

DUBBELE BELASTINGHEFFING BIJ OVERDRACHT VAN EEN BEDRIJF

door J. P. H. Smits

Inleiding.

In het Besluit op de inkomstenbelasting 1941 wordt een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën belastingplichtigen, die wij korthedshalve de „bedrijfsman” en de „particulier” zullen noemen. De eerste is degene, die een bedrijf voert of een zelfstandig beroep uitoefent. Aangenomen, dat hij geen andere inkomstenbronnen heeft dan zijn bedrijf of beroep, moet hij zijn *winst* als inkomen opgeven, de bepaling waarvan is geregeld in de artt. 6/12 en 22 van het besluit. De particulier geeft zijn *zuivere inkomsten* op, dat is het netto bedrag van zijn verschillende bronnen van inkomen, de algebraïsche som waarvan het onzuivere inkomen oplevert. De bepaling hiervan is geregeld in de artt. 13 e.v. van het besluit. Voor beide categorieën geldt, dat ter bepaling van het zuivere inkomen, de winst, resp. het onzuivere inkomen, wordt verminderd met de onverrekende verliezen en de persoonlijke verplichtingen.

Zowel voor de particulier als voor de bedrijfsman geldt art. 48, regelende de gevallen, waarin het bijzondere tarief zal worden toegepast. Dit is doorgaans het geval als baten, die in een reeks van jaren zijn ontstaan, in één jaar worden gerealiseerd. Terecht is de wetgever van oordeel geweest, dat hier een matiging van de progressie moet plaatsvinden, omdat het marginale percentage der heffing over zulk een gerealiseerde bate veel hoger zou zijn, dan indien die bate in kleine gedeelten aan de jaarlijkse winst zou zijn toegevoegd geweest. M.b.t. de bedrijfsman wordt dat bijzondere tarief toegepast bij liquidatie of overdracht van zijn bedrijf (art. 20) of van zijn zelfstandig uitgeoefende beroep (art. 24), waarbij de eerste f 7.500,— liquidatiewinst buiten de heffing blijven. In welke gevallen art. 48 voor de particulier van toepassing is, is voor onze beschouwing van geen betekenis en wordt daarom niet besproken.

Winst.

„Winst is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam of in welke vorm ook, worden verkregen uit bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep” luidt art. 6 I. B. Het is niet onaardig, de herkomst van deze definitie na te gaan. Een rederij besloot tot liquidatie — het was een N.V. doch dat doet niet ter zake, aangezien de N.V. haar winst op dezelfde wijze bepaalt als de bedrijfsman, daar de artt. 6/11 en 22 I. B. ook van toepassing zijn bij de winstbepaling door lichamen — en maakte winst bij de verkoop van haar schepen. Deze gaf ze niet op en, daarvoor ter verantwoording geroepen door de Inspecteur stelde zij, dat volgens de statuten het doel van de N.V. was (geweest) „het exploiteren van één of meer schepen in de ruimste zin”, doch, aldus de belanghebbende, hoe ruim het woord „exploiteren” ook wordt genomen, nóóit kan daar verkoop mee zijn bedoeld. De Hoge Raad was het hiermede nochtans niet eens en definieerde het winstbegrip als bovenstaand, daaraan nog toevoegende: „zelfs als het behalen van die winst niet in de bedoeling van de bedrijfsuitoefening heeft gelegen.

Liquidatiewinst is derhalve een voordeel, dat wordt verkregen uit een bedrijf of zelfstandig uitgeoefend begrip, en als zodanig winst.

Art. 36 I. B.

Dit artikel, dat voor onze beschouwing van grote betekenis is, geven wij letterlijk. Het luidt:

- „1. Tot de bestanddelen van het in art. 5 lid 1, omschreven onzuiver inkomen behoren mede:
 - 1e. afkoopsommen, schadeloosstellingen en tegemoetkomingen, welke toegekend zijn:
 - a. ter vervanging van gederfde of te derven beloningen, al dan niet ingegane periodieke uitkeringen en andere opbrengsten en inkomsten, dan wel
 - b. terzake van het staken of het niet verrichten van werkzaamheden in de ruimste zin, dan wel wegens het prijsgeven van een uitzicht op deelgerechtigdheid in een bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep;
 - 2e. enz. voor ons artikel van geen betekenis.
2. Bestaat de afkoopsom, schadeloosstelling of tegemoetkoming, dan wel het in lid 1, 2e, bedoelde bedrag in de toekenning van een recht, dat periodieke opbrengsten oplevert (zoals het recht op een lijfrente of op een winstaandeel) dan worden slechts deze periodieke opbrengsten, doch niet het eraan ten grondslag liggende recht (stamrecht) tot het inkomen gerekend.
3. De onder lid 1 vallende bedragen worden, voor zover zij niet onder lid 2 vallen, op daartoe gedaan verzoek afzonderlijk belast op de voet van art. 48.”

Arrest van de Hoge Raad dd. 28 juni 1944.

De hoofdzaken van dit uiterst belangrijke arrest, dat de voorloper is geweest van het arrest dd. 17 oktober 1956, dat de directe aanleiding is geweest voor deze beschouwing, laten wij hier volgen.

De casuspositie was aldus:

een accountant had met een N.V. een overeenkomst gesloten, waarbij hij voor t.b.v. de N.V. te verrichten werkzaamheden, levenslang een jaarlijkse vergoeding van f 4.000,— had bedongen. In 1941 werd deze overeenkomst teniet gedaan en als schadeloosstelling ontving de accountant een bedrag ad. f 6.000,—, dat hij, ex art. 36, 3e lid, wilde zien belast op de voet van art. 48. Met de Inspecteur was de Raad van Beroep van mening, dat de accountant de bedoelde werkzaamheden niet had verricht in dienstbetrekking maar in zelfstandig uitgeoefend beroep van accountant, doch trok hieruit, anders dan de Inspecteur, niet de conclusie, dat nu art. 36 niet van toepassing zou zijn. Weliswaar, aldus de R.v.B., geldt art. 36 volgens de leidraad niet voor winst uit een zelfstandig uitgeoefend beroep, doch deze mededeling vindt geen steun in enige bepaling van het besluit. Dit klemt temeer, nu in par. 41 van de toelichting en leidraad wordt gezegd, dat de bedoeling van art. 48 is, de progressie te matigen t.a.v. bestanddelen van het onzuivere inkomen, welke eigenlijk op een reeks van — reeds verstreken of toekomstige — jaren betrekking hebben.

Op grond hiervan vernietigde de R.v.B. de beschikking van de Inspecteur en belastte de bewuste f 6.000,— op de voet van art. 48.

De waarnemende secretaris-generaal van het Departement van Financiën tekende cassatie aan en stelde natuurlijk, dat de f 6.000.— behoorden

tot de winst van de belastingplichtige ingevolge het — toen nog geldige — art. 8 van het besluit en dat die winst moest worden berekend als een ondeelbaar geheel in die zin, dat niet wordt onderscheiden naar de aard der baten, die haar samenstellen. Slechts bij het overdragen van het beroepsvermogen of bij het staken of overdragen van de beroepsuitoefening wordt eventueel een gedeelte van de winst afzonderlijk in beschouwing genomen en art. 36 maakt op de ondeelbaarheid van de winst geen verdere inbreuk.

Niet aldus de Hoge Raad. Wij laten zijn overwegingen hier in extenso volgen:

„dat weliswaar een door de belastingplichtige ontvangen schadeloosstelling als waarvan ten deze sprake is ingevolge art. 8 van het Besluit op de inkomstenbelasting 1941 behoort tot zijn winst en dus ook buiten art. 36, lid 1, om tot de bestanddelen van zijn onzuiver inkomen moeten worden gerekend, doch hieruit nog niet volgt, dat een dergelijke schadeloosstelling niet zou behoren tot de in dat lid 1 bedoelde schadeloosstellingen, toegekend ter vervanging van te derven beloningen;

dat het immers vooreerst geen twijfel kan lijden, dat onder „beloningen” in dat lid 1, onder a, vermeld het loon voor in dienstbetrekking verrichte arbeid is begrepen en dat dus de afkoopsom, schadeloosstelling of tegemoetkoming, welke ter vervanging van gederfd of te derven arbeidsloon is toegekend, is een afkoopsom, schadeloosstelling of tegemoetkoming als in dat eerste lid bedoeld, doch zulks niet wegneemt, dat een zodanige afkoopsom, schadeloosstelling of tegemoetkoming omdat zij uit dienstbetrekking wordt genoten, ingevolge artikel 26 van het besluit mede als „loon” wordt aangemerkt en dus reeds ingevolge dit laatste artikel, dus eveneens buiten artikel 36 om, tot de bestanddelen van het onzuiver inkomen moeten worden gerekend;

dat naar het geldende spraakgebruik onder „beloningen” niet slechts is te verstaan het (arbeids)loon van artikel 1637a van het Burgerlijk Wetboek, maar evengoed een in geld en geldswaarde bestaande vergoeding voor in de zelfstandige uitoefening van een beroep verrichte werkzaamheden en dus een uitlegging, volgens welke een schadeloosstelling, toegekend wegens het derven van een dergelijke vergoeding, niet onder het eerste lid van artikel 36 zou vallen, met de tekst der bepalingen niet in overeenstemming is;

dat verder in dat eerste lid, onder 1e sub a, mede, al weer geheel in het algemeen, van „verdere opbrengsten of inkomsten” waaronder volgens artikel 5 ook winst uit bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep is te verstaan, sprake is, terwijl voorts gewezen wordt op de omstandigheid dat artikel 36 voorkomt in de afdeling welke het opschrift draagt: „Bepalingen, aan alle bestanddelen van het onzuiver inkomen gemeen”, hetgeen aan de opvatting, dat dit artikel in zijn eerste lid op afkoopsommen, schadeloosstellingen en tegemoetkomingen welke als vergoeding voor gederfde of te derven inkomsten uit bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep zijn toegekend geen betrekking zou hebben, allerminst steun geeft.”

Men zou zo zeggen dat er, fiscaal-juridisch gezien, tegen deze argumentering weinig kan worden ingebracht! Het beroep van de waarnemende secretaris-generaal werd dan ook verworpen. In een reeks van resoluties,

die thans hun betekenis hebben verloren, werd de opvatting van de Hoge Raad ten faveure van de belastingplichtige uitgebreid in die voege dat, als goodwill en stille reserves in één complex werden gerealiseerd, art. 36, 2e lid, óók t.a.v. de stille reserves kon worden toegepast — een praktische maatregel ter voorkoming van een moeilijke splitsing van de overdrachtswinst in goodwill en stille reserves. In de vakpers werd deze ministeriële opvatting te vrijgevig gevonden. Zo betoogden de Hoofdinspecteurs *Fray en Sleddering* in het „Weekblad der Belastingen”, dat de lijfrente-construcie wel kon worden toegepast op de goodwill, doch niet op de stille reserves.

De salto-mortale van de Hoge Raad.

Als een bom viel het arrest van de Hoge Raad dd. 17 oktober 1956 (B.N.B. 1956/313) in de, tengevolge van het bovenbesproken arrest dd. 28 juni 1944 en de daarop gevolgde resoluties, jarenlang bestaende fiscale praktijk. We beginnen weer met het geven van de casuspositie.

Een belanghebbende oefende met zijn broer een vennootschap onder firma uit, welke zij in 1952 inbrachten in een N.V. Door deskundigen was het verschil tussen de bedrijfswaarde der ingebrachte zaken en de fiscale boekwaarde getaxeerd op f 72.242.68 en de goodwill op f 22.000,—. Beide firmanten kregen van de N.V. een lijfrente groot f 47.000,—, terwijl zij beiden in rekening-courant met de N.V. werden gecrediteerd voor f 121.34. De Inspecteur beschouwde het volle bedrag ad f 47.121.34 als overdrachtswinst, waarvan f 11.000,— (de goodwill derhalve) werd vrijgesteld ex art. 36, 2e lid — hierbij kennelijk de opvatting van *Fray en Sleddering* volgende.

Natuurlijk beriep de requirant in cassatie zich op de uitspraak van de Hoge Raad dd. 28 juni 1944 en de reeks van daarop gevolgde ministeriële resoluties, aan welke het hoogste rechtscollege echter geredelijk voorbij kon gaan, omdat die geen rechtskracht bezitten. De Inspecteur betoogde *dat het hem bekend was, dat het thans door hem ingestelde standpunt door het Ministerie van Financiën wordt gedeeld*¹⁾ (wij cursiveren) en dat art. 36 volgens de leidraad niet van toepassing is op inkomsten uit bedrijf. Hij stelde vervolgens, dat bij vervreemding van opbrengstgevende vermogensbestanddelen de prijsvorming mede wordt beïnvloed door de verwachtingen omtrent het rendement en dat, daar dit niet meer door de vervreemder zal worden genoten, de verkoopprijs een afkoopsom — aldus de Inspecteur — bij een bedrijf alleen de tegenwaarde van de goodwill betreft, omdat de verkoopwaarde hiervan alleen wordt bepaald door de opbrengstverwachtingen. M.b.t. de opbrengstwaarde van de bedrijfsmiddelen kan niet worden gezegd, dat hierin de invloed van de opbrengstfactor kan worden berekend op het bedrag van de fiscale overdrachtswinst. De verdere motivering is ons niet geheel duidelijk, doch wij interpreteren die als volgt:

bij waardering van bedrijfsmiddelen op de kostprijs minus redelijke afschrijvingen kan niet worden gezegd, dat de opbrengstverwachtingen zijn verwaarloosd, doch, door de wijziging van de koopkracht van de gulden kan desniettemin een discrepantie tussen geldswaarde en fiscale boekwaarde ontstaan, waardoor bij overdracht stille reserves worden ge-

¹⁾ Uit de hieronder besproken resolutie van 14 november 1956 blijkt, dat de Inspecteur inderdaad machtiging had gekregen, een proefproces te beginnen.

realiseerd. M.b.t. de jarenlang bestaande heffingspraktijk voegde de Inspecteur hieraan toe, dat het oordeel van de Minister van invloed kan zijn op hetgeen goed koopmansgebruik vordert, doch geen gewicht in de schaal kan leggen bij de uitlegging van wetsartikelen, die *niet* naar goed koopmansgebruik verwijzen. Ten overvloede wijzen wij erop, dat in art. 7, derhalve geldende voor de bedrijfsman, naar goed koopmansgebruik wordt verwezen.

Aan de cassatiemiddelen, die de belanghebbende aanvoerde, gaan wij voorbij, omdat ze, naar het ons voorkomt, vanzelf spreken. Maar wel geven wij de letterlijke tekst van de salto-mortale van de Hoge Raad:

„overwegende:

dat het middel ervan uitgaat, dat art. 36 van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 toepasselijk is ten aanzien van de belasting van winst, behaald met of bij het overdragen of liquideren van een bedrijf of een gedeelte ervan, doch ten onrechte;

dat met betrekking tot het belasten van de bedoelde winst uitsluitend van toepassing is de daaromtrent in art. 20 van het besluit opgenomen bijzondere regeling;

dat die regeling geen met het tweede lid van art. 36 overeenstemmend voorschrift bevat, weshalve voor vrijstelling van de belasting van overdrachtswinst, op grond, dat zij wordt genoten in de vorm van een toegekend recht op lijfrente, geen plaats is;

dat het middel derhalve geen doel treft;

dat uit het bovenstaande volgt, dat bij de regeling van de aanslag ten onrechte een gedeelte, groot f 11.000,—, van de door de belanghebbende behaalde winst niet is belast;

dat de Hoge Raad echter deze onjuistheid niet kan herstellen, daar zulks zou leiden tot een verhoging van de aanslag, waartoe de rechter in belastingzaken niet bevoegd is.”

In zijn arrest dd. 19 maart 1952 (B. 9204), dat wij, terwille van de plaatsruimte, niet zullen bespreken, had de Hoge Raad er weliswaar tegen gewaarschuwd, aan art. 36 een *te* ruime betekenis toe te kennen en geconstateerd, dat het *mogelijk* zou zijn, dat inkomstenbelasting zou worden geheven over het stamrecht zowel als over de daaruit voortvloeiende inkomsten, doch hij achtte toen nog deze dubbele heffing onjuist, als „vervroegde inkomsten” bestaande in een stamrecht, zouden worden genoten.

Is het arrest van de Hoge Raad dd. 17 oktober 1956 juist?

Uit de overweging blijkt, dat de Hoge Raad toepassing van art. 36 categorisch van de hand wijst, indien art. 20 van toepassing is. Hij ging hierbij nog verder dan de Inspecteur, die althans de goodwill wilde uitsluiten. Wij vragen ons af, of de opvatting van de Hoge Raad juist is en nemen daarom art. 36 nogmaals in beschouwing.

In het algemeen wordt art. 36, wegens zijn derde lid, beschouwd als een voor de belastingplichtige gunstig artikel. Maar . . . is het dat wel? Met name het eerste lid, 1e, letter b) wekt te dien aanzien ernstige twijfel. Hier vinden wij een aantal baten opgesomd: „het staken of het niet verrichten van werkzaamheden in de ruimste zin” en „het prijsgeven van een *uitzicht* op deelgerechtigdheid in een bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep”, die, zonder art. 36, buiten de inkomstenbelasting zouden vallen, doch daar nu in worden betrokken. Wij geven hiervan een voorbeeld:

Een amateur-accordeonist hinderde zijn overnerveuze bovenbuurvrouw mateloos met de bespeling van zijn instrument, waarmede hij echter prompt om elf uur 's avonds ophield. Juridisch stond hij derhalve volkomen in zijn recht. De bovenbuurman nochtans, bedacht op de huiselijke vrede, bood de amateur-musicus een som ineens aan op de voorwaarde, dat hij tussen 's avonds acht uur en 's morgens acht uur niet op zijn accordeon zou spelen, hetgeen werd aanvaard. De accordeonist had er geen flauwe notie van, dat hij inkomen ex art. 36 had genoten, wat toch het geval was, aangezien hij een vergoeding had gekregen terzake van het niet verrichten van werkzaamheden.

Schijnbaar misleidend is ook de tirade: „dan wel wegens het prijsgeven van een uitzicht op deelgerechtigdheid in een bedrijf of zelfstandig uitgeoefend beroep” waardoor het lijkt, alsof de liquidatiewinst onder art. 36 wordt gebracht — en de overwegingen van de Hoge Raad dd. 28 juni 1944 geven ook wel aanleiding om dit te denken. Toch komt het ons voor, dat dit niet juist is. Want een *uitzicht* op deelgerechtigdheid impliceert immers, dat er nog geen deelgerechtigdheid *is*, het zou, bij het bestaan van een deelgerechtigdheid, zêêr gewrongen zijn, de ook in de toekomst bestaande deelgerechtigdheid met een uitzicht daarop te betitelen. Als iemand een dienstbetrekking heeft, dan heeft hij geen uitzicht op een dienstbetrekking, maar wel uitzicht op uit die dienstbetrekking voortvloeiende beloningen — het uitzicht op een *bron* van inkomen is éénmalig, het uitzicht op de opbrengst daarvan periodiek.

Hieruit volgt dus, dat art. 36, 1e lid letter b) niet de bedrijfsman, maar de aspirant-bedrijfsman in de inkomstenbelasting betreft en dat de eerste zijn inkomen uitsluitend bepaalt op de voet van de artt. 6/12 en 22 I.B., waarbij de artt. 20 en 24 een tariefaangelegenheid regelen doch, anders dan vóór 1950, niet meer bepalen, wat onder overdrachtswinst moet worden verstaan.

Onze conclusie moet dan ook luiden — en enigszins ondeugend citeren wij nu de Hoge Raad zelf in zo menig arrest: „wat ook zij van de overwegingen van de Hoge Raad in 1944” — *is zijn arrest dd. 17 oktober 1956 juist.* ²⁾

Waar ligt de fout?

Als de „gewone man er het zijne van zou zeggen”, zou hij eenvoudig constateren, dat dubbele heffing van hetzelfde inkomen een dwaasheid zou zijn. Maar — helaas — de wetgevende en rechtsprekende colleges zijn geen „gewone mannen”. Toch moeten wij de gewone man volkomen gelijk geven — er ligt dus ergens in de wet of in de rechtspraak een fout — wáár ligt die fout? Licht die bij de Hoge Raad? Naar wij menen te hebben aangetoond, stellig niet. Meer dan in 1944 heeft het hoogste rechtscollege zich gehouden aan de tekst van het besluit en dat kan niet anders dan worden toegejuicht. Want te vaak reeds heeft de Hoge Raad rechtgesproken naar hetgeen de wetgever had bedoeld maar niet gezegd en, met alle respect voor de deskundigheid en de integriteit van dit college, hiermede toch een element van onzekerheid geschapen, die de beoordeling van de vraag, of een cassatieprocedure aanhangig moest worden gemaakt, in de sfeer van de speculatie bracht. Dat de Hoge Raad hierop is teruggekomen, kan niet anders dan worden toegejuicht.

Ook ligt de fout niet in de voorschriften omtrent de bepaling van de

²⁾ Een zinsnede, die herhaaldelijk voorkomt in de arresten van de Hoge Raad: „wat ook zij van de overwegingen van de Raad van Beroep, is zijn beslissing juist”.

winst,³⁾ ook niet in artikel 36 doch in art. 34 volgens hetwelk periodieke uitkeringen integraal door de inkomstenbelasting worden getroffen. Iedere levensverzekering- en lijfrente-uitkering bestaat uit een spaardeel, de premie, vermeerderd met de samengestelde intrest daarover. M.b.t. de levensverzekering is de premie niet aftrekbaar van het inkomen en de belasting wordt bij uitkering alleen berekend over het rentebestanddeel (art. 33). Bij een lijfrente-uitkering is echter zowel het spaardeel als de intrest belast. Als de belastingplichtige er nu maar voor zorgt, dat de premie het in art. 16 genoemde maximum van f 3.600,— niet overschrijdt, zal hij eerder vóór dan nadeel van art. 34 hebben, omdat doorgaans het arbeidsinkomen bij het ingaan van een lijfrente aanzienlijk is verminderd en het marginale percentage daarom lager zal zijn. Maar als de verzekerde nu een koopsom heeft gestort? Elke levensverzekeringsmaatschappij zal hem dat, vanwege de fiscale consequenties, ernstig afraden, want van die koopsom zal, ex art. 16, slechts éénmaal f 3.600,— als persoonlijke verplichting in aanmerking worden genomen. Door het storten van een koopsom zou de verzekerde zich sterk benadelen, omdat hij, op f 3.600,— na zowel over het stamrecht als over de uitkeringen inkomstenbelasting zou moeten betalen. Over het stamrecht zou hij immers betalen, omdat de koopsom zou worden voldaan uit besparingen op zijn inkomen, waarover in het verleden reeds inkomstenbelasting was betaald.

Maar bij realisering van stille reserves en goodwill bij overdracht of liquidatie van een beroep of bedrijf tegen beding van een lijfrente, doet de belastingplichtige in wezen niet anders, dan een lijfrente kopen tegen betaling van een koopsom.⁴⁾ Met alle nare fiscale consequenties, daaraan verbonden.

Het is ons nooit duidelijk geweest, waarom de lijfrente-uitkering in haar geheel wordt belast en de levensverzekeringsuitkering niet, m.a.w., waarom de lijfrentepremie wel in mindering van het inkomen mag worden gebracht en de levensverzekeringspremie niet. Maar uit het bovenstaande volgt wel dat het belasten van de volle lijfrentetermijn in bepaalde gevallen — met name bij het storten van een koopsom of het bedingen van een lijfrente bij liquidatie, een onbillijke dubbele belastingheffing meebrengt. Daar — en daar alleen — ligt de fout.

Een fout overigens, die gemakkelijk zou kunnen worden hersteld. Aangenomen, dat ook de wetgever dubbele belastingheffing van hetzelfde inkomen uit den boze vindt, kunnen alternatief twee wijzigingen in het besluit worden aangebracht en wel:

- a. voor lijfrenteuitkeringen wordt dezelfde regeling gegeven als voor levensverzekeringsuitkeringen, n.l., dat alleen het rentebestanddeel is belast. De vrijstelling van de lijfrentepremie ex art. 16 zou dan dienen te vervallen. Art. 31, 1e lid, 4e zou moeten worden gewijzigd in „interessen, begrepen in levensverzekering- en lijfrente-uitkeringen” en aan art. 34 zou een derde lid moeten worden toegevoegd: „het in de vorige leden bepaalde is niet van toepassing op lijfrenteuitkeringen”, waaraan dan, ter voorkoming van misverstand, een zinsnede zou kunnen worden toegevoegd: „onder een lijfrente wordt verstaan een perio-

³⁾ Fiscaal-technisch gezien! Bedrijfseconomisch is op de fiscale winstbepaling wel het een en ander aan te merken, getuige o.a. de publicaties van Prof. Dr. J. L. Meij.

⁴⁾ Uit het arrest blijkt niet, of die f 3.600,— als lijfrentepremie — en dus als persoonlijke verplichting — in aanmerking zijn genomen. Wij nemen aan, dat dit wel het geval is geweest.

dieke uitkering, die afhankelijk is van het leven van degene(n) die haar geniet(en).

- b. door aan art. 20 een vierde lid toe te voegen: „bestaat de liquidatiewinst of overdrachtswinst in de toekenning van een recht, dat periodieke uitkeringen oplevert, dan worden slechts deze periodieke uitkeringen en niet het daaraan ten grondslag liggende recht (stamrecht) tot het inkomen gerekend.” Art. 36, 2e lid zou dan kunnen (doch niet behoeven) te worden gewijzigd in: „met betrekking tot afkoopsommen, schadeloosstellingen en tegemoetkomingen, als in het eerste lid bedoeld, vindt art. 20, 4e lid overeenkomstige toepassing.”

De opvatting van Prof. Smeets.

Prof. Smeets heeft een uitvoerige annotatie gegeven bij het geruchtmakende arrest van 17 oktober 1956, waaraan wij het volgende ontleen.

In beginsel is de opvatting van Fray en Sleddering juist, doch zij maken onvoldoende onderscheid tussen *stille* en *geheime* reserves. Prof. Smeets merkt dan op: „het bestaan van de eerste kan uit de gepubliceerde jaarstukken blijken, zonder dat nochtans haar omvang bekend is; bij geheime reserves blijven zowel het bestaan als de omvang verborgen.” Deze geheime reserves — aldus Z.H.G. — welke b.v. het gevolg zijn van in de balans niet voorkomende, nochtans aanwezige, activa, zullen behoren tot de normale winst van het jaar, waarin zij aan de dag treden — m \ddot{a} ar, voegt hij eraan toe „praktisch zijn geheime reserves niet te achterhalen, zij zullen zich voordoen als overdrachts- of liquidatiewinst.” M.a.w. de fiscus zal onmachtig zijn, de geheime reserves op de juiste wijze te belasten. Wat de stille reserves betreft, ligt de zaak anders — Prof. Smeets wijst op het lifo-systeem, waarbij het bestaan van fiscaal-toegestane reserves uit de balans blijkt, maar goed koopmansgebruik toelaat, dat de winst hierop wordt gerekend tot de winst van het jaar, waarin die voorraad geheel of ten dele wordt gerealiseerd.

Z.H.G. geeft dan een interessante analyse van de overdrachtswinst die hij *theoretisch* (wij cursiveren) onderscheidt in drie elementen t.w.:

- a. een vergoeding voor in het verleden gederfde winst,
- b. idem voor in de toekomst te derven winst,
- c. winst, die fiscaalrechtelijk ontstaat en dus behoort tot het jaar, waarin de overdracht of liquidatie plaats vindt en waarvoor art. 36, 1e lid, niet geschreven behoefde te worden (of . . . is? S), omdat deze reeds onder art. 7, 1e lid valt en wordt belast volgens art. 20 1e en 3e lid en waarop de lijfrenteconstructie niet kan worden toegepast. En hij concludeert dan: „dat de Hoge Raad *hiervoor* art. 36, 2e lid, niet van toepassing acht, lijkt mij juist.”

Hieruit volgt o.i., dat Prof. Smeets de lijfrenteconstructie wel van toepassing acht op de elementen sub a. en b. van de liquidatiewinst en dat hij dus, impliciet, de uitspraak van de Hoge Raad verwerpt. Zeer duidelijk blijkt dit uit de zinsnede: „naar mijn mening mag althans voor het goodwillbestanddeel zeer wel een beroep worden gedaan op art. 36, 2e lid juncto het 1e lid, letter a — zo niet ook letter b.”

Met alle respect, aan deze fiscale autoriteit verschuldigd, menen wij toch, van inzicht met hem te moeten verschillen. Prof. Smeets redeneert, naar het ons voorkomt, op de eerste plaats als econoom — de leden van de Hoge Raad zijn op de eerste plaats juristen. Prof. Smeets beoordeelt het probleem

naar de billijkheid m.b.t. de belastingheffing en daar ook hij kennelijk van mening is, dat de wetgever geen dubbele belasting over hetzelfde inkomen heeft gewild, komt hij tot zijn boven weergegeven conclusie. Maar ook Prof. Smeets redeneert hier vanuit hetgeen de wetgever heeft bedoeld maar niet gezegd. De Hoge Raad daarentegen heeft zich gehouden aan hetgeen de wetgever wel heeft gezegd en op deze grond achten wij zijn standpunt — met alle waardering voor het betoog van Prof. Smeets, toch juist dan dat van Z.H.G.

Het Ministeriële standpunt.

Nog even terugkomende op de annotatie van Prof. Smeets, halen wij de aanvang daarvan aan, luidende: „het bovenstaande arrest zet met één klap alles op losse schroeven, wat sinds de res. van 15 april 1947, B. Nr. 8338 aan lijfrenteconstructies, soms zeer vernuftig, is tot stand gebracht; natuurlijk zal de Minister wel overgangsbepalingen moeten maken om alles wat, mede met zijn sanctie, op dit gebied tot stand is gekomen, zo veilig mogelijk te stellen.”

En dat heeft de Minister ook gedaan in de resolutie van 14 november 1956, nr. 193, waaraan wij het volgende ontleenen. Met instemming van de Minister is dit proces aanhangig gemaakt, omdat de vrijstelling van f 7.500,— liquidatiewinst en de verhoging van de aftrekbare lijfrentepremie tot f 3.600,— per jaar, de situatie dermate had veranderd, dat dit tot nadere bezinning op de desbetreffende wetsbepalingen en de praktische toepassing daarvan noopte. Allereerst was daartoe nodig te weten, welke interpretatie de Hoge Raad aan de desbetreffende bepalingen gaf. Dit is thans bekend — de verschillende aanschrijvingen van de jaren 1944 t/m 1953 zijn hiermede achterhaald. Nochtans heeft hij zich bereid verklaard, van geval tot geval te onderzoeken, of er geen termen aanwezig zijn, de z.g. „hardheidsclausule” toe te passen. In twee artikelen van het Besluit is deze te vinden, n.l. in art. 55, 1e lid 3e en in art. 59, 1e lid 4e. Naar de laatste, waarvan de redactie luidt: „... om in bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard, die zich bij de toepassing van dit besluit mochten voordoen” wordt in de resolutie verwezen. De Minister zal derhalve van geval tot geval bekijken, of, indien een bedrijf of beroepsuitoefening wordt gestaakt of overgedragen tegen een contraprestatie, welke geheel of ten dele uit een stamrecht bestaat, dan wel, indien in onmiddellijke samenhang met de overdracht of liquidatie van een bedrijf of beroep een lijfrente wordt gekocht, sprake zal zijn van een bijzondere hardheid. De Minister voegt hieraan toe: „ik heb hierbij in het bijzonder die gevallen op het oog, waarin de belastingplichtige genoodzaakt is een lijfrente te bedingen of te kopen, teneinde op deze wijze in zijn levensonderhoud en dat van zijn echtgenote te voorzien”.

Naar het ons voorkomt, zijn door deze departementale tegemoetkoming aan het arrest de ergste giftanden uitgetrokken. Toch rijst de vraag: „wat moet worden verstaan onder *levensonderhoud*? Zoals bekend is, gaat de Hoge Raad m.b.t. de buitengewone last zeer ver — zal de Minister hem hierin volgen? Zal, als iemand een vermogen heeft, van welks opbrengst hij niet kan leven, de hardheidsclausule worden toegepast of zal het standpunt worden ingenomen, dat alsdan de lijfrente niet noodzakelijk is voor levensonderhoud van de belanghebbende en zijn echtgenote?

Uiteraard zijn deze vragen voor de praktijk van groot belang. Het komt in de praktijk immers herhaaldelijk voor, dat een vennoot wil uittreden uit een vennootschap onder een firma en dan een bepaald percentage van de winst bedingt voor zichzelf en zijn echtgenote. Dit is dan een lijfrente — dat het bedrag der jaarlijkse uitkering niet vaststaat, doet niet er zake. Door het arrest van de Hoge Raad zouden dan niet alleen de jaarlijkse winstuitkeringen zijn belast, doch ook de contante waarde daarvan — het stamrecht.

Het is te begrijpen, dat het arrest bij vele belastingplichtigen, die voornemens zijn, hun bedrijf of beroepsuitoefening te staken of op een of andere wijze over te dragen, een gevoel van onzekerheid en groot onbehagen teweeg heeft gebracht — vanwege de fiscale consequenties, die, als de overdracht heeft plaatsgevonden, onafwendbaar zijn geworden. Gezien de grote belangen, die hiermede zijn gemoeid, zal de belastingplichtige, ingeval van twijfel, er goed aan doen, het Ministerie van Financiën te raadplegen, alvorens de overeenkomst definitief aan te gaan. Een wellicht tijdrovende, doch zekere weg, waardoor veel narigheid achteraf kan worden voorkomen. ⁵⁾

⁵⁾ Het laatste gedeelte hebben wij vrijwel letterlijk ontleend aan ons artikel in het „Algemeen Handelsblad“ 8 juni 1957.