkregen bij de overschrijding van het deel van erflaters vermogen waarover vrij door hem kan worden beschikt.⁵⁴

In de (rechts)literatuur wordt de verandering die de inwerkingtreding van het huidige Boek 4 BW voor de (rechts)praktijk heeft meegebracht over het algemeen als ingrijpend aangemerkt. Het is echter de vraag of en in welke mate men dit in deze praktijk als zodanig beleeft. Zijn de (op theoretische grondslag gebaseerde) voorspellingen uitgekomen, of zijn de ingrijpende technische veranderingen in het erfrecht zonder gevolg voor de (advies)praktijk gebleven?

In paragraaf 3.3.1 is aangegeven dat de andere wettelijke rechten in beginsel geen belemmering (hoeven te) vormen voor een bedrijfsopvolging. Dit sluit vanzelfsprekend niet uit dat deze wettelijke rechten in een *concreet geval* de continuïteit van een onderneming kunnen bedreigen. Het onderzoek richt zich dan ook niet op de vraag *of* de testeerbeperkingen een hindernis kunnen opwerpen, hetgeen een vraag is die altijd positief zal worden beantwoord. Het gaat er meer om in welke mate deze beperkingen belemmerend *kunnen* werken dan wel de mate waarin men dat vreest. Het beeld dat hieruit is ontstaan, geeft enerzijds inzicht in de *relatieve* mate van belemmering (in de onderlinge verhouding derhalve) en anderzijds in *absolute* zin een rangorde van de belemmeringen.

De legitiemeregeling wordt in alle bedrijfsopvolgingsscenario's in relatieve zin als de grootste belemmering aangemerkt. Bij een opvolging door overlijden blijkt de legitieme portie nog vaker een belemmering te zijn dan bij leven. Deze

51 Overigens zou men deze herroepelijke rechtsverhoudingen als zodanig wellicht ook als een bewind kunnen aanmerken.

52 Zie ook §3.3.1.

53 Zie uitgebreider, Burgerhart, 2008, p. 42.

Overigens is de testeervrijheid nimmer onbegrensd. Zo mogen uiterste wilsbeschikkingen niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde zijn (art. 3:40 BW). Verder kent het erfrecht een gesloten stelsel van

uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:42 BW) en bevat Boek 4 BW hiervoor vormvoorschriften (art. 4:94 e.v. BW).

54 Zie uitgebreider, Burgerhart, 2008, p. 44.

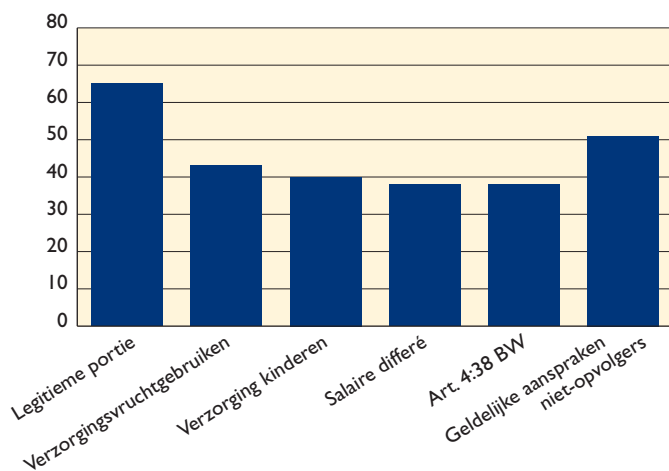
uitkomst is vanuit erfrechtelijk oogpunt consistent. Verkrijgingen krachtens erfrecht spelen te allen tijde een rol in de legitiemeregeling, terwijl hiervoor niet alle giften (bij leven) in aanmerking worden genomen en derhalve buiten de reikwijdte van een legitimaris blijven.

In absolute zin worden de geldelijke aanspraken van de niet-opvolgers als het meest belemmerend voor een bedrijfsopvolging aangemerkt. Ook hier wordt bij overlijden een hogere score dan bij leven gemeten. In deze scores komen de in het erfrecht voorkomende economische hindernissen voor een bedrijfsopvolging, waaronder de legitieme portie, tot uitdrukking.

De andere wettelijke rechten blijken in relatieve zin minder impact op een bedrijfsopvolging te hebben; zij behoren (absoluut gezien) niet tot de meest belemmerende hindernissen. Dit kan mogelijk worden verklaard door de rekenschap die men zich bij een schenking of gift van een onderneming van deze rechten geeft, hetgeen in 50% van de gevallen gebeurt. Ook indien de opvolging bij overlijden dient plaats te vinden, houdt men met deze aanspraken rekening.

Indien men de andere wettelijke rechten in hun onderlinge verhouding beschouwd, blijken de verzorgingsaanspraken van de echtgenoot en de kinderen vaker een belemmering te zijn dan het recht op het uitgestelde loon (salaire différencé)⁵⁵ en op de overdracht van erfaters onderneming.⁵⁶ Zoals hiervoor opgemerkt, is het opzienbarend dat laatstbedoeld recht relatief hoog scoort als belemmering bij overlijden. Hetzelfde beeld komt overigens terug als wordt gevraagd of men in het kader van de bedrijfsopvolging rekening houdt met dat uitgestelde loon of het bedoelde overdrachtsrecht. Met name de dreiging van het overdrachtsrecht kan niet anders dan als koudwatervrees worden aangemerkt!

In het volgende diagram komen belemmeringen voor een bedrijfsopvolging tijdens leven tot uitdrukking.



55 Op grond van art. 4:36 BW kan onder omstandigheden een som ineens worden geclaimd ter vergoeding van de niet of onvoldoende beloning van arbeid die in erfaters onderneming of in diens huishouding is verricht.

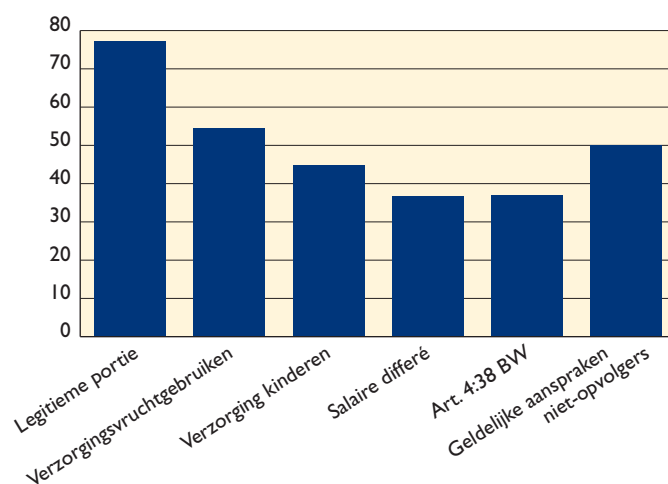
56 Zie ook §3.3.1.

57 De testamentaire last zou daarvoor in beginsel ook gebruikt kunnen worden, zij het dat deze minder waarborgen voor de opvolger biedt omdat een last voor hem geen (af-

dwingbaar) vorderingsrecht oplevert. Als bedrijfsopvolgingstool is de testamentaire last derhalve ongeschikt.

58 Zie ook §3.3.1.

Het overzicht van de belemmering voor een bedrijfsopvolging bij overlijden ziet er als volgt uit.



Het verbintenisrechtelijke karakter van de legitieme portie levert enerzijds de 'ruimte' op om in goederenrechtelijk opzicht een bedrijfsopvolging erfrechtelijk uit te werken. Anderzijds zorgt het voor de uitdaging om de bedrijfsopvolging (in economisch opzicht) niet in gevaar te brengen door legitimaire geldvorderingen. In het laatste geval gaat het derhalve om de vraag of en in hoeverre men zich rekenschap geeft van de legitiemeregeling, oftewel van de daarin besloten liggende economische hindernis voor een bedrijfsopvolging.

Aan beide bedoelde aspecten van de nieuwe legitiemeregeling is in het onderzoek aandacht besteed. Op de resultaten daarvan zal hierna worden ingegaan.

Zoals hiervoor in paragraaf 3.3.1 opgemerkt, zijn er erfrechtelijk gezien in beginsel twee methoden om de eigendom (gerechtigdheid) van de onderneming bij een opvolger te doen belanden, te weten door een *erfstelling* of een *legaat*, oftewel via een verkrijging onder algemene of bijzondere titel.⁵⁷

Erfstelling

De verkrijging onder algemene titel biedt onmiskenbare goederenrechtelijke voordelen in vergelijking met een verkrijging onder bijzondere titel, bijvoorbeeld vanwege het achterwege kunnen blijven van leveringsformaliteiten.⁵⁸ Indien op grond van het wettelijk erfrecht of de testamentaire erfstelling echter meer dan één erfgenaam opkomt, verdwijnen bedoelde voordelen als sneeuw voor de zon. In geval van een onverdeelde nalatenschap is immers de medewerking van alle erfgenamen vereist om deze gemeenschap te beëindigen, en moeten voor de overgang de leveringsformaliteiten worden nageleefd (art. 3:186 BW).

Door de opvolger echter tot *enig* erfgenaam te benoemen, worden de hiervoor bedoelde (verdelings)bezwaren geëcarteerd. Door het overlijden van de ondernemer verkrijgt de opvolger de onderneming onder algemene titel.⁵⁹ Er hoeft niet verdeeld te worden en leveringsformaliteiten blijven achterwege. Bovendien komen de eventuele 'lijken in de kast' bij de juiste persoon, oftewel de opvolger, terecht.

Meijers, de grondlegger van ons huidige BW, heeft deze 'opvolgingstool' - als opvolger van de 'verticale OBV' - al ten tonele gebracht in zijn zogenoemde, uit 1954 stammende Groene Boek:

*'Door deze regeling (legitieme in contanten; toevoeging WB) wordt verkregen, dat de erflater in zijn testament zijn goederen tussen zijn kinderen kan verdelen of dat hij de één zijn goederen en de ander een uitkering in geld toekent. Hierdoor kan het instituut, dat men nu wel eens voor dat doel gebruikt, namelijk de door de ouder tussen zijn kinderen als boedelscheiding tot stand gebrachte verdeling verdwijnen. Vergelijk de artikelen 1167-1171 BW.'*⁶⁰

Op het eerste gezicht lijken de niet-opvolgers er met deze aanpak bekaaid af te komen; zij zijn immers onterfd. Niettemin kunnen zij ruimschoots bedacht worden met legaten om hen de overige nalatenschapsgoederen te doen toekomen en om hen te laten participeren in de waarde van de onderneming.⁶¹ Men hoort in de boedelpraktijk nog wel eens dat bij een dergelijke onterving de emoties bij de 'slachtoffers' hoog oplopen; men heeft het gevoel als het zwarte schaap van de familie te worden behandeld. Mijns inziens is dat slechts beeldvorming. Qua omvang hoeven zij niets te kort te komen, terwijl deze nabestaanden (mits goed voorgelicht) zeer waarschijnlijk verheugd zijn om te vernemen dat zij géén erfgenaam zijn geworden, met alle risico's voor (ondernemings)schulden van dien.

Legaat

Het legaat verschafft de legataris een vorderingsrecht tot verkrijging van het gelegateerde goed (art. 4:117 lid 1 BW). Het legaat is een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 letter h BW). Met de benoeming van de desbetreffende lega-

taris tot een zogenoemde '*legatenexecuteur*' heeft deze in die hoedanigheid de bevoegdheid om deze schuld als vertegenwoordiger van de erfgenamen te voldoen (artt. 4:144 lid 1 en 4:145 lid 2 BW).⁶²

Met een dergelijke executeursbenoeming worden de hiervoor bedoelde overdrachtsperikelen echter niet weggenomen. De Hoge Raad heeft dat op 11 mei 1984 in de volgende bewoordingen duidelijk gemaakt:

*'Het hof is ten onrechte ervan uitgegaan dat bij legatering van een bepaalde zaak de eigendom daarvan van rechtswege op de legataris overgaat. In overeenstemming met een reeds lang algemeen aanvaarde opvatting moet immers worden aangenomen dat een zodanig legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept.'*⁶³

Door het legaat wordt van rechtswege een *vorderingsrecht* - tot overdracht (met naleving van de leveringsformaliteiten) van het gelegateerde - verkregen, maar niet van rechtswege de *gerechtigdheid* daartoe.

De afwikkeling van een legaat van een onderneming kan vanuit vermogensrechtelijk perspectief verschillende vraagstukken oproepen. Het begrip onderneming wordt als zodanig niet in het BW omschreven of gedefinieerd. In de (rechts)literatuur zijn uiteenlopende visies op het begrip waarneembaar.⁶⁴ Voor een beter begrip van de onderhavige problematiek is het echter voldoende om voor ogen te houden dat een onderneming vermogensrechtelijk wel wordt bestempeld als een 'algemeenheid van goederen', hetgeen kan worden aangeduid als een complex van rechten en verplichtingen dat als een afzonderlijk vermogen kan worden gedacht.⁶⁵ De nadruk dient te liggen op 'rechten en verplichtingen' oftewel op goederen en schulden (verbintenissen). Het legaat als vorderingsrecht ziet primair op de tot de onderneming behorende goederen, op de activa. Om te voorkomen dat de schulden bij de erfgenamen achterblijven, verdient de vormgeving van het legaat van een onderneming speciale aandacht. De betreffende uiterste wilsbeschikking zal in wezen een combinatie kunnen vormen van een legaat van de tot het ondernemingsvermogen behorende goederen met een - afdwingbaar - (sub)legaat ten laste van de

⁵⁹ Vanzelfsprekend zullen de concrete feiten en omstandigheden in een voorliggende casus bepalen of een bedrijfsopvolging via een enig erfgenaamschap de aangewezen route is. Men dient immers te bedenken dat deze variant (afgezien van de herroepelijkheid van de uiterste wilsbeschikking) wel zekerheid biedt aan de opvolger, maar geen of - afhankelijk van de gemaakte flankerende beschikkingen - minder flexibiliteit geeft. Wellicht is aan deze flexibiliteit bij een geplande ondernemersopvolging echter minder behoefte. Men wenst daarbij immers zekerheid omtrent de verkrijging van de onderneming door de opvolger.

⁶⁰ Meijers, 1954, p. 332. De 'verticale OBV'

waarop Meijers in het citaat doelde kan vanwege het 'gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen' (art. 4:42 lid 1 BW) niet meer worden gemaakt. Daaraan is onder het huidige erfrecht - zo blijkt reeds uit het aangehaalde citaat - geen behoefte meer. Via een enig erfgenaamschap, of zo men wil een verticale erfstelling in combinatie met geldlegaten kan echter hetzelfde resultaat worden bereikt. Zie ook, De verticale ouderlijke boedelverdeling mag dan wel niet meer bestaan, de 'verticale erfstelling' bestaat nog steeds, Estate-Tip Review 2004-28, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

⁶¹ Door hen tevens als executeur aan te wijzen

met de (uitsluitende) bevoegdheid om het desbetreffende legaat aan zichzelf af te geven, bevordert men een soepele afwikkeling van de nalatenschap.

⁶² Zie over de 'legatenexecuteur' in het bijzonder, Schols, 2001, nr. 6436. Zoals in de vorige noot opgemerkt, kan de bevoegdheid van deze executeur worden beperkt tot de afgifte van het legaat.

⁶³ HR 11 mei 1984, NJ 1985, 374 (Verhoeven-Peters).

⁶⁴ Zie voor verschillende visies, Burgerhart, 2008, p. 420 e.v.

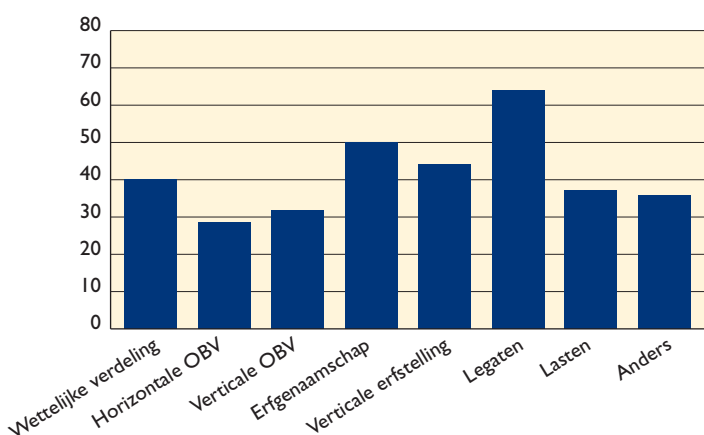
⁶⁵ Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, 2006, p. 62.

opvolger en ten behoeve van de erfgenamen tot schuld- en contractoverneming. De ‘techniek’ van een dergelijke wilsbeschikking ten spijt, zal een ‘volkomen’ overdracht van een onderneming niet zelden problematisch of onmogelijk zijn, onder meer vanwege de daarvoor na te leven formaliteiten en/of te verkrijgen medewerking (van derden).

Overigens kan een legaat van aandelen vergelijkbare problemen oproepen als een legaat van een onderneming. Naast de overdracht van de aandelen (de goederen waarop het legaat ziet) is het allerminst ondenkbaar dat verplichtingen door de legataris overgenomen moeten worden, zoals bijvoorbeeld borgstellingen en andere financiële kruisverbanden.

De *goederenrechtelijke* routes waarlangs de onderneming dan wel de aandelen van erflater bij een overlijdensopvolging kunnen worden verkregen, zijn, zoals hiervoor uiteengezet, te onderscheiden in een verkrijging onder algemene en bijzondere titel. De binnen het gesloten stelsel van Boek 4 BW beschikbare *uiterste wilsbeschikkingen* zijn de erfstelling, het legaat en de testamentaire last. Vanwege datzelfde gesloten stelsel kunnen horizontale (met toedeling aan de echtgenoot) of verticale ouderlijke boedelverdelingen (met toedeling aan een of meer kinderen) niet meer worden gemaakt. Verder kan de wettelijke verdeling, de standaard langstlevendevoorziening in het erfrecht, wellicht als bedrijfsopvolgingstool worden gebruikt, maar is zij daarvoor als zodanig niet bedoeld. Bovendien zou hiermee in beginsel slechts de langstlevende echtgenoot als bedrijfsopvolger kunnen worden geholpen.

Blijkens het onderzoek is het legaat de populairste uiterste wilsbeschikking om een bedrijfsopvolging vorm te geven, gevolgd door het erfgenaamschap in het algemeen. De verticale erfstelling heeft het legaat (nog) niet verdrongen. De verzorgingsregelingen (wettelijke verdeling en horizontale ouderlijke boedelverdeling) blijven achter, hetgeen vanuit de ratio van de regelingen niet onverklaarbaar is. De verticale ouderlijke boedelverdeling gooit evenmin hoge ogen.



Gezien de populariteit van het legaat is het interessant om te bezien of men de mogelijke afwikkelingsproblemen van deze beschikking, veroorzaakt door trainerende erfgenamen, vermijdt door een executeursbenoeming. De executeur is een gewilde figuur in het kader van de bedrijfsopvolging; in 83% van de gevallen wordt hij daarvoor benoemd. Wordt de onderneming op grond van een legaat verkregen, dan wordt in 65% van de gevallen de bedrijfsopvolger tevens als executeur aangewezen. Anders dan voor vele andere onderdelen van Boek 4 BW lijkt de executeur voor de bedrijfsopvolging zijn weg naar de (rechts)praktijk wel te hebben gevonden.

Het hiervoor bedoelde, tweede aspect van de nieuwe (huidige) legitiemeregeling heeft betrekking op de wijze waarop de (rechts)praktijk met deze erfrechtelijke claim omgaat. Ten opzichte van de tot 1 januari 2003 geldende regeling beperkt de huidige legitiemeregeling de erflater in geringere mate in zijn testeervrijheid. Hiervoor is aan de orde geweest op welke wijze men de verkregen testeervrijheid (in goederenrechtelijk opzicht) benut. Hierna zullen onderzoeksvragen aan de orde komen waarin het draait om de (centrale) vraag of en in hoeverre men zich rekenschap geeft van de legitiemeregeling.

Zoals hiervoor gezien, wordt de legitiemeregeling in relatieve en absolute zin als de grootste, erfrechtelijke belemmering voor een bedrijfsopvolging gezien. In die zin is men zich terdege bewust van de mogelijke ‘impact’ van deze rechtsfiguur. Het is vervolgens interessant om te bezien of en zo ja, in welke mate de civilisten zich hierdoor laten leiden. In het onderzoek zijn daarop verschillende vragen gericht.

De legitieme portie wordt verkregen in weerwil van *giften* en *uiterste wilsbeschikkingen*, zo bepaalt art. 4:63 lid 1 BW. De legitimaris kan onder omstandigheden bij een begiftigde ‘aankloppen’ voor zijn legitimaire geldvordering, mits de opeisbaarheid hiervan niet is uitgesteld. In combinatie met de gift houdt men in 60% van de gevallen (tevens) rekening met de uitgestelde opeisbaarheid. Het wijzigen van de inkoopvolgorde om daarmee begiftigden buiten schot te houden gebeurt in minder dan de helft van de gevallen.

In het geval dat de bedrijfsopvolging door het overlijden plaats zal vinden, gebruikt men in $\frac{3}{4}$ e van het aantal gevallen de niet-opeisbaarheidsclausule in het testament. In art. 4:82 BW waarin deze clausule aan de erflater wordt ‘aangeboden’, is vermeld dat de uitgestelde opeisbaarheid slechts geldt voor zover de legitieme portie *ten laste* van de langstlevende echtgenoot komt. Het ten laste komen betreft de *draagplicht* als bedoeld in art. 4:87 BW, waaruit blijkt dat deze voor de legitieme portie bij uiterste wilsbeschikking kan worden aangepast. Indien de opeisbaarheid van de legitieme portie met gebruikmaking van art. 4:82 BW is uitgesteld, wordt in meer dan de helft van de gevallen (57%) de volgorde voor de inkoop voor de legitimaire geldvordering aangepast. Waar-

schijnlijk zal de legitieme portie als gevolg van deze wijziging geheel ten laste van de langstlevende komen. Het is allerminst ondenkbaar dat dit wordt gedaan om de effectiviteit van de niet-opeisbaarheidsclausule te vergroten, in die zin dat de vordering in haar geheel niet opeisbaar zal zijn.

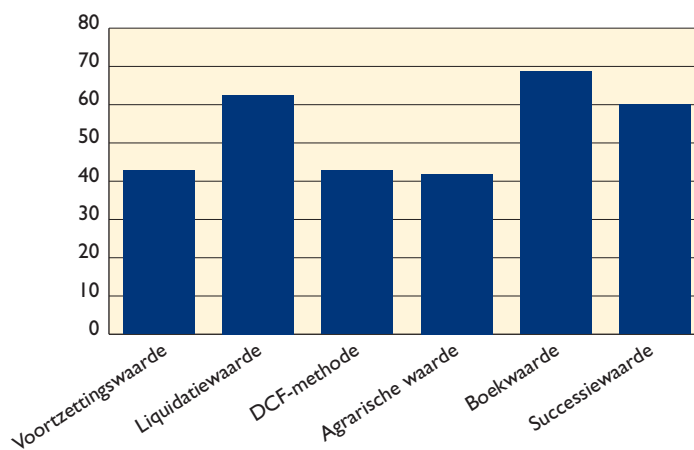
3.3.3 Een wettelijke waarderingsregeling gewenst?

Het burgerlijk recht lijkt alsmat economischer te worden, in die zin dat rechtsverhoudingen door de wetgever vaker op verbintenisrechtelijke leest, oftewel in geld, geschoeid of ingevuld worden.⁶⁶ In het erfrecht van Boek 4 BW komt dat goed tot uitdrukking, waarbij kan worden gedacht aan de wettelijke verdeling (art. 4:13 e.v. BW), de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) of de erfrechtelijke inbreng (art. 4:229 e.v. BW). In al deze onderdelen, maar ook op andere plaatsen in het erfrecht, worden de rechtsverhoudingen in economische zin geconcretiseerd door uit te gaan van bijvoorbeeld de waarde van een erfdeel of van erflaters vermogen. De wet bevat echter geen omschrijving of definitie van het begrip *waarde*, noch voor het erfrecht noch voor andere delen van het burgerlijk recht. Evenmin zijn waardebegrippen, waarderingsgrondslagen, -methoden en/of relevante -factoren in het wetboek te vinden. De sporadisch beschikbare doctrine en jurisprudentie laten evenmin een duidelijk en volledig beeld achter.⁶⁷ Men kan zich afvragen of een alsmat economischer burgerlijk recht niet vraagt om een invulling van het begrip *waarde*, al dan niet toegespitst op het (sub)rechtsgebied ten behoeve waarvan rechtsverhoudingen moeten worden geconcretiseerd.

Voor wat betreft het thema Erfrecht en Bedrijf, en de mogelijke bedreiging die de legitiemeregeling voor een bedrijfsopvolging kan vormen, ontstaat het volgende beeld. De mate waarin de legitieme portie een (economische) hindernis kan vormen, hangt primair van de *omvang* daarvan af. Het is de wetgever die (de waarde van) het vermogen van erflater deels 'reserveert' voor diens afstammelingen, welk deel gelijk is aan de helft van de zogenoemde legitimaire massa (art. 4:64 lid 1 BW). Het aandeel van een legitimaris in die helft is gelijk aan diens erfdeel volgens het wettelijk erfrecht.⁶⁸ De desbetreffende breukdelen vloeien uit de wet voort; de in geld gemeten omvang van de massa waarin de legitieme portie berekend moet worden, *niet*. Wat dat betreft verschilt het huidige erfrecht overigens niet van het oude erfrecht.

Aanknopingspunten voor het vaststellen van de waarde van die massa voor de legitiemeregeling ontbreken, zoals hiervoor reeds opgemerkt. In het onderhavige onderzoek werd met het oog daarop de behoefte aan een wettelijke waarderingsregeling gepeild.

Uit het onderzoek blijkt dat 61,3% van het aantal respondenten het ontbreken van een wettelijke waarderingsmaatstaf voor ondernemingen in het burgerlijk recht een gemis vindt. Zou daarentegen een wettelijke waarderingsregeling in Boek 4 BW opgenomen worden, dan blijkt uit het volgende diagram welke waarderingsperspectieven de voorkeur genieten.



Uit het diagram blijkt een voorkeur te bestaan voor de boekwaarde, de liquidatiewaarde en de waarde die voor de successiebelastingen in aanmerking genomen moet worden. In vergelijking met de andere perspectieven lijkt men er in ieder geval met de boekwaarde, maar wellicht ook met de beide andere invalshoeken, van uit te gaan dat deze tot een lagere waarde dan de (verkoop)waarde in het economische verkeer zal leiden. Mogelijk heeft de voorkeur voor de boekwaarde en de successiewaarde ook te maken met de behoefte aan (rechts)zekerheid op dit punt.

3.3.4 (Rand)voorwaarden voor erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

Onderhavig onderzoek naar het nut, de noodzaak en de effectiviteit van bedrijfsopvolgingsfaciliteiten levert hoe dan ook uitkomsten op over de waardering van de huidige regelingen, de 'sterke en zwakke kanten' en de mogelijke richting waarin wenselijk recht zich dient te bewegen. Ik kom op deze resultaten later terug.

Mijn dissertatieonderzoek heb ik, in het bijzonder vanuit het perspectief van de waardering die in dat onderzoek centraal stond, afgesloten met enkele aantekeningen voor de mogelijke vormgeving van erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.⁶⁹ Deze vormen een theoretisch concept dat als een mogelijke aanzet voor verdere gedachtevorming kan dienen. Ik zal hierna de inhoud van bedoelde aantekeningen op hoofdlijnen weergeven, gevolgd door relevante onderzoeksresultaten.⁷⁰

⁶⁶ Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de regels voor verrekenbedingen in het huwelijkvermogensrecht (art. 1:132 e.v. BW), maar ook aan de voorgestelde wetgeving voor de personenvennootschap (art. 7:800 e.v. NBW).

⁶⁷ Burgerhart, 2008, p. 567.

⁶⁸ Preciezer omschreven, gaat het om zijn breukdeel in de eerste parentele (art. 4:10 lid 1 onder a BW).

⁶⁹ Ik heb dat slotstuk met enig voorbehoud geformuleerd. Zie Burgerhart, 2008, p. 575.

⁷⁰ Voor de aantekeningen zelf verwijs ik naar mijn proefschrift. Burgerhart, 2008, p. 576 e.v. Het concept voor een erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsregeling kan ook worden getoetst aan andere onderdelen uit het onderhavige onderzoek.

In de bedoelde aantekeningen zijn in, willekeurige volgorde, uitgangspunten geformuleerd voor de vormgeving van een erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsregeling. Het huidige erfrecht, en dus ook de legitiemeregeling, is daarbij als uitgangspunt genomen, waarbij de legitieme portie als - enige - economische hindernis in aanmerking genomen is. Andere belangen, bijvoorbeeld de verzorging van een levensgezel en/of van minderjarige of jongmeerderjarige kinderen, zijn daarbij niet meegewogen.

Allereerst is opgemerkt dat de testeervrijheid voor erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten het vertrekpunt dient te vormen. Het is de *erflater* die, bij uiterste wilsbeschikking, bepaalt of door de opvolger van een beschikbare, wettelijke bedrijfsopvolgingsregeling gebruik kan worden gemaakt. Zou de wetgever zich hierin mengen, dan gaat dit ten koste van de testeervrijheid. Laat de erflater na om van de beschikbare faciliteiten gebruik te maken, dan zullen eventuele oplossingen met het voor alle gevallen beschikbaar staande erfrechtelijke instrumentarium gevonden moeten worden.

Verder zou slechts de verkrijging krachtens gift of erfrecht van *erflaters* onderneming, waaronder begrepen de verkrijging van aandelen in een vereenzelvigde rechtspersoon, moeten worden gefacilieerd. Ten tijde van de verkrijging dient derhalve nog van *erflaters* onderneming sprake te zijn, of dient hij in overwegende mate bij machte te zijn om te bepalen dat de winsten van de vereenzelvigde rechtspersoon hem (on)middellijk toekomen. Aan de rechter kan de bevoegdheid worden gegeven om, op verzoek van een legitimaris, te toetsen of de identiteit van de onderneming van de erflater in een concreet geval behouden is. Bijvoorbeeld indien de erflater al voor zijn overlijden - al dan niet gedwongen - de 'werkvloer' heeft verlaten. Met een dergelijke *materiële objecteis* wordt enerzijds voorkomen dat de faciliteiten ten onrechte worden benut, terwijl anderzijds de mogelijkheid wordt geboden om met concrete, wellicht onvoorziene feiten en omstandigheden rekening te kunnen houden. De rechtszekerheid hoeft met een rechterlijke toets niet in gevaar te komen.

De erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsregeling zou slechts ingezet moeten kunnen worden indien de voortzetting plaatsvindt binnen de kring van de wettelijke erfgenamen als bedoeld in art. 4:10 BW. Zonder een dergelijke kwaliteitseis is aan een faciliteit in beginsel geen behoefte, omdat het niet bezwaarlijk zou zijn om de onderneming aan de hoogste bieder te verkopen om daarmee de legitieme portie te kunnen voldoen. Een dergelijke verkoop hoeft het voortbestaan als zodanig immers niet te bedreigen. Met een kwaliteitseis brengt men bovendien tot uitdrukking dat de faciliteit het behoud van familiebedrijven ten doel heeft.

Voorts dient in erfrechtelijke zin behoefte aan de faciliteit

te bestaan. Indien en voor zover de legitieme portie geen bedreiging voor de bedrijfsopvolging is, omdat er voldoende ander vermogen voor betaling beschikbaar is of de vordering niet (geheel) voor rekening van de opvolger komt, blijft de regeling buiten toepassing.

De kern van erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten dient, gezien de mogelijke dreiging van de legitieme portie, gelegen te zijn in een *waarderings- en uitstelregeling*. De (rechts)zekerheid vraagt, voor zowel de bedrijfsopvolger als de legitimarissen, om duidelijke waarderingsgrondslagen en controleerbare, vaste termijnen. Mede met het oog hierop, heb ik geopperd om voor de vorm en de inhoud van een erfrechtelijke regeling op onderdelen aansluiting te zoeken bij de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956.⁷¹

De gedachten over die aansluiting zijn verwoord als volgt:

'Men zou echter ook voor een andere benadering kunnen kiezen, die overeenkomsten vertoont met de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Bij deze voorzieningen wordt de tegemoetkoming pas definitief indien door de bedrijfsopvolger aan een voortzettingsverplichting is voldaan.

Uitgangspunt is de legitieme portie, gebaseerd op de objectieve waarde in het economische verkeer, hetgeen onder omstandigheden derhalve de liquidatiewaarde kan zijn. Een en ander sluit bij de successiebelastingen aan. De opeisbaarheid van de legitieme portie wordt, indien de erflater dat bepaalt, uitgesteld, waarmee de meerbedoelde economische hindernis voorlopig niet hoeft te worden genomen. Naast deze uitstelregeling wordt de bedrijfsopvolging erfrechtelijk gefacilieerd door een waarderingsregeling, die echter pas voor de opvolger beschikbaar is indien erflaters onderneming gedurende een bepaalde periode daadwerkelijk wordt voortgezet. De opvolger heeft - vanaf het moment waarop hij opvolgt - uitzicht op een afrekening met de legitimarissen op basis van een op rentabiliteit of rendement gebaseerde waarde van erflaters onderneming, maar moet deze eerst 'verdienen' door die onderneming een bepaalde periode voort te zetten. In deze benadering krijgen de legitimarissen vooralsnog aanspraak op een legitieme portie, berekend op basis van de 'hoge' economische waarde. Een meerwaardeclausule in vorenbedoelde zin kan in een dergelijke regeling ontbreken; wordt niet aan de voortzettingsverplichting voldaan, dan wordt op deze (hoge) waarde met de legitimarissen afgerekend. Bovendien wordt met een dergelijke regeling voorkomen dat de voortzetting van niet-levensvatbare ondernemingen wordt gefacilieerd; ook het ontbreken van de benodigde kwaliteiten bij de voortzetter komt met deze aanpak niet voor rekening van de legitimarissen. Indien aan de voortzettingstermijn wordt voldaan, resteren de op basis van de rentabiliteit of rendement van erflaters onderne-

71 Hiermee wordt allern minst gepleit voor een integratie met de Successiewet 1956, welke

zelf de nodige herziening behoeft en wellicht binnen afzienbare tijd zal krijgen.



ming berekende legitieme porties, waarvan de opeisbaarheid wordt uitgesteld tot tien jaren na erflaters overlijden zijn verstreken. Op het moment waarop het over de verkrijging verschuldigde successierecht invorderbaar is, wordt de legitiemevordering opeisbaar.⁷²

Blijkens onderdelen van het onderhavige onderzoek, leven in de (rechts)praktijk de volgende wensen, gedachten en afkeuringen met betrekking tot erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

Art. 4:74 BW bevat thans een zogenoemd *vereenzelvigingscriterium*, als gevolg waarvan deze faciliteit, indien aan dit criterium wordt voldaan, eveneens toepasbaar is indien erflater niet voor eigen rekening een onderneming dreef, maar via een NV of BV. Het criterium houdt in dat de erflater bestuurder van die vennootschap was en alleen of samen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen hield.⁷³ Meer dan de helft van de respondenten (52,8%) vindt dit criterium te eng. Op de vraag of de voorwaarden terecht gesteld worden, is neutraal gereageerd. Evenals op de vraag of het juist is om de toegang tot erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten te laten afhangen van het belang, bijvoorbeeld in aandelen, dat *erflater*

bij de onderneming had. Daarentegen dienen de erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten volgens 80% van de respondenten afhankelijk te zijn van het belang dat de opvolger bij de onderneming verkrijgt en de voortzetting daarvan.

Indien erflaters onderneming in een onverdeelde nalatenschap belandt, zal de verdeling, waaraan alle deelgenoten hun medewerking moeten verlenen, uitwijzen of de opvolger deze toegedeeld krijgt. Blijkens het onderzoek wenst 64,9% van de respondenten een *wettelijk voorkeursrecht* voor de bedrijfsopvolger op toedeling van de onderneming bij de nalatenschapsverdeling. Een opmerkelijk hoge score omdat in de verdeling een toedeling in bedoelde zin doorgaans niet gevreesd hoeft te worden vanwege de prominente rol die de beginselen van de redelijkheid en billijkheid hierin spelen. Ruim 73% van de respondenten wenst een wettelijk recht voor de opvolger op de *overdracht* van de onderneming, mits kan worden aangetoond dat hij opvolger is. Aan deze wens lijkt met het huidige art. 4:38 BW reeds te worden voldaan.⁷⁴ Opmerkelijk is evenwel, zoals in paragraaf 3.3.1 is gebleken, dat art. 4:38 BW anderszids als een reële, erfrechtelijke belemmering voor een bedrijfsopvolging wordt gezien.

⁷² Burgerhart, 2008, p. 579 e.v.

⁷³ Zie voor uitgebreide kritiek op dit criterium, Burgerhart, 2008, p. 473 e.v.

⁷⁴ Zie over dit andere wettelijke recht ook §3.3.1.

Thans kennen de erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten *niet* de eis dat erflaters onderneming daadwerkelijk gedurende een bepaalde termijn moet worden voortgezet; het voortzettingsvoornemen lijkt onder omstandigheden voldoende. De respondenten zijn daarentegen in overwegende mate (85,5%) van mening dat voorzieningen slechts verschaft mogen worden indien de onderneming 'echt' wordt voortgezet, ook al verlangt de wet dit thans niet uitdrukkelijk.

3.3.5 Hoe gaat de rechtspraak met waardering in het erfrecht om?

De wetgever bedient zich in Boek 4 BW op ruime schaal van het begrip waarde en eveneens van de daarmee verwante begrippen prijs en tegenprestatie.⁷⁵ Zoals reeds vaker in dit verslag opgemerkt, ontbreekt een (wettelijke) omschrijving, definitie of iets dergelijks van de gebruikte begrippen. Blijkens onderzoek in erfrechtelijke waardejurisprudentie, die uitsluitend voor het oude erfrecht gewzen is, spelen erfrechtelijke waardeverwikkelingen zich vóór 1 januari 2003 uitsluitend af in en rondom de verdeling van de nalatenschap. Blijkens constante lijn in de rechtspraak, is in de verdeling een allesbepalende rol weggelegd voor de redelijkheid en billijkheid, die mede betrekking hebben op de daarbij in aanmerking te nemen waarde van de betrokken goederen en schulden.

De Hoge Raad drukte de rol van bedoelde beginselen destijds als volgt uit:

*'dat, wat in het bijzonder de waardering [...] met het oog op een boedelscheiding betreft, reeds de redelijkheid die de deelgenoten met betrekking tot hun onderlinge verdeling ten opzichte van elkander hebben te betrachten, meebrengt dat voor de waardering wordt gelet op alle factoren die de waarde van de toescheiding [...] aan een der deelgenoten voor deze bepalen, waarbij behalve aan hetgeen op het waarderingstijdstip bij overdracht [...] aan derden zou kunnen en mogen worden bedongen, moet worden gedacht aan hetgeen te dien aanzien voor de toekomst kon worden verwacht, terwijl ook de waarde die voor de deelgenoot aan wie het [...] wordt toegescheiden, voort zou vloeien uit het gebruik dat daarvan kon worden gemaakt, als factor bij de waardering in aanmerking kwam;'*⁷⁶

Onder het huidige erfrecht zullen erfrechtelijke waardeverwikkelingen zich *niet* meer per definitie in een verdeling van de nalatenschap afspelen. In de meeste gevallen leveren legitimaire aanspraken in Boek 4 BW namelijk geldvorderingen voor de rechthebbenden op. Dat geldt in het bijzonder voor de legitieme portie, die voor een bedrijfsopvolging derhalve nog slechts als economische hindernis bestaat. De rechtsverhoudingen tussen de erfgenamen en de legitimarissen zijn in de legitiemeregeling dus primair *verbintenisrechtelijk* van aard. De (met concrete fei-

ten en omstandigheden rekening houdende) verdelingswaarde speelt voor de berekening van de legitieme portie geen rol meer.

Op grond van mijn dissertatieonderzoek ben ik tot de slotsom gekomen dat in Boek 4 BW (Erfrecht) in feite *twee* stelsels kunnen worden onderkend.⁷⁷ Enerzijds het stelsel waarin *erflater* en in het bijzonder de *erfgenamen* de dienst uitmaken, en anderzijds het stelsel dat door de *wetgever* wordt beheerst. Het eerstbedoelde stelsel kan - onder omstandigheden - de volgende sub-rechtsgebieden omvatten: de wettelijke verdeling (art. 4:113 e.v. BW), de inbrengreregeling (art. 4:229 e.v. BW) en de 'vrije' verdeling van een nalatenschap. In deze rechtssferen zijn de vermogensrechtelijke rechtsverhoudingen tussen de erfgenamen in mindere of meerdere mate goederenrechtelijk van aard, en zal de mede met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid vastgestelde *verdelingswaarde* het beeld bepalen.⁷⁸ Het hiervoor bedoelde, tweede stelsel, waarin de *wetgever* als het ware over een gedeelte van erflaters vermogen beschikt, omvat de andere wettelijke rechten en de legitieme portie. De abstractie van de wetgeving alsmede het feit dat het niet de erflater en/of de erfgenamen zijn, maar de wetgever is die de omvang van de aanspraken in deze sub-rechtsgebieden bepaalt, laat mijns inziens slechts een objectieve (van de concrete feiten en omstandigheden abstraherende) waarderingsmaatstaf, te weten de (verkoop)waarde in het economische verkeer, toe. Daarvan kan slechts worden afgeweken indien de wetgever daarvoor in de wettelijke regeling ruimte biedt (bijvoorbeeld door een rechterlijke billijkheidscorrectie) of voor de bepaling van de omvang van de desbetreffende aanspraak uitdrukkelijk aansluiting zoekt bij concrete feiten en omstandigheden. Bij de berekening van de legitieme portie, ontbreken dergelijke openingen echter, waardoor de omvang daarvan primair wordt bepaald door de waarde in het economische verkeer van erflaters vermogen.⁷⁹

In het onderzoek wordt enerzijds ingegaan op de wijze waarop de praktijk met de waardeproblematiek omgaat en anderzijds op de vraag welk waardeperspectief als wettelijk uitgangspunt genomen dient te worden. Ten slotte komt de waardering in het kader van de legitiemeregeling aan de orde. Dienen ter berekening van de legitieme portie dezelfde uitgangspunten voor de waardering van een onderneming te worden gehanteerd als men in testamenten doet of in een wettelijke waarderegeling opgenomen zou kunnen worden?

In de praktijk wordt in ruim $\frac{2}{3}$ e van de gevallen een waarderingsmethode in een testament opgenomen ter bepaling van de 'prijs' van een onderneming. De populariteit van de verschillende methoden blijkt uit het volgende diagram.

⁷⁵ Zie voor een overzicht, Burgerhart, 2008, p. 49-52.

⁷⁶ HR 23 december 1965, NJ 1967, 44

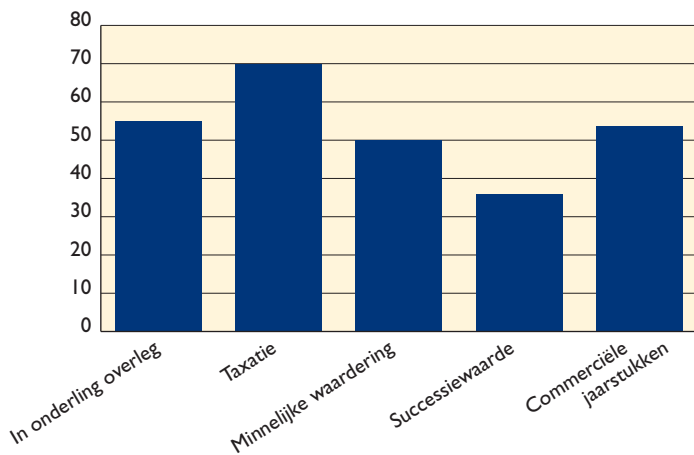
(Hendriksen-Maatkamp).

⁷⁷ Burgerhart, 2008, p. 234 e.v.

⁷⁸ De wettelijke verdeling neemt hierin een bij-

zondere plaats in. Zie daarover, Burgerhart, 2008, p. 153 e.v.

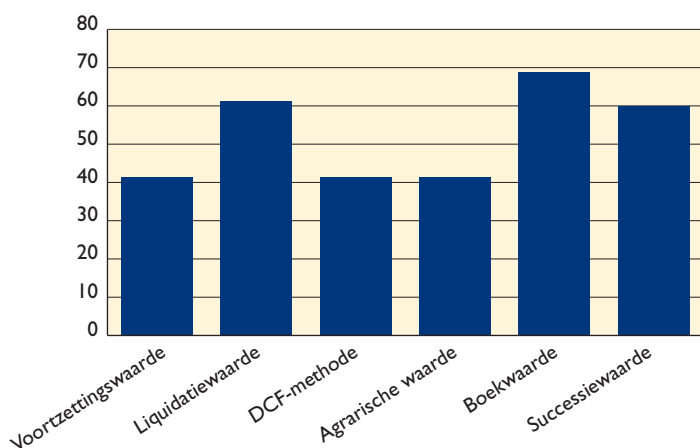
⁷⁹ Burgerhart, 2008, p. 569.



De populairste methode is de waardebepaling op grond van een door een deskundige te verrichten taxatie. Met deze aanpak wordt slechts aangegeven wie de waarde dient te bepalen, en niet vanuit welk perspectief en/of op basis van welke waarderingsgrondslagen de waarde moet worden bepaald.

De veelvuldige aandacht die, blijkens het vorenstaande, de waardering in het testament krijgt, kan waarschijnlijk worden verklaard uit de behoefte die in de (rechts)praktijk bestaat aan zekerheid over de te hanteren waarde. Dit wordt bevestigd door de behoefte die bij ruim 70% van de respondenten bestaat aan de mogelijkheid dat ouders en kinderen, in weerwil van de legitiemeregeling, bindende afspraken over de waarde zouden moeten kunnen maken. In mindere mate, maar ruim de helft van de respondenten, vindt bovendien dat erflater eenzijdig een onaantastbare waarderingsmethode voor de onderneming aan zijn legitiमारissen moet kunnen opleggen.

In het volgende diagram wordt weergegeven welke waarden men geschikt vindt om voor de toepassing in het erfrecht als *wettelijk* uitgangspunt te dienen.



Zoals hiervoor in paragraaf 3.3.3 reeds opgemerkt blijkt uit het diagram dat een voorkeur bestaat voor de boek-

waarde, de liquidatiewaarde en de waarde die voor de successiebelastingen in aanmerking genomen moet worden. In vergelijking met de andere perspectieven lijkt men er met de boekwaarde, maar wellicht ook met de beide andere invalshoeken, van uit te gaan dat deze tot een lagere waarde dan de (verkoop)waarde in het economische verkeer zal leiden. Hieruit valt echter niet af te leiden of men voor wat betreft de waardering onderscheid maakt of wenst te maken al naar gelang het erfrechtelijke onderwerp (sub-rechtsgebied) ten behoeve waarvan de waarde moet worden bepaald.

Het feit dat nagenoeg 60% van de respondenten negatief reageert op de stelling dat voor de legitiemeberekening van de 'successiewaarde' moet worden uitgegaan, ook als dit ten koste van legitimarissen gaat, zou men als een aanwijzing voor een genuanceerdere benadering kunnen zien maar ook als de wens om tot een redelijke vermogensdeling te komen.

3.3.6 De belangenafweging tussen bedrijfsopvolging, verzorging, etc.

Het erfrecht brengt door het overlijden van een natuurlijk persoon diens vermogen als het ware in beweging. De 'richting' waarin dit vermogen zich zal bewegen, wordt in beginsel door de wetgever en/of de erflater bepaald. Indien giften en uiterste wilsbeschikkingen ontbreken, geeft de wetgever de route aan. Mèt giften en/of uiterste wilsbeschikkingen bepalen de erflater en de wetgever in feite tezamen de koers, althans binnen 'gezinsverband' waarin legitiemere aanspraken een rol kunnen spelen. De wensen van een erflater omtrent de bestemming van zijn vermogen kunnen immers worden gecorrigeerd door de wetgever met bijvoorbeeld de legitiemeregeling en de verzorgingsaanspraken.

De richting waarin het nalatenschapsvermogen zich beweegt of dient te bewegen, wordt mede bepaald door verschillende belangen die bij het overlijden reeds bestaan of op dat moment ontstaan. Te denken valt aan het ongestoord voortleven van de langstlevende echtgenoot, aan de verzorging en opvoeding/levensonderhoud en studie van kinderen, aan de minimumverzekering door legitimarissen en aan de bedrijfsopvolging. Deze belangen fungeren in een nalatenschap in feite als communicerende vaten: wat de één krijgt, is niet beschikbaar voor de ander. De 'koek' kan namelijk maar één keer worden verdeeld. Het ongestoord voortleven door de langstlevende kan dan ook op gespannen voet staan met de legitieme portie van de afstammelingen en/of met de bedrijfsopvolging. De afweging van bedoelde belangen geschiedt door de erflater en/of de wetgever, die in de concretisering daarvan de richting bepaalt waarin diens vermogen zich dient te bewegen. Onder omstandigheden zal de door erflater gemaakte afweging - via legitiemere aanspraken - door de wetgever worden gecorrigeerd.⁸⁰

⁸⁰ Burgerhart, 2008, p. 236.

In de door de wetgever gemaakte belangenafweging kan bovendien een zekere pikorde worden onderkend. Zo nemen de zogenoemde sommen ineens (voor onder meer de verzorging en opvoeding van kinderen) de hoogste plaats op deze rangorde in, gevolgd door de verzorgingsaanspraken van de echtgenoot/geregistreerde partner. De legitimaris komt als laatste 'aan de beurt'. De bedrijfsopvolging komt als zodanig in beeld in art. 4:38 BW, in welke bepaling aan de bedrijfsopvolger een correctiemiddel wordt verschafte indien deze na overlijden onverhoopt niet de beschikking krijgt over erflaters ondernemingsvermogen (of diens aandelen). Voor wat betreft de bedrijfsopvolging ligt in het erfrecht echter de nadruk op de voorzieningen die de *erflater* treft.

Wat vindt men in de (rechts)praktijk van de door de wetgever gemaakte belangenafweging? Komt deze overeen met de afweging die de rechtsgebruikers maken? Het onderzoek bevat verschillende vragen en stellingen waarmee tot uitdrukking kan worden gebracht welke belangen in de boedel het zwaarste moeten wegen.

Het belang bij de continuïteit van de onderneming blijkt in de praktijk 'hand in hand' te kunnen gaan met het verzorgingsbelang; in 75% van de gevallen worden in een ondernemerstestament eveneens verzorgingsbeschikkingen voor de achterblijvende levensgezel en/of kinderen gemaakt. Er is dus allerm minst sprake van 'óf-óf', maar van 'én-én'. In het algemeen blijkt de focus breder te zijn dan op de onderneming en de voortzetting daarvan. Bij een bedrijfsopvolging, zowel tijdens leven als bij overlijden, wordt tevens rekening gehouden met de belangen van niet-opvolgers en worden zij in geld of goederen gecompenseerd. In de helft van de gevallen is het gebruikelijk dat de opvolger en de niet-opvolger(s) even veel uit erflaters nalatenschap verkrijgen.

Van de respondenten vindt 83% dat de verzorgingsbelangen van gezinsleden niet hoeven te wijken voor het bedrijfsopvolgingsbelang in geval van een schenking/gift van een onderneming. Een minderheid, zij het een geringe, van 43,4% vindt dat de legitieme portie van niet-opvolgende kinderen in een dergelijk geval wel moet wijken. Anderzijds vindt bijna 77% van de respondenten dat de bedrijfsopvolging niet mag worden gedwarsboomd door erfrechtelijke, financiële claims, waarbij vanzelfsprekend aan de legitieme portie kan worden gedacht. Verzorgingsaanspraken (levensonderhoud daaronder begrepen) van gezinsleden prevaleren volgens ruim $\frac{2}{3}$ e van de respondenten boven een bedrijfsopvolging.

Blijkens het vorenstaande lijkt het erop dat het verzorgingsbelang domineert, gevolgd door de bedrijfsopvolging. De legitieme portie dient te wijken, in het bijzonder indien de bedrijfsopvolging erfrechtelijk wordt vormgegeven.

3.3.7 Als niet-opvolgers al mogen meedelen, hoe dan?

Een onderneming vertegenwoordigt veelal het in waarde omvangrijkste bestanddeel van erflaters vermogen. In de wens en de noodzaak dat dit ondernemingsvermogen bij de bedrijfsopvolger terecht komt, kan het erfrecht, zoals hiervoor reeds betoogd, economische hindernissen opwerpen. In het bijzonder kan aan de legitieme portie worden gedacht. Deze vormt als het ware de door de wetgever verschafte ondergrens van de medegerechtigdheid tot de waarde van de onderneming.

Indien erflater de niet-opvolger(s) wil laten meedelen in de waarde van de onderneming, kan hij zich vanzelfsprekend qua omvang beperken tot het niveau van de legitieme portie. Verkrijgt de niet-opvolger minder, dan kan hij zijn verkrijging met een aanspraak op de legitieme portie aanvullen. De verkrijging van een niet-opvolger kan in omvang ook gelijk zijn aan die van de opvolger.

Naast de omvang van de aanspraak van de niet-opvolger(s) is (het moment van) de opeisbaarheid daarvan belangrijk. Op welk moment dient de opvolger liquide middelen ter beschikking te hebben om de niet-opvolger(s) te betalen?

Indien de erflater de niet-opvolger(s) in de waarde van de onderneming mee laat delen, kan hij tevens bepalen wanneer deze aanspraak verzilverd kan worden. Hierbij moet worden bedacht dat geldlegaten die later dan zes maanden na erflaters overlijden opeisbaar zijn, straffeloos door de desbetreffende legataris kunnen worden verworpen, waarna hij zijn wel na zes maanden opeisbare legitieme portie bij de opvolger kan komen ophalen. De erflater heeft van de wetgever één op de bedrijfsopvolging gerichte faciliteit verkregen, welke is te vinden in art. 4:74 BW. Door in een uiterste wil bij een in termijnen opeisbaar geldlegaat de beweegreden daarvoor, met de 'sacrale' woorden 'dat zonder deze beschikking de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt', wordt de legataris voor een voldongen feit gesteld. Mocht hij dit legaat namelijk niet accepteren, komt hem in plaats daarvan (zoals hiervoor geschetst) geen legitieme portie toe.⁸¹

Art. 4:74 BW kan - zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis - worden gezien als een van de voorzieningen, 'die een bevredigende gang van zaken kunnen bevorderen, waarbij met name moet worden gedacht aan waarborgen voor een intact blijven van een bedrijf, voor voorkoming van ongewenste liquidatie tegen de bedoeling van de erflater'.⁸² Art. 4:74 BW maakt een vlotte voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater mogelijk, zo gaf de minister destijds aan.⁸³ Het artikel bevat op het eerste gezicht een eenvoudig toepasbare, erfrechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteit.⁸⁴

Het is de vraag of art. 4:74 BW de weg naar de praktijk al

81 Zie over de mogelijke rol van deze bepaling in het kader van een bedrijfsopvolging onder meer, Burgerhart, 2005, p. 401 e.v.

82 Parl.Gesch. Boek 4, p. 462.

83 Parl.Gesch. Boek 4, p. 468.

84 Op de 'techniek' van deze bepaling valt ech-

ter wel het nodige aan te merken. Zie daarover uitgebreid, Burgerhart, 2005, p. 457 e.v.

heeft gevonden? Blijkens het onderzoek wordt in meer dan de helft van de gevallen (55%) in een ondernemerstestament van art. 4:74 BW gebruik gemaakt.

3.3.8 Hoe zit het met meerwaardeclausules?

Een meerwaardeclausule in een opvolgingstransactie houdt doorgaans in dat de voortzetter van het bedrijf bij een vervreemding of liquidatie daarvan binnen een bepaald aantal jaren na de verkrijging de meerwaarde van de onderneming (het verschil tussen de vervreemdingsprijs of de liquidatiewaarde en de verkrijgingsprijs) moet verrekenen met zijn ouders en/of broers en zussen. Uit de aard van de clausule wordt zij opgenomen in overeenkomsten die resulteren in een vermogensverschuiving naar de verkrijger. Deze dient het verkregen vermogen immers onder voorwaarden te retourneren en/of te delen met bijvoorbeeld naaste verwanten.

Een in verband met deze clausule relevante vraag is, of het wél of juist het níet overeenkomen van een dergelijk beding als een *gift* kan worden aangemerkt. In de (rechts)literatuur zijn hierover uiteenlopende standpunten te onderkennen. Wat doet de praktijk?

Het onderzoek laat zien dat in $\frac{2}{3}$ e van de gevallen bij een schenking of gift van ondernemingsvermogen in een meerwaardeclausule wordt voorzien.⁸⁵ In het gebruik van een dergelijke clausule kan de wens worden onderkend om afstammelingen in min of meerdere mate gelijk te behandelen. Dit kan ook uit andere onderdelen van het onderzoek worden afgeleid. Zo blijkt in ruim 60% van de gevallen bij een schenking/gift van ondernemingsvermogen compensatie van de niet-opvolger(s) in geld of goederen plaats te vinden. Hieruit kan eveneens de wens tot gelijke behandeling worden afgeleid.

⁸⁵ De geringe standaarddeviatie brengt bovendien een grote mate van 'eensgezindheid' tot uitdrukking.

Hoofdstuk 4

Fiscaalrechtelijke uitkomsten



4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de fiscaalrechtelijke uitkomsten van de enquête besproken. In paragraaf 4.2 worden enige kenmerken gegeven met betrekking tot de fiscalisten die de enquête hebben ingevuld en de door hen verrichte bedrijfsopvolgingen. In paragraaf 4.3 wordt ingegaan op de noodzakelijkheid van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, in paragraaf 4.4 op het gebruik van de faciliteiten en in paragraaf 4.5 op de effectiviteit ervan.

4.2 Kenmerken fiscalisten en verrichte bedrijfsopvolgingen

4.2.1 Kenmerken fiscalisten

In totaal hebben 204 fiscalisten de enquête ingevuld. 68,2% van de fiscalisten vervult de functie van belastingadviseur, 28,8% die van accountant en 3% is boekhouder. 82% van de fiscalisten is man en 18% is vrouw. De gemiddelde leeftijd is 41 jaar, waarbij de jongste 22 jaar oud is en de oudste 62 jaar. 72,7% van de fiscalisten heeft een wetenschappelijke opleiding en 22,2% een hogere beroepsopleiding; 5,1% heeft een lagere opleiding. Van de fiscalisten houdt 8,7% zich voornamelijk of alleen maar bezig met overdrachten in de landbouw en visserijsector.

Van de fiscalisten geven er 37 aan niet betrokken te zijn bij een bedrijfsopvolging. Aan deze groep zijn geen nadere vragen gesteld. Van de fiscalisten die wel betrokken zijn bij bedrijfsopvolgingen (167 fiscalisten), begeleiden er 101 zowel bedrijfsopvolgingen in de winstsfeer als in de aanmerkelijkbelangsfeer (60,5%). 18 van hen zijn alleen betrokken bij overdrachten in de winstsfeer (10,8%) en 48 alleen in de aanmerkelijkbelangsfeer (28,7%).

De rol van de fiscalisten bij de bedrijfsopvolging is in de volgende tabel weergegeven.

Rol fiscalist bij bedrijfsopvolging

| Rol bij de bedrijfsopvolging | % |
|---|------------|
| Adviseur op fiscaal terrein | 43 |
| Adviseur/begeleider van het gehele opvolgingstraject | 42 |
| Adviseur op zowel fiscaal als civiel terrein | 9 |
| Anders | 4 |
| Uitsluitend uitvoerder van door anderen verstrekte adviezen (bijvoorbeeld het opstellen en passeren van de benodigde akte(n), het opstellen van belastingaangiften, etc.) | 2 |
| Adviseur op civiel terrein | 0 |
| Totaal | 100 |

4.2.2 Aantal bedrijfsopvolgingen

Aan de 167 fiscalisten is gevraagd hoeveel bedrijfsopvolgingen zij ongeveer per jaar begeleiden. In totaal begeleiden de fiscalisten 1.180 bedrijfsopvolgingen, waarvan 582 in de winstsfeer en 598 in de aanmerkelijkbelangsfeer. Het totaal gemiddelde aantal overdrachten per jaar per fiscalist is 7,1 overdrachten.⁸⁶ Het aantal bedrijfsopvolgingen in de winstsfeer (582) afgezet tegen het aantal fiscalisten dat in de winstsfeer bedrijfsopvolgingen begeleidt (119), leidt tot een gemiddelde van 4,9 bedrijfsopvolgingen per jaar. De 149 fiscalisten die in de aanmerkelijkbelangsfeer werkzaam zijn, begeleiden gemiddeld 4 bedrijfsopvolgingen per jaar. Het minimale aantal bedrijfsopvolgingen dat een fiscalist per jaar begeleidt is 1 (45x) en het maximale aantal is 50 (1x). Uit de tabel hieronder blijkt ook dat een grote groep fiscalisten betrokken is bij een klein aantal bedrijfsoverdrachten, en omgekeerd een kleine groep fiscalisten bij een relatief groot aantal bedrijfsopvolgingen. In de onderstaande tabel is het

Aantal bedrijfsopvolgingen per fiscalist per jaar

| Aantal overdrachten | Winstsfeer | | | Aanmerkelijkbelangsfeer | | | | |
|---------------------|-------------|-------------|---------------------|-------------------------------|-------------|-------------|---------------------|-------------------------------|
| | Fiscalisten | | Aantal overdrachten | Gemiddeld aantal overdrachten | Fiscalisten | | Aantal overdrachten | Gemiddeld aantal overdrachten |
| | Aantal | % | | | Aantal | % | | |
| 0 | 11 | 9 | 0 | 0 | 6 | 4 | 0 | 0 |
| 1-5 | 83 | 70 | 229 | 2,8 | 112 | 75 | 283 | 2,5 |
| 6-10 | 16 | 13 | 153 | 9,6 | 24 | 16 | 200 | 9,2 |
| 10-50 | 9 | 8 | 200 | 22,2 | 7 | 5 | 115 | 16,4 |
| Totaal | 119 | 100% | 582 | | 149 | 100% | 598 | |

⁸⁶ In totaal geven overigens 17 fiscalisten (11 in de winstsfeer en 6 in de aanmerkelijkbelangsfeer) aan wel bedrijfsopvolgingen te begeleiden, maar zij geven daarbij geen aantallen op.

Indien deze groep wordt geëlimineerd en wordt uitgegaan van 150 fiscalisten, bedraagt

het gemiddelde 7,8 bedrijfsopvolgingen per fiscalist per jaar.

Overdracht aan familie of partner versus derden en bevoordeling⁸⁷

Civilisten in %

| Familie | Bevoordeling | Derden | Bevoordeling |
|---------|--------------|--------|--------------|
| 65,5 | 57 | 26 | 7,7 |

Fiscalisten in %

| Familie | Bevoordeling | Derden | Bevoordeling |
|---------|--------------|--------|--------------|
| 70,4 | 61,8 | 26,7 | 13,15 |

gemiddelde aantal bedrijfsopvolgingen per fiscalist aangegeven, verdeeld over drie groepen: 1 en 5 overdrachten per jaar, 6 en 10 overdrachten per jaar en meer dan 10 overdrachten per jaar. Hierbij is *geen* rekening gehouden met de fiscalisten die aangeven wel bedrijfsopvolgingen te begeleiden, maar daarbij geen aantallen hebben genoemd (17 fiscalisten).

Uit de tabel, blijkt dat het merendeel van de fiscalisten tussen de 1 en de 5 bedrijfsopvolgingen per jaar begeleidt. Bijna 70% van de fiscalisten begeleidt in de winstfeer gemiddeld 2,8 bedrijfsopvolgingen per jaar. In de aanmerkelijkbelang sfeer begeleidt 75% gemiddeld 2,5 bedrijfsopvolgingen per jaar.

Op zich is het geen bijzondere uitkomst dat een grote groep fiscalisten weinig bedrijfsopvolgingen begeleidt. Het aantal geschatte bedrijfsopvolgingen dat jaarlijks plaatsvindt, ligt tussen de 10.000 en de 18.000. Uit onderzoek van het EIM uit 2004 blijkt dat er daadwerkelijk 11.000 bedrijfsopvolgingen per jaar plaatsvinden. Indien deze aantallen alleen al worden afgezet tegen het aantal CB-, FB- en NOB-leden, in totaal 10.700 leden, waarbij overigens enige overlap kan bestaan, dan bedraagt het aantal gemiddelde bedrijfsopvolgingen per lid van één van de genoemde beroepsgroepen 1,02 per jaar bij 11.000 overdrachten per jaar en 1,7 bij 18.000 overdrachten per jaar. Het feitelijke gemiddelde zou echter nog lager moeten liggen, aangezien hier alleen maar is gerekend met leden van het CB, de FB en de NOB en er in de praktijk professionals werkzaam zijn die geen lid zijn van één van de genoemde beroepsgroepen, zoals bijvoorbeeld (register)accountants.

Het onderzoek geeft een hoger gemiddelde te zien aan begeleide bedrijfsopvolgingen per fiscalist per jaar, dan hiervoor is uitgerekend. Dit kan mogelijk worden verklaard door het feit dat fiscalisten die meerdere bedrijfsopvolgingen per jaar begeleiden eerder geneigd zullen zijn om de enquête in te vullen. Bovendien is voor het gemiddelde aantal bedrijfsopvolgingen van de onderzochte populatie fiscalisten alleen rekening gehouden met fiscalisten die minimaal 1 bedrijfsopvolging per jaar begeleiden, terwijl er ook fiscalisten zijn die er geen begeleiden. Duidelijk is in ieder geval dat het begeleiden van een bedrijfsopvolging geen dagelijks werk is van de fiscalist. Dit neemt niet weg dat veel van zijn klanten eens tegen een bedrijfsopvolging zullen aanlopen, zodat de fiscalist wel voorbereidingen zal moeten treffen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het opzetten van een goede structuur voor het geval dat de bedrijfsopvolging zich aandient.

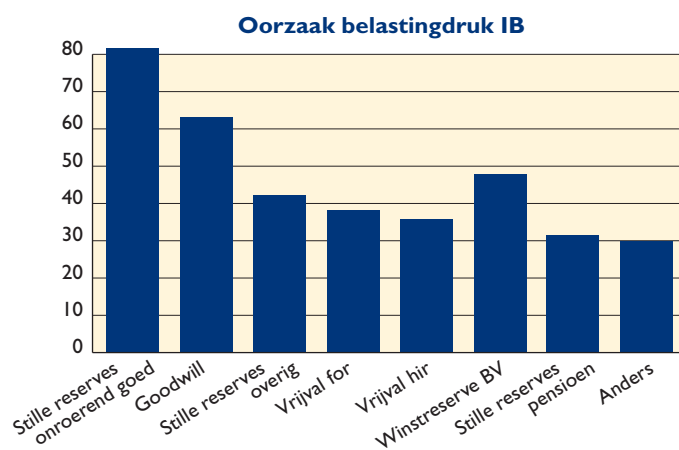
4.2.3 Bedrijfsopvolgingen aan familie/partner versus aan derden en bevoordeling

Aan de fiscalisten is gevraagd te schatten in hoeveel gevallen de overdracht van de onderneming aan de familie of partner plaatsvindt en in hoeveel gevallen aan een derde. Ook is gevraagd of daarbij een bevoordeling heeft plaatsgevonden. In tabelvorm ontstaat het beeld, zoals bovenaan de pagina is weergegeven.

De verschillen tussen de civilisten en de fiscalisten zijn marginaal, behoudens de bevoordeling van derden. De fiscalisten geven aan dat naar hun schatting in 13,15% van de overdrachten aan een derde sprake is van een bevoordeling, terwijl de civilisten komen tot 7,7% van de gevallen. Verder bestaat er een grote voorkeur voor overdrachten aan de familie. In hoofdstuk 2 is aangegeven dat in zijn algemeenheid bij ondernemers de voorkeur bestaat om de onderneming over te dragen binnen de familie en dan met name aan de kinderen, maar dat de voorkeur voor de familieoverdracht op zijn retour zou zijn. Zo constateerde het EIM in een onderzoek uit 2004 een daling van de overdracht binnen de familie; 6 tot 15 jaar geleden was dat nog 60% tegen 40% in de 5 jaar voordat het onderzoek plaatsvond. Ons onderzoek lijkt een indicatie dat de voorkeur weer verschuift naar overdrachten binnen de familie. Om daar meer duidelijkheid over te krijgen zou nader onderzoek verricht moeten worden.

4.2.4 Oorzaak belastingdruk inkomstenbelasting en schenkings- en successierecht

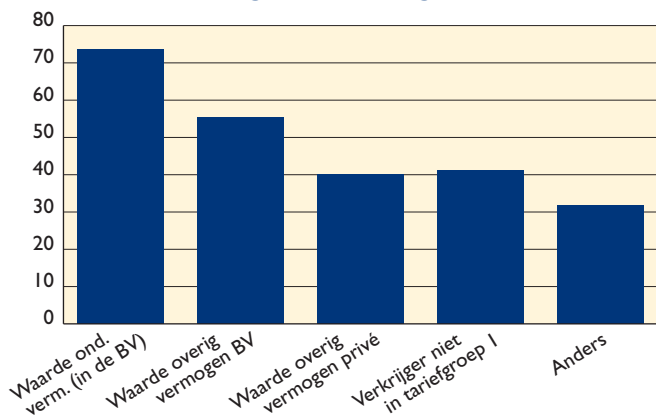
Aan de fiscalisten is gevraagd welke factoren de oorzaak zijn voor de belastingdruk voor de inkomstenbelasting en het schenkings- en successierecht. Dit geeft het volgende beeld te zien.



⁸⁷ De overdrachten aan familie en derden zou tezamen 100% moeten zijn. Dit is echter niet

het geval, omdat een aantal civilisten en fiscalisten niet in totaal 100% hebben aangegeven.

Oorzaak belastingdruk schenkings- en successierecht



De invullers zijn verdeeld over het antwoord welke van de twee heffingen voor de meeste knelpunten zorgt. 47,9% geeft aan de inkomstenbelasting als groter knelpunt te zien dan het schenkings- en successierecht en 52,1% is de omgekeerde mening toegedaan.

4.3 Zijn de fiscale faciliteiten noodzakelijk?

4.3.1 Inleiding

De fiscale faciliteiten hebben tot doel ervoor te zorgen dat de continuïteit van de onderneming niet wordt gefrustreerd door de fiscale heffing.⁸⁸ De noodzaak van de faciliteiten is bij de invoering ervan niet onderzocht.

Om de noodzakelijkheid van de faciliteiten te kunnen beoordelen, is aan de fiscalisten een aantal stellingen voorgelegd en daarnaast gevraagd in welke mate zij de uitstelregelingen in de inkomstenbelasting, de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting, de successierechtfaciliteiten en de schenkingsrechtfaciliteiten noodzakelijk oordelen, op een schaal van 1 tot 5, waarbij 1 staat voor nooit en 5 voor altijd.

Om de uitkomsten te kunnen duiden, is uitgegaan van de volgende bandbreedtes en kwalificaties:

- 0 - 20%: (nagenoeg) geen noodzaak
- 20% - 40%: weinig noodzaak
- 40% - 60%: gemiddelde noodzaak
- 60% - 80%: vaak noodzaak
- 80% - 100%: (nagenoeg) altijd noodzaak

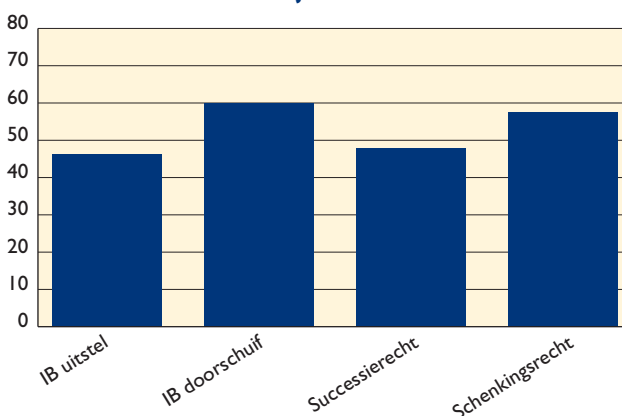
Bij de uitkomsten op deze vraag moet worden gerealiseerd dat aan de fiscalisten om hun mening is gevraagd. De uitkomsten hoeven dus geen weerspiegeling van de praktijk te zijn. De stellingnames die uit de uitkomsten volgen, kunnen aanleiding zijn om te onderzoeken in hoeverre de schatting en mening van de fiscalisten overeenstemmen met de daadwerkelijke praktijk. Hierna zullen eerst de resultaten worden gegeven, gevolgd door mijn interpretatie daarvan, dat uitmondt in een stellingname.

⁸⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking van de ratio's Hoogeveen, 2004, § 1.3.

4.3.2 Resultaten noodzakelijkheid

Zoals in paragraaf 4.2.4 al aangegeven, zijn de invullers verdeeld over het antwoord welke heffing voor de meeste knelpunten zorgt. 47,9% geeft aan de inkomstenbelasting als groter knelpunt te zien dan het schenkings- en successierecht en 52,1% is de omgekeerde mening toegedaan. Op voorhand kan dus niet worden gesteld dat de faciliteiten voor de ene heffing meer noodzakelijk zijn dan voor de andere. Dit stemt overeen met de uitkomsten op de vraag in welke mate de fiscalisten de (groepen van) faciliteiten noodzakelijk oordelen, in die zin dat de onderneming anders niet kan voortbestaan. Daaruit blijkt dat de faciliteiten voor de inkomstenbelasting (52,5) en de faciliteiten voor het schenkings- en successierecht (51,3) in gelijke mate noodzakelijk worden geacht.

Noodzakelijkheid faciliteiten



Uit de grafiek blijkt dat naar de mening van de fiscalisten alle vier de groepen van faciliteiten gemiddeld noodzakelijk worden beoordeeld (40% - 60%). Binnen de inkomstenbelasting worden de doorschuifregelingen iets meer noodzakelijk geoordeeld dan de uitstel van betalingsregelingen voor de inkomstenbelasting. De faciliteiten voor het schenkingsrecht worden iets noodzakelijker geoordeeld, dan die voor het successierecht. De verschillen zijn echter zo klein dat daaraan geen conclusies kunnen worden verbonden, mede omdat het om inschattingen van de fiscalisten gaat. Opvallend is dat op de stelling dat de 75%-vrijstelling voor het schenkings- en successierecht noodzakelijk is, 84,5% van de fiscalisten aangeeft het eens te zijn met deze stelling, waarbij de noodzakelijkheid in de stelling niet nader is gedefinieerd. 65% van de fiscalisten geeft echter ook aan het eens te zijn met de stelling dat een ruime uitstel van betalingsregeling voldoende zou zijn om de belastingheffing als knelpunt bij een overdracht weg te nemen.

4.3.3 Interpretatie en stellingname

I De uitkomsten ten aanzien van de noodzaak voor de schenkings- en successierechtfaciliteiten sluiten niet helemaal op elkaar aan. 85% van de fiscalisten geeft aan de ene kant aan de 75%-vrijstelling noodzakelijk te oordelen. Aan de andere kant wordt de noodzaak van alle schen-

kings- en successierechtfaciliteiten minder noodzakelijk geoordeeld, namelijk gemiddeld noodzakelijk en geeft 65% van de fiscalisten aan dat de problemen ook weggenomen kunnen worden met een ruime uitstel van betalingsregeling. Als een faciliteit noodzakelijk is, dan zou dat uit moeten sluiten dat een uitstel van betalingsregeling ook voldoende is. Onderzocht zou moeten worden of de schatting van de fiscalisten dat in 85% van de gevallen de vrijstelling voor het schenkings- en successierecht noodzakelijk is juist is, of dat een uitstelregeling ook de problemen weg zou kunnen nemen. Eenzelfde onderzoek zou moeten plaatsvinden ten aanzien van de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting. Een uitstel van betalingsregeling is vanuit de draagkrachtgedachte die aan de inkomstenbelasting en ook aan het schenkings- en successierecht ten grondslag ligt in ieder geval te prevaleren boven een doorschuifregeling of een vrijstelling. Bovendien sluit een uitstel van betalingsregeling beter aan bij de doelstelling van de faciliteiten, namelijk het voorkomen van continuïteitsproblemen voor de onderneming als gevolg van het moeten betalen van belasting. Daarmee is sprake van een mogelijk financieringsprobleem, dat bij uitstek opgelost zou kunnen en wellicht zelfs zou moeten worden via een uitstel van betalingsregeling.⁸⁹

Stellingname 1

De schatting van de fiscalisten dat in 85% van de gevallen de 75%-vrijstelling noodzakelijk is, lijkt hoog gezien het feit dat 65% ook aangeeft dat een uitstelregeling voldoende is om de problemen weg te nemen.

Stellingname 2

De problemen bij een bedrijfsopvolging als gevolg van de belastingheffing zouden wellicht weggenomen kunnen worden door een ruime uitstel van betalingsregeling.

2 De mate van noodzakelijkheid voor de schenkingsrecht-faciliteiten ligt iets hoger (55%) dan voor de faciliteiten voor het successierecht (47%), maar het verschil is zo klein dat dit niet als wezenlijk valt te beschouwen. Overigens zou aan de ene kant verwacht kunnen worden dat de noodzaak voor schenkingsrechtfaciliteiten kleiner zou zijn dan die voor het successierecht. Overlijden is vaak niet voorzienbaar. Als gevolg van de verkrijging krachtens erfrecht is de verkrijger successierecht verschuldigd, waarbij de kans aanwezig is dat daar geen rekening mee is gehouden. Het schenken van een onderneming daarentegen is te plannen en bovendien zal een ondernemer alleen maar schenken als hij voldoende vermogen overhoudt om van te leven. Aangezien hij wil schenken, kan worden aangenomen dat hij ook het verschuldigde schenkingsrecht van zijn opvolger zou willen financieren, indien dat nodig is. In dat opzicht is de uitkomst opmerkelijk vanwege de min of meer gelijke score

voor de noodzaak van de successie- en schenkingsrecht-faciliteiten. Aan de andere kant moet niet worden vergeten dat als er alleen maar faciliteiten voor het successierecht zouden bestaan, daar een prikkel van zou uitgaan om de onderneming eerst bij overlijden over te dragen, hetgeen niet het meest geschikte moment is. In die zin is het verklaarbaar dat beide groepen van faciliteiten bijna gelijk scoren in hun mate van noodzakelijkheid, maar dat de reden voor de noodzaak verschillend is.

4.4 Worden de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten gebruikt?

4.4.1 Inleiding

De fiscalisten is gevraagd aan te geven in welke mate zij gebruik maken van de faciliteiten bij een bedrijfsopvolging op een schaal van 1 tot 4, waarbij 1 staat voor nooit en 4 voor altijd. Om de uitkomsten te kunnen duiden, is uitgegaan van de volgende bandbreedtes en kwalificaties:

- 0 - 20%: (nagenoeg) geen voorkeur
- 20% - 40%: weinig voorkeur
- 40% - 60%: gemiddelde voorkeur
- 60% - 80%: vaak voorkeur
- 80% - 100%: (nagenoeg) altijd voorkeur

Gerealiseerd moet worden dat het gaat om schattingen en opinies van de fiscalisten. Het is dus geen exacte weergave van het daadwerkelijke gebruik van de faciliteiten (ten opzichte van elkaar) door de fiscalisten; de fiscalist houdt immers geen boekwerk bij waarin hij zijn handelingen zal weergeven. De veronderstelling kan zijn dat de fiscalist daadwerkelijk zal handelen naar zijn aangegeven schatting van het gebruik, maar dat hoeft niet zo te zijn. De uitkomsten van de schattingen van de fiscalisten kunnen hierdoor niet één op één worden vertaald naar de werkelijkheid. Dit blijkt ook uit paragraaf 4.4.6. Wel geven zij een indicatie voor het gebruik, het bereik, van de faciliteiten. De stellingnames die uit de uitkomsten volgen, kunnen aanleiding zijn om te onderzoeken in hoeverre de schatting en mening van de fiscalisten overeenstemmen met de daadwerkelijke praktijk.

In de aanmerkelijkbelangsfeer bij leven is overigens ook gevraagd naar de voorkeur voor de wijze van overdracht, omdat dat van invloed kan zijn op de voorkeur voor het gebruik van bepaalde faciliteiten.

In de volgende paragrafen zullen eerst de resultaten worden weergegeven over de aangegeven voorkeur voor het gebruik van de faciliteiten (paragraaf 4.4.2). Daarna zullen de resultaten worden geïnterpreteerd, hetgeen leidt tot een aantal stellingnames. In paragraaf 4.4.3 zullen de uitkomsten in de winstfeer worden gevolgd door die in de aanmerkelijkbelangsfeer in paragraaf 4.4.4. De uitkomsten met betrekking tot het schenkings- en successierecht worden in paragraaf 4.4.5 geïnterpreteerd. In paragraaf

⁸⁹ Zwemmer, 2004, p. 347. Zie ook Hoogeveen, 2004, §4.4.4. Hoogeveen, 2005 §6.3.2 en

Stevens, 2001, p. 378.



4.4.6 ten slotte zal nog aandacht worden besteed aan een 'rare' uitkomst dat het onderzoek heeft opgeleverd ten aanzien van het gebruik van art. 25, lid 9 Invorderingswet 1990.

4.4.2 Resultaten bereik

Uit het onderzoek blijkt dat de fiscalisten bij een bedrijfsopvolging gebruik maken van alle faciliteiten, maar dat zij op een enkele uitzondering na weinig voorkeur (gemiddeld tussen de 30% en 40%) hebben voor een specifieke faciliteit. Er zijn drie faciliteiten die een afwijkend bereik laten zien. Dit is ten eerste de doorschuifregeling bij overlijden in de aanmerkelijkbelang sfeer. Daarvoor wordt een hogere mate van voorkeur van gebruik gegeven (60%). Dit is ook conform de verwachting. Hierover meer in paragraaf 4.4.5. De tweede faciliteit die hoog scoort, is de doorschuifregeling in de winstsfeer in geval van een overdracht aan een werknemer. Bij overdrachten binnen de familie zit de voorkeur voor deze faciliteit net boven het gemiddelde van 40%. In geval van een overdracht buiten de familie bij leven, zit het gebruik onder het gemiddelde (22%), maar in geval van overlijden wordt de hoogste score bereikt, namelijk 68% (zie hierover nader paragraaf 4.4.4). De faciliteit waarvoor de minste voorkeur bestaat, is de doorschuifregeling in de winstsfeer aan een mede-ondernemer (15%). In geval van een bedrijfsopvolging bij overlijden wordt de doorschuifregeling bij een mede-ondernemer echter wel conform het algemene beeld ge-

bruikt (30%) (zie hierover nader paragraaf 4.4.4). Vanwege het feit dat voor het overige het gebruik van de faciliteiten min of meer gelijk wordt geschat, en de fiscalisten in het algemeen weinig voorkeur hebben voor het gebruik van een faciliteit, zou kunnen worden afgeleid dat de fiscalist van geval tot geval zal beoordelen welke faciliteit hij kan en zal toepassen.

Stellingname 3

Alle faciliteiten worden gebruikt, zodat zij een functie lijken te hebben bij een bedrijfsopvolging.

Stellingname 4

Aangezien de fiscalist voor de meeste faciliteiten geen bijzondere voorkeur heeft voor het gebruik ervan, zou het kunnen dat hij in iedere specifieke situatie beoordeelt welke faciliteit naar zijn mening het beste kan worden toegepast.

4.4.3 Interpretatie en stellingname winstsfeer inkomstenbelasting

I De fiscalisten geven aan nagenoeg geen voorkeur te hebben voor het gebruik van de doorschuifregeling aan mede-ondernemers in de winstsfeer bij leven. De eerste verklaring die daarvoor opkomt, is de eis dat drie jaar

moet worden samengewerkt met de beoogde bedrijfsopvolger. 17,1% van de fiscalisten noemt de vereiste samenwerkingstermijn in zijn top 3 van knelpunten van een bedrijfsopvolging (zie hierover nader paragraaf 4.5.3). De eis van drie jaar samenwerken wordt echter ook gesteld bij een overdracht aan werknemers, terwijl voor deze doorschuifregeling wel dezelfde gemiddelde voorkeur voor gebruik bestaat als voor de andere faciliteiten. Alleen het drie jaar moeten samenwerken lijkt dan ook geen verklaring te zijn waarom deze doorschuifregeling in geval van mede-ondernemerschap bij een bedrijfsopvolging bij leven weinig (nagenoeg) niet wordt gebruikt. De voorwaarde dat sprake moet zijn van een mede-ondernemer vormt wel iets vaker een knelpunt bij een bedrijfsopvolging dan de eis dat de overnemer werknemer moet zijn (4,39% tegenover 2,19%), maar dit verschil is niet zo groot dat daarmee de impopulariteit van de doorschuifregeling voor mede-ondernemers verklaard kan worden boven die voor werknemers. Wat verder ook in oenschouw moet worden genomen, is dat in geval van overlijden wel de gemiddelde voorkeur wordt gegeven aan de doorschuifregeling voor mede-ondernemers.⁹⁰ Bovendien kan in geval van overlijden ook gebruik worden gemaakt van de ‘normale’ doorschuifregeling die bij overlijden bestaat (art. 3.62 Wet IB 2001). Aangezien uit het onderzoek blijkt dat fiscalisten de voorkeur geven aan een bedrijfsopvolging bij overlijden (zie paragraaf 4.5.4), zou het kunnen dat de overdrachten aan mede-ondernemers ook via de ‘normale’ doorschuifregeling bij overlijden gestalte wordt gegeven. Ik kan mij zo voorstellen dat daarvan bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt bij man-vrouw-firma’s en ouder-kind-firma’s. In die gevallen brengt de bedrijfsopvolging bij overlijden ook minder risico’s voor de onderneming met zich mee, omdat de beoogde opvolger reeds als vennoot bij de onderneming betrokken is. Verder kunnen de ogen niet worden gesloten voor het bestaan van veel samenwerkingsverbanden in Nederland. Het lijkt om bovengenoemde redenen voorbarig om te stellen dat bij een bedrijfsoverdracht van de ene vennoot naar de andere art. 3.63 Wet IB 2001 bij leven niet zal worden toegepast. Een voorzichtige conclusie zou wel kunnen zijn dat het aangaan van een driejarig samenwerkingsverband de doorschuifregeling aan mede-ondernemers bij leven op voorhand niet populair maakt. Het aangaan van het samenwerkingsverband betekent immers dat al een gedeeltelijke bedrijfsopvolging plaatsvindt, terwijl de overnemer zich wellicht eerst nog een oordeel wil vormen over de beoogde opvolger. Omgekeerd kan de beoogde opvolger het ook nog te vroeg vinden om al als ondernemer tot de onderneming toe te treden. Bovendien gaat de overnemer bij het aangaan van het samenwerkingsverband al delen in de winst. Ook dat kan de overdrager ervan weerhouden

het samenwerkingsverband aan te gaan. Ten slotte heeft het aangaan van het samenwerkingsverband allerlei civielrechtelijke gevolgen, bijvoorbeeld met betrekking tot de aansprakelijkheid. In de literatuur is veelvuldig kritiek geuit op de eis van mede-ondernemerschap.⁹¹

Stellingname 5

Het aangaan van een driejarig samenwerkingsverband met het oog op de bedrijfsopvolging lijkt het gebruik van de doorschuifregeling bij leven door mede-ondernemers op voorhand niet populair te maken.

- 2 De fiscalisten geven aan zowel bij overdrachten aan derden als binnen de familie de doorschuifregeling van art. 3.63 Wet IB 2001 te gebruiken. Dit geldt zowel voor overdrachten tijdens leven als bij overlijden. Dit is een indicatie dat art. 3.63 Wet IB 2001 een functie heeft.

Stellingname 6

Art. 3.63 Wet IB 2001 wordt ook gebruikt voor overdrachten aan derden.

Stellingname 7

Art. 3.63 Wet IB 2001 wordt ook gebruikt bij overlijden.

- 3 Er bestaat een voorkeur bij de fiscalisten voor het toepassen van art. 3.63 Wet IB 2001 in werknemer-werkgever-situaties boven die in situaties van mede-ondernemerschap. Een verklaring zou kunnen zijn dat bedrijfsopvolgingen door mede-ondernemers minder vaak voorkomen dan bedrijfsopvolgingen door werknemers. Uit ander onderzoek blijkt dat bedrijfsopvolgingen door werknemers steeds vaker voorkomen.⁹² Of uit de voorkeur voor toepassing van de faciliteit bij werknemers de conclusie kan worden getrokken dat er dus vaker sprake is van een overdracht aan een werknemer dan aan een mede-ondernemer, is echter de vraag. Het zou kunnen dat de overdracht aan mede-ondernemers op andere wijze gestalte wordt gegeven, bijvoorbeeld via art. 3.62 Wet IB 2001. Ook kan ik mij voorstellen dat de fiscalisten bij het invullen van deze vraag de situatie voor ogen hebben gehad dat, aangezien er geen opvolger in de familie is, de werknemer als eerste gereede kandidaat om op te volgen in beeld komt. Op de verhouding tussen het aantal bedrijfsopvolgingen door mede-ondernemers en bedrijfsopvolgingen door werknemers zou nader onderzoek verricht moeten worden om een conclusie te kunnen trekken op dit punt. Hoewel de score op de doorschuifregeling in werknemer-werkgeversituaties hoog overkomt, kan wel worden ge-

⁹⁰ Waarschijnlijk wordt in die gevallen gebruik gemaakt van verblijvingsbedingen en overnemingsbedingen in vennootschapscontracten om de bedrijfsopvolging gestalte te geven.

⁹¹ Zie voor kritiek o.a. Van Arendonk, 2000,

p. 277-278; Jansen, 2000, p. 1171-1177 en Meussen, 2000, p. 258-262.

⁹² NIPO, Kerstens, 2001, §2, figuur 4; Zie ook NIPO, DGA-barometer 2003, §2.4. Langman en Lugt, 2005, p. 15. Dit is overigens een

Europees verschijsel, zie Eindverslag deskundigengroep EU, 2002, p. 7; EC, Overnameplatformen, mei 2006, p. 10 en Geerts, Herrings en Peek, 2004, p. 9.

steld dat de faciliteit voor overdrachten aan werknemers in ieder geval een optie is.

Stellingname 8

Art. 3.63 wordt gebruikt bij een overdracht van de onderneming aan een werknemer.

- 4 Het geschatte gebruik van de uitstel van betalingsregeling in de winstfeer, opgenomen in art. 25, lid 18 Invorderingswet 1990, voldoet aan het gemiddelde beeld (30%). Men dient zich echter te realiseren dat er tegelijkertijd duidelijk een voorkeur wordt gegeven voor toepassen van de doorschuifregelingen in de winstfeer (83%) boven afrekenen (17%), zodat het bereik van de uitstel van betalingsregeling om die reden wellicht niet zo groot zal zijn.

Stellingname 9

Er bestaat in de winstfeer bij een bedrijfsopvolging bij leven een voorkeur voor het gebruik van een doorschuifregeling boven een uitstel van betalingsregeling. Het bereik van art. 25, lid 18 Invorderingswet 1990 lijkt klein.

- 5 Art. 25, lid 17 Invorderingswet 1990 geldt in de winstfeer bij overlijden en is ook van toepassing als de onderneming niet wordt voortgezet. Die faciliteit houdt verband met het vervallen van het bijzondere tarief en werkt ook materieel zo uit, vanwege de renteloosheid van het uitstel. Zonder rekening te houden met een eventueel effect in box 3, zakt het 52%-tarief naar 35%.⁹³ Onder de Wet 18 1964 werd veelvuldig gebruik gemaakt van het bijzondere tarief bij een bedrijfsopvolging. Art. 25, lid 17 Invorderingswet 1990 heeft dezelfde werking, maar de fiscalisten geven aan weinig voorkeur te hebben voor deze regeling. In de literatuur is kritiek geuit op de keuze van de wetgever om het bijzondere tarief als het ware te regelen via een uitstel van betalingsregeling.⁹⁴ Als het bijzondere tarief in de Wet 18 2001 zo wordt opgenomen, zou de regeling mogelijk vaker worden gebruikt. Ten eerste zou er meer bekendheid bestaan bij de beroepsbeoefenaars met het bestaan van deze regeling. Ten tweede staat het voordeel van het bijzondere tarief op voorhand vast, terwijl dit bij de renteloze schuld afhankelijk is van het rendement dat in tien jaar wordt behaald en het al dan niet bestaan van box 3 vermogen. Als het voordeel direct vaststaat, wordt belastingplichtigen een overzienbare keuze gegeven tussen bijvoorbeeld het toepassen van een doorschuifregeling en het bijzondere tarief. Bovendien vinden mensen, zeker de oude generatie, het niet altijd prettig om een schuld te hebben. Ook dat kan reden zijn om niet af te rekenen maar te opteren voor de doorschuifregeling. Indien vaker wordt afgerekend, heeft dit als nevenvoordeel dat de stille

reserves van de onderneming niet steeds groter worden, waardoor de onderneming steeds moeilijker over te dragen wordt (zie ook paragraaf 4.5.4.2).

Stellingname 10

Art. 25, lid 17 Invorderingswet 1990 heeft materieel de werking van een bijzonder tarief, maar het gebruik van de regeling lijkt beperkt. De wetgever zou het opnemen van een bijzonder tarief in de Wet IB 2001 in heroverweging moeten nemen.

4.4.4 Interpretatie en stellingname aanmerkelijkbelangsfeer inkomstenbelasting

Er bestaat onder de fiscalisten een boven gemiddelde voorkeur voor het gebruik van de doorschuifregeling in de aanmerkelijkbelangsfeer in geval van overlijden (60%). Op een afzonderlijke vraag over de voorkeur voor afrekenen of doorschuiven binnen de aanmerkelijkbelangsfeer geeft zelfs 75% van de fiscalisten aan een voorkeur te hebben voor het toepassen van de doorschuifregeling boven afrekenen (25%). Deze uitkomst is niet verrassend omdat in geval van een overdracht bij leven geen doorschuifregeling bestaat en er bovendien in geval van overlijden geen uitstel van betalingsregeling is, dus valt er voor de inkomstenbelasting niets te kiezen qua gebruik van een faciliteit. Bovendien leidt de bedrijfsopvolging bij overlijden tot het grootste fiscale voordeel.⁹⁵ De fiscalisten geven ook aan in hun advisering bewust aan te sturen op een bedrijfsopvolging bij overlijden (zie hierover nader paragraaf 4.5.4.1).

Het geschatte gebruik van de uitstel van betalingsregeling in de aanmerkelijkbelangsfeer bij leven geeft bij een enkele werk-bv een uitkomst van 40%, waarmee de faciliteit qua geschat bereik aan de bovenkant van het gemiddelde zit ten opzichte van het bereik van de andere faciliteiten. In geval van een holdingstructuur is de uitkomst gemiddeld (30%). Dat de faciliteit wordt gebruikt, is op zich niet zo verwonderlijk, omdat er bij leven geen andere faciliteit bestaat. In het licht van wat hiervoor is aangegeven, is de uitkomst wellicht opmerkelijk hoog. Opvallend is ook de hoge score bij een holdingstructuur, omdat deze veelal wordt gecreëerd om afrekenen bij verkoop tijdens leven te voorkomen.

Het aangegeven gebruik van de uitstel van betalingsregeling kan desalniettemin niet worden genegeerd, aangezien de fiscalisten ook aangeven de aandelen te schenken of te verkopen (tegen schuldigerkenning), ook in geval van een holdingstructuur. 60,6% van de fiscalisten geeft ook aan een voorkeur te hebben voor een gewone overdracht boven het werken met letteraandelen of preferente aandelen, terwijl door te werken met letteraandelen en cumulatief preferente aandelen, mits goed vormgegeven, afrekening bij leven kan worden voorkomen en bij overlij-

⁹³ De renteloosheid van art. 25, leden 9, 18 en 19 heeft ook een effect op het tarief. Dit effect is alleen veel minder

omdat de belasting in jaarlijkse termijnen moet worden voldaan in plaats van na tien jaar.

⁹⁴ Zie o.a. Essers, 2003 en Hoogeveen, 2004, §3.3.2.2.

⁹⁵ Zie hierover uitgebreid S.A. Stevens, 2005-2.



den nog gebruik kan worden gemaakt van de successierechtfaciliteiten. Uit het onderzoek blijkt overigens ook dat er gebruik wordt gemaakt van de faciliteiten in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, zoals (aandelen)fusies, de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling om de bedrijfsopvolging bij leven gestalte te geven. 63,4% van de fiscalisten geeft aan dat de mogelijkheden daartoe voldoende zijn om de bedrijfsopvolging te kunnen regelen. Dit zijn indicaties dat er wellicht toch vaker dan wordt aangenomen bij leven een afrekening in de aanmerkelijkbelangsfeer plaatsvindt. Kennelijk zijn er situaties dat er toch voor wordt gekozen om de bedrijfsopvolging geheel bij leven af te ronden.

Stellingname I 1

In geval van een bedrijfsopvolging bij overlijden in de aanmerkelijkbelangsfeer wordt de voorkeur gegeven aan doorschuiven boven afrekenen.

Stellingname I 2

Hoewel vanwege het ontbreken van een doorschuifregeling bij leven de verwachting is dat tijdens leven weinig bedrijfsopvolgingen zullen plaatsvinden waarbij een afrekening plaatsvindt, zijn er indicaties dat dat wel het geval is.

4.4.5 Interpretatie en stellingname schenkings- en successierecht

De faciliteiten voor het schenkings- en successierecht geven geen bijzonder hoge voorkeur te zien. Verwacht zou worden dat de voorkeur voor de faciliteiten in het geval van schenking of vererving hoger zou zijn, vanwege de voordelen die deze faciliteiten bieden. Om een oordeel te kunnen geven over de aangegeven schatting van het gebruik en het daadwerkelijke gebruik, zou nader onderzoek verricht moeten worden. Tussen de faciliteiten voor het schenkings- en successierecht bestaat verder geen verschil in voorkeur. Hetzelfde geldt voor de vrijstellingen en de uitstel van betalingsregeling voor het recht dat ziet op 25% van de waarde going concern van het ondernemingsvermogen.

4.4.6 Rariteit

Bij de gegeven voorkeur van de fiscalisten komt één 'rare' uitkomst naar voren. In de enquête is aan de fiscalisten gevraagd hun voorkeur aan te geven voor de toepassing van de uitstel van betalingsregeling van art. 25, lid 9 Invoeringswet 1990 voor de inkomstenbelasting in de aanmerkelijkbelangsfeer in de situatie waarin de aandelen worden overgedragen aan een derde. Deze faciliteit is echter alleen maar mogelijk voor overdrachten binnen de familiesfeer, zodat de antwoordoptie bij een overdracht aan derde niet gegeven had moeten worden. Dit is dus wel gebeurd en de vraag is ook beantwoord. Opvallend is vervolgens dat de fiscalisten een voorkeur aangeven voor het gebruik van de

ze faciliteit die hoger ligt dan de voorkeur voor deze faciliteit binnen de familiesfeer en ook hoger ligt dan de aangegeven voorkeur voor de overige uitstel van betalingsregelingen in de inkomstenbelasting, namelijk 53% versus tussen de 30% en 40%. Deze uitkomst kan een indicatie zijn dat de deskundigen niet precies weten wanneer welke faciliteit van toepassing is. Dat zij door de bomen het bos af en toe niet meer zien, is ook niet verwonderlijk gezien de grote hoeveelheid faciliteiten die bestaat en de verschillende voorwaarden die daaraan kleven. Het is ook mogelijk dat zij een wenselijk antwoord hebben gegeven.

4.5 Zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten effectief?

4.5.1 Inleiding

De fiscale regelgeving is met haar vele faciliteiten en de verschillende voorwaarden die daarvoor gelden verre van eenvoudig. Bovendien kunnen de voorwaarden verbonden aan de verschillende faciliteiten met elkaar in strijd zijn, zodat wel voor de ene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in aanmerking wordt gekomen, maar niet voor de andere. Een voorbeeld is de schenking van een aanmerkelijk belang op 52-jarige leeftijd. Er kan dan bijvoorbeeld wel gebruik worden gemaakt van de uitstel van betalingsregeling van art. 25, lid 9 Invorderingswet 1990 voor de inkomstenbelasting, maar niet voor de faciliteiten voor het schenkingsrecht, omdat de schenker niet de vereiste leeftijd heeft.⁹⁶ Een andere complicerende factor is dat er zoveel verschillende soorten faciliteiten zijn, dat de mogelijkheid bestaat dat ook een deskundige niet meer weet wanneer welke faciliteit van toepassing is. De complexiteit van de wetgeving kan de effectiviteit van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit verminderen. Dat de bedrijfsopvolgingswetgeving als complex wordt ervaren blijkt uit het onderzoek. 87,3% van de fiscalisten geeft aan dat de wetgever voorrang zou moeten geven aan een vereenvoudiging van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. 59,2% van de fiscalisten verwacht verder niet dat hun collega fiscalisten voldoende op de hoogte zijn van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit wil niet per se zeggen dat de fiscalisten niet in staat zijn om met de bedrijfsopvolgingswetgeving te werken, maar het is wel een indicatie dat het beter zou zijn om de bedrijfsopvolgingswetgeving te vereenvoudigen.

Stellingname 13

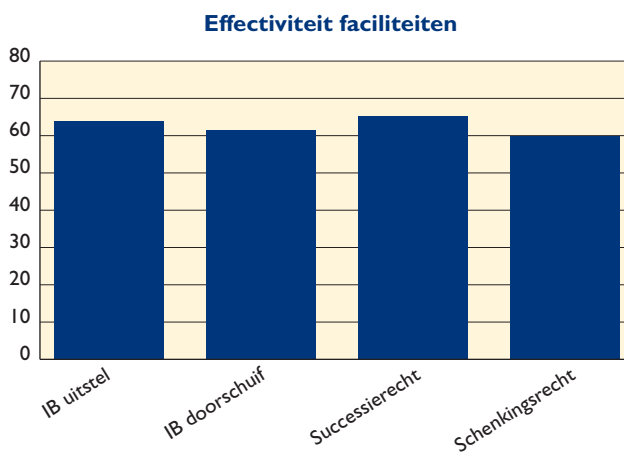
De wetgever zou voorrang moeten geven aan een vereenvoudiging van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.

De effectiviteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten is onderzocht door een algemeen oordeel te vragen aan de fiscalisten over de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten (paragraaf 4.4.2). Verder is onderzocht of de voorwaarden aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten de effectiviteit

van de faciliteiten belemmert (paragraaf 4.5.3). In paragraaf 4.5.4 ten slotte wordt aandacht besteed aan twee mogelijke negatieve neveneffecten van de faciliteiten.

4.5.2 Resultaten effectiviteit

De vier groepen van faciliteiten (de uitstelregelingen in de inkomstenbelasting, de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting, de successierechtfaciliteiten en de schenkingsrechtfaciliteiten) worden door de fiscalisten als 'vaak effectief' bestempeld (60%).



4.5.3 Vormen de voorwaarden aan de faciliteiten een belemmering voor de effectiviteit?

4.5.3.1 Resultaten onderzoek

De voorwaarden die aan een faciliteit worden gesteld, kunnen belemmerend werken voor de bedrijfsopvolging. Aan de fiscalisten is ten aanzien van de aan de faciliteiten gestelde voorwaarden gevraagd de top 3 aan te geven van voorwaarden die naar hun mening een knelpunt vormen voor de bedrijfsopvolging. Als er volgens hen geen knelpunt was, of minder dan drie knelpunten, was het mogelijk om de vraag (in zoverre) over te slaan. In de volgende tabel is aangegeven hoe vaak een voorwaarde in de top 3 voorkwam.

Top 3 voorwaarde is knelpunt in %

| Voorwaarden | Knelpunt in top 3 |
|--|-------------------|
| 1 Voortzettingvereisten | 18,42 |
| 2 Overdrager en overnemer moeten drie jaar samenwerken | 17,11 |
| 3 Rentedragendheid uitstel | 16,23 |
| 4 Overdrager moet minimaal 55 jaar zijn | 14,91 |
| 5 Zekerheidstellen voor het uitstel | 11,84 |
| 6 Overdrager moet familie zijn | 8,33 |
| 7 Overdrager moet minimaal 45% arbeidsongeschikt zijn | 6,58 |
| 8 Overnemer mede-ondernemer | 4,39 |
| 9 Overnemer moet werknemer zijn | 2,19 |
| Totaal | 100,00 |

⁹⁶ De wetgever zou de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in dat opzicht beter moeten

stroomlijnen. Zie Hoogeveen, 2005, §6.2.

Uit de uitkomsten blijkt dat er vijf voorwaarden zijn die tussen de 11% en 19% als knelpunt in de top 3 worden genoemd. Vier voorwaarden worden in minder dan 10% door de fiscalisten genoemd in de top 3. Van de vijf meest genoemde knelpunten zou onderzocht moeten worden in hoeverre zij hebben geleid tot het niet doorgaan van de bedrijfsopvolging.

4.5.3.2 Interpretatie en stellingname

1 Opvallend is dat de voortzettingsvereisten als grootste knelpunt voor de bedrijfsopvolging worden genoemd. Verwacht zou worden dat als sprake is van een faciliteit voor een bedrijfsopvolging de eis dat de onderneming ook moet worden voortgezet geen probleem zou moeten zijn. Niet is onderzocht welke eis van het voortzetten het grootste probleem oplevert. Het lijkt op voorhand geen probleem te moeten zijn dat de opvolger 18-ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder moet worden. Immers anders zou in het geheel geen sprake zijn van een bedrijfsopvolging.⁹⁷ Resteren de absolute voortzettingstermijnen, die kunnen variëren van geen (doorschuifregelingen), vijf jaar (vrijstellingen schenkings- en successierecht) tot tien jaar (uitstel van betalingsregelingen) en de wijze waarop het voortzetten is gedefinieerd (niet mogen ophouden winst te genieten, niet mogen staken en niet mogen vervreemden). Met name op de faciliteiten voor het schenkings- en successierecht bestaat kritiek in de praktijk dat gedurende de voortzettingstermijn geen samenwerkingsverband kan worden aangegaan. Indien het knelpunt wordt veroorzaakt door de voortzettingstermijn, is het overigens maar de vraag of dit knelpunt kan en moet worden weggenomen. De faciliteit wordt gegeven in het kader van een bedrijfsopvolging. Van een bedrijfsopvolging is sprake als een onderneming wordt overgenomen en de overnemer de onderneming gedurende enige tijd voortzet. Uiteraard kan worden gediscussieerd over de lengte van deze termijn, maar een termijn van vijf jaar bij de vrijstellingen voor het schenkings- en successierecht kan naar mijn mening niet als onredelijk lang worden beschouwd. Niet moet worden vergeten dat belastingplichtigen die ander vermogen dan ondernemingsvermogen verkrijgen de faciliteit niet krijgen. De rechtvaardiging van de verschillende behandeling van verkrijgers die wel en verkrijgers die geen ondernemingsvermogen verkrijgen, ligt in het voorkomen van problemen voor de onderneming bij een bedrijfsopvolging. Er moet dan wel sprake zijn van een reële bedrijfsopvolging. Dat daarbij een voortzettingstermijn van vijf jaar in acht moet worden genomen, is niet onredelijk, zeker niet gezien de omvang van de vrijstelling. In gevallen van een uitstel van betalingsregeling is het verder logisch dat de termijn van het voortzetten is gekoppeld aan de duur van het uitstel.⁹⁸ Indien de problemen ten aanzien van de voortzettingstermijn zich vooral voordoen in situaties waarin

het niet voortzetten onvoorzien is, dan zou de wetgever eventueel wel nadere voorzieningen kunnen treffen, zoals hij bijvoorbeeld voor de schenkings- en successierechtfaciliteiten heeft gedaan bij het overlijden van de verkrijger gedurende de voortzettingsperiode.

Stellingname 14

De voortzettingsvereisten aan de faciliteiten worden als grootste knelpunt gezien voor de bedrijfsopvolging, terwijl een bedrijfsopvolging nou net impliceert dat er wordt voortgezet.

2 Een ander opvallend aspect is dat ten aanzien van de vereisten aan de doorschuifregeling bij leven het zijn van werknemer of mede-ondernemer niet als groot knelpunt wordt ervaren, terwijl de vereiste samenwerkingsperiode van drie jaar wel als groot knelpunt wordt genoemd. Het één kan echter niet zonder het ander. Als er sprake is van een mede-ondernemer of een werknemer, dan is er automatisch een samenwerkingsstijd. Mogelijk dat drie jaar als te lang wordt ervaren, ook al is er in art. 13a Uitv. reg. Wet 18 2001 voorzien in een verkorting van deze termijn bij onvoorzien omstandigheden zoals het overlijden van de beoogde overdrager tijdens de samenwerkingsperiode. In de literatuur is de vereiste samenwerkingsstermijn ook herhaaldelijk als kritiekpunt genoemd. Zie overigens ook paragraaf 4.3.4.

Stellingname 15

Het aangaan van een samenwerkingsperiode met het oog op de bedrijfsopvolging van drie jaar is te lang en zou verkort moeten worden.

3 De rentedragendheid van het uitstel wordt in totaal in bijna 50% van de gevallen genoemd als knelpunt in de top 3. Er zijn in totaal vier uitstel van betalingsregelingen die uitdrukkelijk zijn bedoeld om een bedrijfsopvolging te faciliteren. Daarnaast bestaat er nog een uitstel van betalingsregeling in geval van overlijden in de winst sfeer die niet als bedrijfsopvolgingsfaciliteit is bedoeld, maar die daarvoor wel kan worden gebruikt. Het betreft de volgende faciliteiten:

- a Inkomstenbelasting bij leven winst sfeer: art. 25, lid 18 Invorderingswet 1990;
- b Inkomstenbelasting bij overlijden: art. 25, lid 17 Invorderingswet 1990;
- c Inkomstenbelasting bij leven aanmerkelijkbelang sfeer: art. 25, lid 9 Invorderingswet 1990;
- d Schenkings- en successierecht voor recht over 25% waarde going concern: art. 25, lid 12 Invorderingswet 1990; en

⁹⁷ Overigens is het voor de faciliteiten voor het schenkings- en successierecht voldoende dat de verkrijger aandelen verkrijgt van een aanmerkelijkbelanghouder. Hij hoeft zelf dus

geen aanmerkelijkbelanghouder te worden.

⁹⁸ Door een omissie in de wetgeving lijkt het er op dat voor de uitstel van betalingsregeling in art. 25, lid 12 Invorderingswet 1990 het niet

voortzetten alleen een probleem vormt in de eerste vijf jaar na de verkrijging en niet in de jaren zes tot en met tien.

- e Successierecht over recht op vordering op mede-verkrijger die wel ondernemingsvermogen heeft verkregen: art. 25, lid 13 Invorderingswet 1990.

Van deze uitstel van betalingsregelingen zijn alleen de faciliteiten voor het schenkings- en successierecht rentedragend, zodat dat eigenlijk de enige faciliteiten zijn waarbij de rente tot een knelpunt zou kunnen leiden. Van deze twee regelingen laat het zich denken dat de rentedragend voor de schuld genoemd onder punt d tot weinig problemen zou mogen leiden. Immers dit betreft 'alleen nog maar' het recht over 25% van de waarde going concern. Indien de verkrijger dat al niet meer rentedragend kan financieren, kan worden afgevraagd of de onderneming wel levensvatbaar is en of de overheid een bijdrage zou moeten leveren aan het in stand houden van deze ondernemingen. Dit geldt te meer omdat de rente pas na tien jaar betaald hoeft te worden en de jaarlijks verschuldigde rente enkelvoudig wordt berekend. Resteert alleen nog de rente over de onderbedelingsvordering die na tien jaar betaald moet worden (ook weer enkelvoudig berekend). Of de fiscalisten zich dit bij het beantwoorden van deze vraag hebben gerealiseerd, is de vraag. Het laat zich eerder denken dat zij bij de beantwoording van deze vraag geen specifieke uitstel van betalingsregeling voor ogen hebben gehad, maar meer de rentedragendheid van uitstel in het algemeen als knelpunt zien.

4.5.4 Mogelijke neveneffecten

4.5.4.1 Wordt de bedrijfsopvolging uitgesteld tot overlijden vanwege de fiscale faciliteiten?

Er bestaat de mogelijkheid dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bepaalde neveneffecten hebben. In de literatuur is geopperd dat de faciliteiten aanleiding kunnen zijn om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot overlijden.⁹⁹ Uit onderzoek van S.A. Stevens blijkt dat vooral vanwege het ontbreken van een doorschuifregeling in de aanmerkelijkbelangsfeer het slechts bij uitzondering fiscaal gunstiger is om tijdens leven de aandelen over te dragen.¹⁰⁰ Ook is van belang dat een overdracht tegen de werkelijke waarde tijdens leven de toepassing van de faciliteiten in het schenkingsrecht en successierecht frustreert. De overdrager zet als het ware voor 75% onbelast vermogen om in belast vermogen. De hypothese die hieruit voortvloeit, en die is onderzocht, is dat de bedrijfsopvolging vanwege de fiscale faciliteiten wordt uitgesteld tot het overlijden.

Uit het onderzoek blijkt duidelijk dat de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van grote invloed zijn op de vormgeving van de bedrijfsopvolging. Maar liefst 97,2% van de fiscalisten geeft aan de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij zijn advisering over de vormgeving van de bedrijfsopvolging als belangrijke factor te beschouwen. 47,9% van de fiscalisten geeft verder aan hun klant vanwege de fiscale faciliteiten te adviseren de bedrijfsopvol-

ging uit te stellen tot het moment van overlijden. Zij kiezen bovendien vaker bewust voor een bedrijfsopvolging bij overlijden (51%) dan bij leven (22,8%). Aan de fiscalisten die hebben aangegeven min of meer bewust te kiezen voor een overdracht bij leven, dan wel een overdracht bij overlijden, is vervolgens gevraagd de reden van hun keuze te geven. Zij konden van vijf redenen aangeven of zij die al dan niet als reden zien om de bedrijfsopvolging bij leven of bij overlijden te laten plaatsvinden. De gegeven redenen zijn: de continuïteit van de onderneming, de fiscale faciliteiten, de civiele faciliteiten, de vermogensoverheveling en andere redenen.

Bij leven wordt de continuïteit van de onderneming door de fiscalisten het vaakst als reden genoemd om de onderneming over te dragen (87,1% van de fiscalisten), gevolgd door de vermogensoverheveling (62,9) en andere redenen (50%). De civiele en fiscale faciliteiten worden het minst vaak genoemd als reden om de onderneming bewust tijdens leven over te dragen (beide 30%).

De bewuste keuze voor een overdracht bij overlijden geeft een totaal ander beeld te zien. Daar staan de fiscale faciliteiten met stip op nummer één als reden om bewust te kiezen voor een overdracht bij overlijden (77,1%). Op afstand worden de fiscale faciliteiten gevolgd door de civiele faciliteiten en de continuïteit van de onderneming (beide 55,7%). Als vierde worden andere redenen opgegeven (27,1%) en op de laatste plaats volgt de vermogensoverheveling (18,6%).

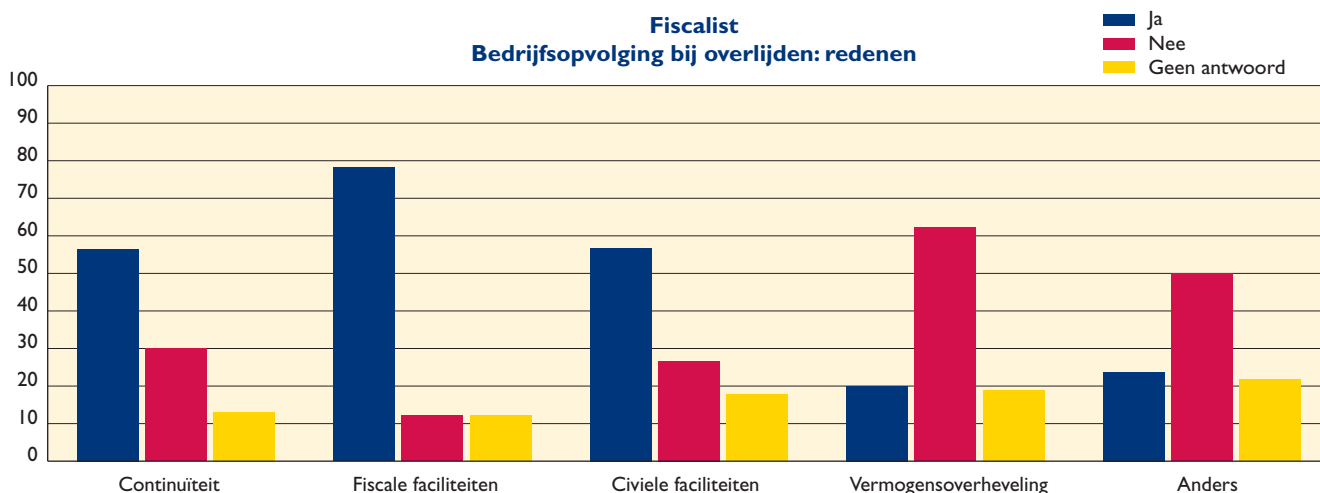
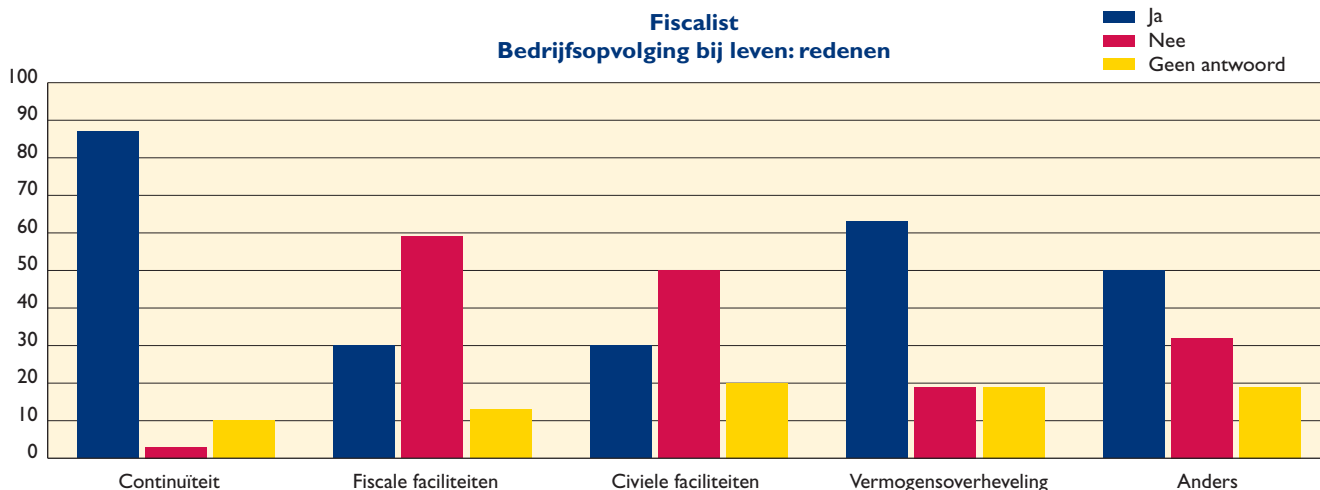
Grafisch weergegeven ontstaat het beeld zoals weergegeven op de volgende pagina.

Opvallend is overigens het verschil in voorkeur dat de fiscalisten aangeven tussen de civiele faciliteiten bij leven en bij overlijden, ten opzichte van de civilisten. De fiscalisten zien de civiele faciliteiten vaker als reden om bij overlijden de onderneming over te dragen dan bij leven, terwijl de civilisten op dit punt bijna geen verschil laten zien. De civiele faciliteiten zijn kennelijk voor hun niet van invloed op hun keuze voor het moment van de overdracht. De civilisten laten ook geen verschil zien in hun voorkeur voor de fiscale faciliteiten in geval van overlijden en bij leven, terwijl dit bij de fiscalisten dus wel uitdrukkelijk tot uiting komt. Zie voor de civiele uitkomsten op dit punt paragraaf 3.3.1.

Hiervoor is reeds aangegeven dat maar liefst 97,2% van de fiscalisten aangeeft de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten bij zijn advisering over de vormgeving van de bedrijfsopvolging als belangrijke factor te beschouwen. Deze uitkomst is op zich niet zo verwonderlijk. Uiteraard moeten zij ook andere belangen in ogenschouw nemen, maar hun werk is wel om terdege met de fiscaliteit rekening te houden bij de vormgeving van de bedrijfsopvolging. Wat echter uit de opgegeven redenen voor

⁹⁹ Zie o.a. Hoogeveen, 2005, §6.2 en S.A. Stevens, 2005-2.

¹⁰⁰ S.A. Stevens, 2005-2.



een bedrijfsopvolging bij leven of overlijden blijkt, is dat de fiscale faciliteiten bij leven slechts in 30% van de gevallen als reden wordt genoemd en bij overlijden in 77,1% van de gevallen. De fiscale faciliteiten zouden niet leidend moeten zijn bij de keuze voor de vormgeving en/of het moment van de bedrijfsopvolging. Dat een bedrijfsopvolging moet plaatsvinden, even los van het plotseling overlijden van de ondernemer, is een keuze die gebaseerd zou moeten zijn op basis van economische factoren. Uiteraard is de belastingdruk die voortvloeit uit een bedrijfsopvolging een economische factor, maar deze zou slechts een gevolg moeten zijn van de bedrijfsopvolging en niet leidend. Het kan om meerdere redenen niet goed zijn om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot het moment van overlijden.¹⁰¹

Een grote meerderheid van de fiscalisten geeft ook aan de bedrijfsopvolging tijdens leven te verrichten met als reden de continuïteit van de onderneming (87,1%). Dat 47,9% van de fiscalisten hun klant desondanks adviseert om vanwege de fiscale faciliteiten te wachten tot overlijden, kan een ongunstig neveneffect van de bestaande bedrijfsopvolgingsfaciliteiten zijn. De wetgever zou moeten bezien of het mogelijk is om de faciliteiten bij leven en overlijden minimaal aan elkaar gelijk te stel-

len, zodat de keuze om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot het fiscaal meest gunstige moment achterwege blijft of in ieder geval wordt geminimaliseerd.¹⁰² Opvallend is overigens dat de continuïteit van de onderneming in geval van overlijden toch nog vaak als reden wordt genoemd om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot overlijden. Weliswaar wordt deze minder vaak genoemd dan dat bij leven het geval is, maar 55,7% is toch nog een aanzienlijke uitkomst. Gezien de risico's die een bedrijfsopvolging bij overlijden met zich meebrengt, is dit wellicht zelfs een opmerkelijke uitkomst. Het zou kunnen dat bij de beantwoording van deze vraag de fiscale faciliteiten en ook de civiele faciliteiten een rol hebben gespeeld. Aangezien deze faciliteiten bij overlijden als gunstiger worden ervaren dan de faciliteiten bij leven, komt het ook de continuïteit van de onderneming ten goede om de bedrijfsopvolging uit te stellen tot overlijden. Een bedrijfseconomische reden zou kunnen zijn dat de ondernemer geen opvolger heeft en net zo lang doorgaat tot hij niet meer verder kan. Ook zou het kunnen dat de opvolger wel al (deels) tot de onderneming gerechtigd is, bijvoorbeeld via een vof, of in de onderneming werkzaam is. De overdracht bij overlijden brengt dan minder risico's met zich mee.

¹⁰¹ Burgerhart en Hoogeveen, 2001.

S.A. Stevens, 2005-1, §7.2.3.

¹⁰² Zie ook Hoogeveen, 2005, §6.2 en

Stellingname 16

De fiscale faciliteiten zijn van invloed op het moment waarop de opvolging plaatsvindt. De fiscalisten kiezen voornamelijk vanwege de fiscale faciliteiten voor een overdracht bij overlijden dan bij leven, terwijl dit om bedrijfseconomische redenen in zijn algemeenheid niet gewenst lijkt. Het ligt in de rede om dit neveneffect van de fiscale faciliteiten weg te nemen.

4.5.4.2 Leidt het gebruik van de doorschuifregeling tot niet overdraagbare ondernemingen?

Uit het onderzoek blijkt dat veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de doorschuifregelingen in de inkomstenbelasting en dat er ook een voorkeur bestaat voor het toepassen van een doorschuifregeling boven afrekenen. De cumulatie van fiscale claims kan een min of meer verlamme werking op het goederenverkeer hebben, omdat dit leidt

tot een ‘zware’ onderneming, terwijl de opvolger geen geld heeft.¹⁰³ Een fiscale afrekening voorkomt dat als het ware een net van onzichtbare fiscale claims boven de onderneming komt te hangen. Claims waarvan belanghebbenden zich steeds moeilijker kunnen bevrijden naarmate het uitstel langer duurt en de claims dientengevolge groter zullen worden.¹⁰⁴ Uit het onderzoek kan niet worden afgeleid dat de doorschuifregeling dit effect daadwerkelijk heeft. Gegeven echter het feit dat met name de stille reserves in onroerende zaken (84%) en de goodwill (64%) worden genoemd als veroorzakers van de claim in de inkomstenbelasting, lijkt het geen ondenkbeeldige situatie. Vanuit deze gedachte zou de voorkeur aan een uitstel van betalingsregeling moeten worden gegeven boven een doorschuifregeling. Afrekenen heeft immers als bijkomend effect dat bij tijd en wijle de fiscale claim van de onderneming wordt afgeschud zodat deze verhandelbaar blijft.¹⁰⁵

¹⁰³ Brüll, 1964, p. 238 en 239; Spaanstra, 1963, p. 523. In soortgelijke zin Baak, 1990, p. 704.

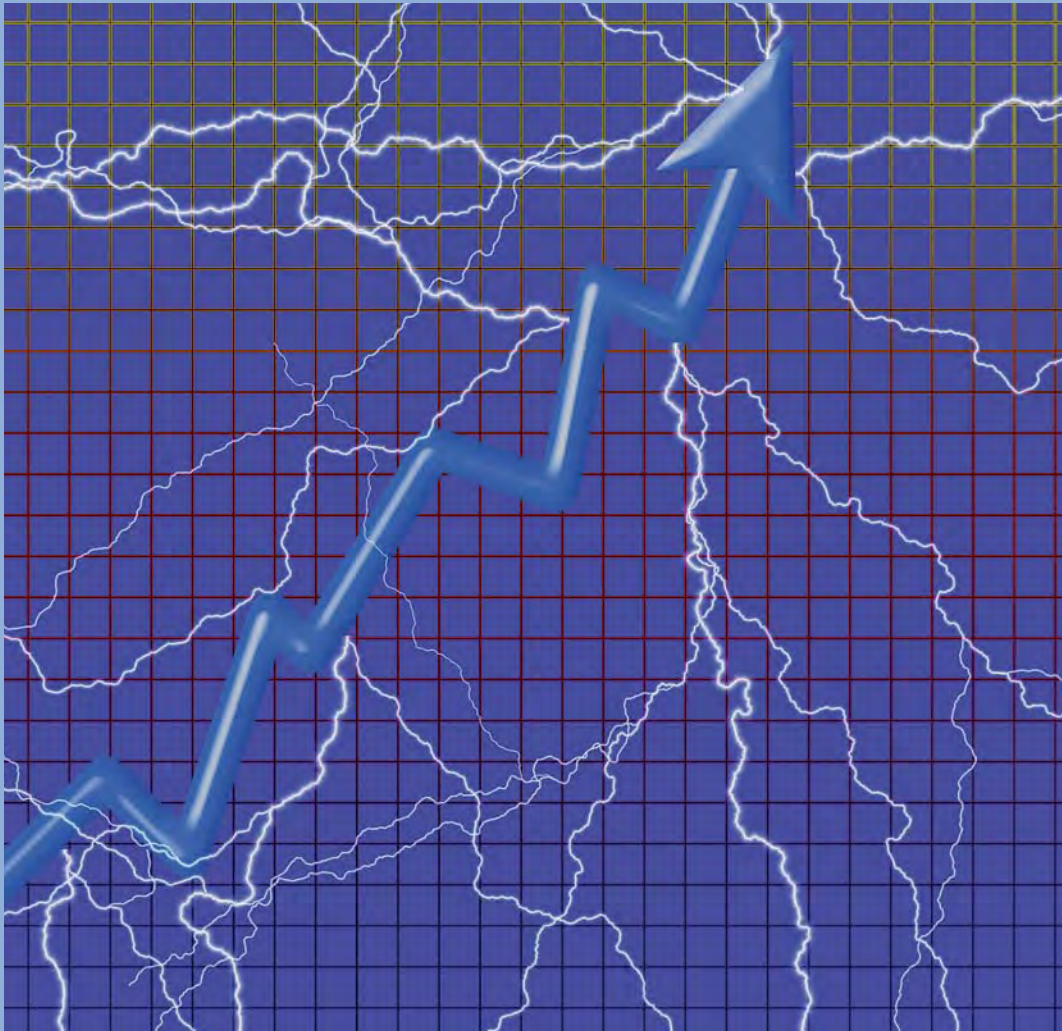
¹⁰⁴ Argument aangevoerd door enkele leden van

de Tweede Kamer bij het invoeren van de doorschuifregeling in de Wet IB 1964. Tweede Kamer, 1961-1962, 5 380, nr. 16, blz 16.

¹⁰⁵ Zie over de zin en onzin van een doorschuifregeling uitgebreider Hoogveen, 2000.

Hoofdstuk 5

Stellingen en discussiepunten



Civielrechtelijk

- 1 Het belang van de verzorging van de achtergelaten gezinsleden weegt in de allocatie van erflaters vermogen zwaarder dan de bedrijfsopvolging.
- 2 In civielrechtelijk opzicht wordt het overlijden door de praktijk niet als een ideaal opvolgingsmoment beschouwd.
- 3 De legitiemeregeling blijkt ook onder het huidige erfrecht nog als een grote bedreiging voor de bedrijfsopvolging te worden beschouwd.
- 4 Art. 4:38 BW blijkt grotere angst in te boezemen dan op grond van de reikwijdte van deze bepaling te verwachten is; anderzijds wenst men wettelijke rechten op toedeling en overdracht van ondernemingsvermogen.
- 5 De executeur blijkt een populaire figuur onder het huidige erfrecht; de bewindvoerder lijkt daarentegen nog geen vaste voet aan de grond te hebben gekregen.
- 6 De wens om opvolger en niet-opvolgers gelijk te behandelen overheerst.
- 7 De mogelijkheden die het huidige erfrecht biedt, lijken niet volledig te worden benut.

Fiscaalrechtelijk

- 1 De schatting van de fiscalisten dat in 85% van de gevallen de 75%-vrijstelling noodzakelijk is, lijkt hoog, gezien het feit dat 65% ook aangeeft dat een uitstelregeling de problemen zou wegnemen.
- 2 De problemen bij een bedrijfsopvolging als gevolg van de belastingheffing zouden wellicht weggenomen kunnen worden door een ruime uitstel van betalingsregeling. Een uitstelregeling sluit aan bij het draagkrachtbeginsel en is bij uitstek de oplossing voor een financieringsprobleem.
- 3 Alle fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden gebruikt, zodat zij een functie lijken te hebben bij een bedrijfsopvolging.
- 4 Aangezien de fiscalist voor de meeste faciliteiten geen bijzondere voorkeur heeft voor het gebruik ervan, zou het kunnen dat hij in iedere specifieke situatie beoordeelt welke faciliteit naar zijn mening het beste kan worden toegepast.
- 5 Het aangaan van een driejarig samenwerkingsverband met het oog op de bedrijfsopvolging lijkt het gebruik van de doorschuifregeling bij leven door mede-ondernemers op voorhand niet populair te maken.
- 6 Art. 3.63 Wet IB 2001 wordt ook gebruikt voor overdrachten aan derden.
- 7 Art. 3.63 Wet IB 2001 wordt ook gebruikt bij overlijden.
- 8 Art. 3.63 wordt gebruikt bij een overdracht van de onderneming aan een werknemer.
- 9 Er bestaat in de winstsfeer bij een bedrijfsopvolging bij leven een voorkeur voor het gebruik van een doorschuifregeling boven een uitstel van betalingsregeling. Het bereik van art. 25, lid 18 Invorderingswet 1990 lijkt klein.
- 10 Art. 25, lid 17 Invorderingswet 1990 heeft materieel de werking van een bijzonder tarief, maar het gebruik van de regeling lijkt beperkt. De wetgever zou het opnemen van een bijzonder tarief in de Wet IB 2001 in heroverweging moeten nemen.
- 11 In geval van een bedrijfsopvolging bij overlijden in de aanmerkelijkbelangsfeer wordt de voorkeur gegeven aan doorschuiven boven afrekenen.
- 12 Hoewel vanwege het ontbreken van een doorschuifregeling bij leven de verwachting is dat tijdens leven weinig bedrijfsopvolgingen zullen plaatsvinden waarbij een afrekening plaatsvindt, zijn er indicaties dat dat wel het geval is.
- 13 De wetgever zou voorrang moeten geven aan een vereenvoudiging van de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten.
- 14 De voortzettingsvereisten aan de faciliteiten worden als grootste knelpunt gezien voor de bedrijfsopvolging, terwijl een bedrijfsopvolging nou net impliceert dat er wordt voortgezet.
- 15 Het aangaan van een samenwerkingsperiode met het oog op de bedrijfsopvolging van drie jaar is te lang en zou verkort moeten worden.
- 16 De fiscale faciliteiten zijn van invloed op het moment waarop de opvolging plaatsvindt. De fiscalisten kiezen voornamelijk vanwege de fiscale faciliteiten voor een overdracht bij overlijden dan bij leven, terwijl dit om bedrijfseconomische redenen in zijn algemeenheid niet gewenst lijkt. Het ligt in de rede om dit neveneffect van de fiscale faciliteiten weg te nemen.

Bijlagen



Literatuurlijst

- Van Arendonk, 2000
Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, 2006
Baak, 1990
Boot en Ligterink, 2003
Bongaerts, 2003
Breembroek en Zemann, 2002
Brüll, 1964
Burgerhart en Hoogeveen, 2001
Burgerhart, 2003
Burgerhart, 2005
Burgerhart, 2008
Dillman, 2000
EC, Overnameplatformen, mei 2006
Van der Eijk, Flören en Jansen, 2004
EIM, februari 2004, Meijaard en Diephuis
EIM, najaar 2005, Gibcus en Verhoeven
EIM, december 2005, Van Gennip e.a.
EIM, juni 2006, Oudmaijer en Meijaard
EIM, oktober 2006, Oudmaijer
EIM, november 2006, Meijaard
Eindverslag deskundigengroep EU, 2002
Essers, 2003
EstateTip review, 2004
Expertgroep Familiebedrijven, 2007
- H.P.A.M. van Arendonk, De belastingherziening 2001: een vervolg, MBB 2000/9
F.H.J. Mijnssen e.a., Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel I, Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006
B.W. Baak, Enkele kanttekeningen bij de toepassing van art. 17 Wet 1B 1964, WFR 1990/702
A.W.A. Boot en J. Ligterink, Faciliteren, niet interveniëren, ESB dossier bedrijfs-overdrachten, vol. 88, nr. 4402, 2003, DII-DI2
P. Bongaerts, Goede overdracht versterkt concurrentiekracht, ESB dossier bedrijfs-overdrachten, vol. 88, nr. 4402, 2003, D30
J.A. Breembroek en M.Th. Zemann, Bedrijfsoverdracht: binnen de familie?, GIBO Groep, november 2002
D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip. Proeve van een toepassing van De Langen's beginselenleer op een specifiek onderwerp, dissertatie, NV Uitgeverij FED, Amsterdam, 1964
W. Burgerhart en M.J. Hoogeveen, Bedrijfsopvolging: stel niet uit tot morgen, wat u vandaag kunt doen, WPNR 2001/6433
W. Burgerhart, Certificering en legitieme portie; slikken of stikken?, Fiscaal Tijdschrift Vermogen 2003/2
W. Burgerhart, Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005
W. Burgerhart, Waarde en Erfrecht, Beschouwingen over de waarde van een onderneming in het erfrecht en enige verwante wetten (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008
Dillman, D. (2000). Mail and internet surveys: The tailored design method (2nd. Ed.). Chicester: Wiley
Europese Commissie, Overnameplatformen. Bevordering van de transparante beurzen voor de overdracht van ondernemingen in Europa, Verslag van de Expert-groep, mei 2006
R.P. van der Eijk, R.H. Flören, S.F. Jansen, Financiering van de bedrijfsoverdracht binnen familiebedrijven, onderzoek in opdracht van Berk Accountants en Belastingadviseurs, Kluwer, Deventer 2004.
J. Meijaard en B.J. Diephuis, Bedrijfsoverdrachten in het MKB, EIM, Zoetermeer, februari 2004
P. Gibcus en W. Verhoeven, Monitor Ondernemerslandschap, EIM, Zoetermeer, najaar 2005
K. van Gennip, J. Snijders, J. Meijaard, Y. Haane en H. Morris, Entrepreneurship in the Netherlands. Business transfer: a new start, EIM, in opdracht van Economische Zaken, Zoetermeer, december 2005
S.C. Oudmaijer en J. Meijaard, De externe adviseur bij bedrijfsoverdrachten in het MKB, EIM, Zoetermeer, juni 2006
S.C. Oudmaijer, Kenmerken van overnemers versus ondernemers, EIM, Zoetermeer, oktober 2006
J. Meijaard, Meer bedrijfsoverdrachten in hoogconjunctuur, EIM, Zoetermeer, november 2006
Eindverslag van de deskundigengroep van de EU inzake de overdracht van kleine en middelgrote bedrijven, Directoraat Generaal Ondernemingen, Europese Commissie, mei 2002
P.H.J. Essers, Het 1B-overlijdenstarief moet weer worden ingevoerd, opinie NTFR 2003/3
De verticale ouderlijke boedelverdeling mag dan wel niet meer bestaan, de 'verticale erfstelling' bestaat nog steeds, EstateTip Review 2004-28, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers
Expertgroep Familiebedrijven, Familiebedrijven, continuïteit en betrokkenheid in een dynamische Nederlandse economie, kvk Nederland, juni 2007

- Faber, 2003 L.P.D. Faber, Overdracht aan werknemers, *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D10
- Flören, 2002 R.H. Flören, *Cijfers en feiten van het familiebedrijf*, BDO, Eindhoven 2002
- Flören en Zwartendijk, 2003 R.H. Flören en G. W. Zwartendijk, *Star en toch flexibel*, *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D20-D21
- Flören en Geerlings, 2006 R.H. Flören en J.R. Geerlings, *Eigendom in het familiebedrijf en investeringsbehoefte bedrijf*, Universiteit Nyenrode, in opdracht van Bank Insinger de Beaufort NV, Breukelen 2006
- Geerts, Herrings en Peek, 2004 A. Geerts, W.J.A. Herrings en M.J.P.M. Peek, *Economisch Bureau ING, MKB-special 2004, Nieuw Perspectief na eigendomswisseling in het MKB. Eigendomswisselingen in drie Europese regio's nader bezien*, februari 2004
- Hoogeveen, 2000 M.J. Hoogeveen, *De zin en onzin van een doorschuifregeling voor de bedrijfsopvolging*, *WFR 2000/1134*
- Hoogeveen, 2004 M.J. Hoogeveen, *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, FED-brochure, Kluwer, Deventer 2004
- Hoogeveen, 2005 M.J. Hoogeveen, *Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005
- Jansen, 2000 J.J.M. Jansen, *De nieuwe doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting*, *WFR 2000/1171*
- Kikkert, 2003 M.W.L. Kikkert, *Het belang van soepele overdracht*, *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D3
- Krueger & Casey, 1998 Krueger, R.A. & Casey, M.A. (1998). *Focus groups: A practical guide for applied research* (3rd. Ed.). Thousand Oaks, Ca: Sage
- Langman en Lugt, 2005 M.A. Langman en M.G.H. Lugt, *Bedrijfsoverdracht in het MKB, moeilijk of makkelijk, Ondernemerschap in perspectief*, LangmanEconomen, in opdracht van de ING-Bank en MKB Nederland, Diemen, oktober 2005
- Meijers, 1954 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1954*
- Meussen, 2000 G.T.K. Meussen, *Inkomstenbelastingaspecten Wet ondernemerspakket 2001*, *TFO 2000/52*
- NIPO, Kerstens, 2001 L. Kerstens, *Bedrijfsoverdracht en -overname*, NIPO, in opdracht van KVK, november 2001
- NIPO, DGA-barometer 2003 DGA-barometer 2003, H. 't Hullenaar, *DGA-er voor oude dag niet afhankelijk van verkoopwaarde van bedrijf*, NIPO, in opdracht van RABO, 2003
- Parl.Gesch. Boek 4 Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben, M.R. Kremer, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Vaststellingswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002
- Robson, 2002 Robson, C. (2002). *Real World Research* (2nd. Ed.). Oxford: Blackwell
- Schols, 2001 B.M.E.M. Schols, *Het 'legatum per vindicationem' in de gedaante van executeur-testamentair als 'Vermächtnisvollstrecker'*, *WPNR (2001) 6436*
- Schols, 2004 F.W.J.M. Schols, *Bewind en aan bewind verwante vormen (preadvies KNB)*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004
- Spaanstra, 1963 J. Spaanstra, *Realisatieprincipe en doorschuiffaciliteiten in de inkomstenbelasting (slot)*, *WFR 1963/521*
- Stevens, 2001 L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001, Fiscale hand- en studieboeken*, Kluwer 2001
- S.A. Stevens, 2005-1 S.A. Stevens, *Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005
- S.A. Stevens, 2005-2 S.A. Stevens, *Bestaande bedrijfsopvolgingsfaciliteit spant paard achter de wagen*, *WFR 2005/387*
- Thomassen, 2002 A.J. Thomassen, *Familiebedrijven in Nederland, Een schets van de feiten en cijfers*, Centrum voor het familiebedrijf, Tilburg 2002
- Vegter, 2004 J.B. Vegter, *Bewind en aan bewind verwante vormen (preadvies KNB)*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2004
- Warmerdam, 2003 J. Warmerdam, *Fiscale en financieringsproblemen*, *ESB dossier bedrijfsoverdrachten*, vol. 88, nr. 4402, 2003, D31
- Wils en Oostdijk, 2002 J. Wils en A. Oostdijk, *Bedrijfsoverdrachten in het MKB*, Research voor beleid BV, Leiden, december 2002
- Zwemmer, 2004 J.W. Zwemmer, *De heffing van successie- en schenkingsrecht bij bedrijfsopvolging*, *WPNR 2004/6576*

Benaderde kantoren en beroepsorganisaties met toezegging medewerking

Kantoren

- ABAB
- Berk Accountants en Belastingadviseurs
- BDO CampsObers Accountants & Belastingadviseurs b.v.
- Estate Planning Expert
- GIBO Groep
- Heuvelrug Notarissen
- KPMG
- Loyens & Loeff
- Pereira, Van Vliet & Partners
- PricewaterhouseCoopers
- Visser & Visser Accountants-Belastingadviseurs

Kantoororganisaties

- Samenwerkende Registeraccountants en Accountants-Administratieconsulenten (SRA)
- Vereniging van Accountants- en Belastingadviesbureaus (VLB)

Verenigingen en beroepsorganisaties

- College Belastingadviseurs (CB)
- Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
- Netwerk Notarissen
- Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB)
- Nederlandse Federatie van Belastingadviseurs (NFB)
- Vereniging voor agrarische specialisten in het notariaat (VASN)
- Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN)

Over ...

Universiteit van Tilburg

De Universiteit van Tilburg (UVT) is een inspirerende universiteit: zij biedt een omgeving waar studenten, medewerkers en alumni worden uitgedaagd en geïnspireerd. Zij is authentiek, heeft de academische vrijheid hoog in het vaandel en streeft voortdurend naar vernieuwing. De UVT wil door haar uitmuntende academisch onderwijs en onderzoek op het gebied van mens- en maatschappijwetenschappen zowel nationaal als internationaal bijdragen aan de kwaliteit van de samenleving. Dit doet zij door mensen op te leiden voor verantwoordelijke posities in de samenleving en door bij te dragen aan maatschappelijk duurzame oplossingen. De UVT weet zich daarbij geïnspireerd door een rijke traditie, die ruimte biedt voor reflectie en die aandacht stimuleert voor levensbeschouwing in relatie tot wetenschap.

BDO CampsObers Accountants & Adviseurs

BDO CampsObers Accountants & Adviseurs verleent vanuit vestigingen in heel Nederland met zo'n 2.000 professionals diensten op het gebied van accountancy, belastingadvies en consultancy. BDO richt zich met name op het Nederlandse middenbedrijf en is sterk in de advisering aan groeiende ondernemingen. BDO is aangesloten bij BDO International, een wereldwijd netwerk van zelfstandige en onafhankelijke organisaties die onder de merknaam BDO actief zijn op het gebied van de zakelijke dienstverlening.

Voor Vrij Ondernemen

BDO is gespecialiseerd in het overnemen van knellende lasten bij de ondernemer, zodat die zich kan richten op het vrije ondernemerschap. Met de juiste adviezen staat BDO ondernemers terzijde, waar en wanneer zij dit willen. Dat is wat BDO bedoelt met Vrij Ondernemen.

Voor meer informatie over adressen en telefoonnummers van onze kantoren kunt u onze internetsite raadplegen: www.bdo.nl

