

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

De kwalificatie van ab-vermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de Successiewet

Naam: Linsey Berg

Studentnummer: 372874

Begeleider: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Zoeterwoude, 28 april 2017

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding	1
1.1 Aanleiding	1
1.1.1 Belastingheffing bij overdracht ondernemingsvermogen	1
1.1.2 Belang van bedrijfsoverdrachten	2
1.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956.....	4
1.3 Probleemstelling en toetsingskader	5
1.4 Opbouw en afbakening.....	7
Hoofdstuk 2 – Belastingheffing bij de overdracht van ondernemingsvermogen op grond van de SW 1956.....	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Belastbaar feit & aanknopingspunten van heffing.....	9
2.3 Verkrijging krachtens erfrecht.....	10
2.3.1 De wettelijke verdeling.....	10
2.3.2 De uiterste wilsbeschikking.....	11
2.4 Verkrijging krachtens schenking of gift.....	12
2.5 Waardering ondernemingsvermogen.....	12
2.6 Tarieven en vrijstellingen	14
2.7 Samenvatting/tussenconclusie.....	15
Hoofdstuk 3 – De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956	16
3.1 Inleiding.....	16
3.2 Rechtvaardigingsgrond BOF	16
3.3 Elementen uit de BOF.....	18
3.4 Verkrijging ondernemingsvermogen (artikel 35b SW 1956)	18
3.4.1 Omvang vrijstelling (lid 1).....	18
3.4.2 De conserverende aanslag (lid 2 en 3)	19
3.4.3 Invloed tegenprestatie (lid 4)	20
3.4.4 Uitsluitend reële bedrijfsopvolging (lid 5 en 6).....	20
3.5 Begrip ‘ondernemingsvermogen’ (artikel 35c SW 1956)	20
3.6 Bezitseis (artikel 35d SW 1956).....	21
3.7 Voortzettingvereiste (artikel 35e SW 1956).....	21
3.8 Invloed van de verdeling (artikel 35f SW 1956).....	22
3.8.1 Verdeling nalatenschap (lid 1).....	22
3.8.2 Verdeling huwelijksgoederengemeenschap (lid 2)	24
3.9 Betalingsuitstel onderbedelingsvordering overige erfgenamen	24

3.10 Samenvatting/tussenconclusie	25
Hoofdstuk 4 – Kwalificerend direct ab.....	27
4.1 Inleiding.....	27
4.2 Ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001.....	27
4.3 Ab in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001.....	28
4.4 Soort ab en meesleep ab	32
4.5 Meetrek ab en fictief ab	34
4.6 Samenvatting/tussenconclusie.....	38
Hoofdstuk 5 – Gefaseerde bedrijfsopvolging.....	40
5.1 Inleiding.....	40
5.2 Afwijkende behandeling preferente aandelen in overeenstemming met ratio BOF?	40
5.3 Aanvullende voorwaarden preferente aandelen.....	46
5.4 Kwalificerende medegerechtigdheid.....	53
5.5 Samenvatting/tussenconclusie.....	55
Hoofdstuk 6 – Kwalificerende indirecte belangen	58
6.1 Inleiding.....	58
6.2 Consolidatiebepaling.....	58
6.3 Indirect ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001	60
6.4 Indirecte verwaterde belangen.....	63
6.5 Overige indirecte belangen <5%	65
6.6 Samenvatting/tussenconclusie.....	69
Hoofdstuk 7 – Aanbevelingen.....	71
7.1 Inleiding.....	71
7.2 Voorwaarden aan de overdrager	71
7.3 Voorwaarden aan de verkrijger.....	74
7.4 Preferente aandelen	76
7.5 Kwalificerende medegerechtigdheid.....	77
7.6 Indirecte verwaterde belangen.....	78
7.7 Overige indirecte belangen <20%	79
7.8 Voorstel wijziging artikel 35c SW 1956	81
7.9 Samenvatting/tussenconclusie.....	83
Hoofdstuk 8 – Samenvatting/Conclusie	84
Literatuuroverzicht.....	88

Lijst van afkortingen

Ab	Aanmerkelijk belang
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CV	Commanditaire vennootschap
DCF	Discounted Cash Flow
Dga	Directeur-groootaandeelhouder
BOF	Bedrijfsopvolgingsfaciliteit (ex artikel 35b SW 1956)
IFRS	International Financial Reporting Standards
Inv. 1990	Invorderingswet 1990
MKB	Midden- en kleinbedrijf
RJ	Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving
SW 1956	Successiewet 1956
Uitv.reg. schenk- en erfbelasting	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
VOF	Vennootschap onder firma
WACC	Weighted Average Cost of Capital
Wet BRV 1970	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WEV	Waarde economisch verkeer

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding

1.1.1 Belastingheffing bij overdracht ondernemingsvermogen

Op grond van de SW 1956 wordt erfbelasting geheven over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. Overeenkomstig wordt schenkbelasting geheven over de waarde van verkrijgingen krachtens schenking.¹ Aan de heffing van schenk- en erfbelasting liggen verschillende beginselen ten grondslag.² Het draagkrachtbeginsel wordt als de belangrijkste rechtvaardigingsgrond voor de successiewet gezien.³ Een schenking of erfenis van € 100.000 leidt tot dezelfde draagkrachtvermeerdering als een arbeidsbeloning van € 100.000. Vanuit het gelijkheidsbeginsel moet iedere draagkrachtvermeerdering in de belastingheffing worden betrokken, ongeacht hoe de draagkrachtvermeerdering is ontstaan.⁴ Naast het draagkrachtbeginsel wordt ook wel het buitenkansbeginsel (of beginsel van de bevoorrechte verkrijging) opgeworpen als rechtvaardigingsgrond voor de schenk- en erfbelasting. Op grond van dit beginsel is het gerechtvaardigd belasting te heffen over het vermogen dat zomaar naar de verkrijger toevloeit, zonder dat hij hiervoor enige moeite heeft hoeven doen.^{5,6} Ten slotte wordt in de parlementaire geschiedenis de sluisgedachte nog aangehaald als rechtvaardigingsgrond. Met de sluisgedachte wordt bedoeld dat de vermogensaanwas ofwel de sluis van de inkomstenbelasting, ofwel de sluis van de successiewet passeert.⁷

Ook wanneer ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht wordt verkregen, treedt in beginsel belastingheffing op voor de successiewet. Niet alleen voor de schenk- en erfbelasting, maar ook voor de inkomstenbelasting leidt de overdracht van een onderneming tot belastingheffing. De overdracht van een IB-onderneming leidt tot staking van de subjectieve onderneming. Over de stakingswinst die hierbij ontstaat, moet worden afgerekend. Ook bij de vervreemding van tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen moet worden afgerekend over de vervreemdingsvoordelen.⁸ Belastingheffing bij bedrijfsoverdrachten kan een belemmerend effect hebben op bedrijfsoverdrachten en de continuïteit van ondernemingen. De regering is van mening dat belastingheffing geen barrière voor economisch gewenste bedrijfsoverdrachten mag vormen en heeft daarom een aantal fiscale faciliteiten in de wet opgenomen op grond waarvan niet direct belasting is verschuldigd bij bedrijfsoverdrachten.⁹ Tevens biedt de SW 1956 een faciliteit op grond

¹ Artikel 1, lid 1, SW 1956.

² Alleen de belangrijkste beginselen worden hier genoemd.

³ Martens & Sonneveldt 2016, hoofdstuk 1 en Gubbels & Van Vijfeijken 2016, onderdeel 1.1.0.C.b.

⁴ Gubbels & Van Vijfeijken 2016, onderdelen 1.1.0.A en 1.1.0.C.b.

⁵ Gubbels & Van Vijfeijken 2016, onderdeel 1.1.0.C.d.

⁶ Uit NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6 blijkt dat de staatssecretaris van Financiën het buitenkansbeginsel evenals het draagkrachtbeginsel nog steeds als rechtsgrond voor de SW 1956 ziet. Ook de Raad van State acht het heffen van schenk- en erfbelasting op grond van het buitenkansbeginsel nog steeds gerechtvaardigd, hoewel dit beginsel volgens de Raad van State niet meer de belangrijkste pijler voor de heffing is (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4, p. 2 en 3).

⁷ NnavV, *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 6.

⁸ Artikel 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001.

⁹ Zie bijv. MVT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

waarvan aan de verkrijger van ondernemingsvermogen een voorwaardelijke vrijstelling voor de schenk- en erfbelasting kan worden verleend. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 komt in paragraaf 1.2 aan de orde. Alvorens dit aan bod komt, ga ik in op het belang van bedrijfsoverdrachten en het versturende effect dat belastingheffing bij de verkrijging van ondernemingsvermogen kan hebben op de continuïteit van een onderneming.

1.1.2 Belang van bedrijfsoverdrachten

Binnen Europa zijn 99 van de 100 bedrijven MKB-ondernemingen (minder dan 250 werknemers) en wordt 58% van de toegevoegde waarde door het MKB geproduceerd. Het MKB levert een grote bijdrage aan de werkgelegenheid binnen Europa. Twee van de drie werknemers werken bij een MKB-bedrijf. Micro-ondernemingen (minder dan 10 werknemers) zijn van substantieel belang voor de werkgelegenheid binnen Europa. Deze categorie verschaft 29% van de totale werkgelegenheid. Daarmee is het microbedrijf bijna net zo belangrijk voor de werkgelegenheid als het grootbedrijf (meer dan 250 medewerkers), dat goed is voor 33% van de totale werkgelegenheid. Daarnaast wordt 21% van de werkgelegenheid door het kleinbedrijf (10-49 werknemers) en 17% door het middenbedrijf (50-249 werknemers) gecreëerd.¹⁰

Het MKB is ook voor Nederland van groot belang. De Nederlandse economie bestaat nagenoeg geheel uit MKB-bedrijven. In 2012 had 99,73% van de bedrijven in Nederland 1-249 werknemers in dienst en behoorde daarmee tot het MKB. Slechts 0,27% van de bedrijven had in 2012 meer dan 249 werknemers in dienst en maakte derhalve deel uit het grootbedrijf. Gemeten in absolute getallen behoorden in 2012 ongeveer 2500 bedrijven tot het grootbedrijf.¹¹ In 2014 waren er in Nederland circa 400.000 microbedrijven en circa 63.500 kleinbedrijven.^{12, 13} Naar schatting kan 61% tot 64% van de werkgelegenheid gemeten in aantal werkzame personen of in aantal arbeidsjaren worden toegeschreven aan het MKB.¹⁴ Ook gemeten naar omzet en bruto toegevoegde waarde levert het MKB een bijdrage van 61% respectievelijk 59% aan de Nederlandse economie.¹⁵

In de afgelopen decennia is in toenemende mate onderzoek gedaan naar bedrijfsoverdrachten. Diverse onderzoeken bevestigen dat bedrijfsoverdrachten van substantieel belang zijn voor nationale economieën.¹⁶ Er is zelfs voorzichtig empirisch bewijs dat een naar verhouding klein aantal overgenomen bedrijven van groter belang is voor de nationale economische groei dan het relatief grote aantal startende ondernemingen.^{17, 18} Overgedragen bedrijven scoren beter op het gebied van overlevingskans, omzetgroei, winst, innovatie en werkgelegenheid dan startende ondernemingen.¹⁹ In een onderzoek van Meijaard uit 2005 worden cijfers met betrekking tot de werkgelegenheid van nieuwe bedrijven, overgedragen bedrijven en opgeheven bedrijven gegeven voor de jaren 2002 tot

¹⁰ Europese Commissie 2016.

¹¹ De Kok, Prince & Span 2015, p. 9.

¹² Van Teeffelen 2015, p. 6.

¹³ Anders dan in het onderzoek van de Europese Commissie, worden in het onderzoek van Van Teeffelen bedrijven met 10 tot 100 medewerkers tot het kleinbedrijf gerekend. De Europese Commissie rekent bedrijven met 10 tot 49 werknemers tot het kleinbedrijf.

¹⁴ De Kok, Prince & Span 2015, p. 9. Oorspronkelijke bron: Panteia, april 2014, ramingen op basis van Kleinschalig Ondernemen Kernegegevens MKB.

¹⁵ De Kok, Prince & Span 2015, p. 10.

¹⁶ Dyck e.a. 2002; Gimeno e.a. 1997 en Petty 1997.

¹⁷ Dit bewijs is nog beperkt tot slechts enkele landen.

¹⁸ Van Teeffelen 2012.

¹⁹ EROV 2010; KfW Research 2009 en Meijaard 2007.

en met 2004. Hieruit blijkt dat bedrijfsoverdrachten een grotere bijdrage leveren aan de werkgelegenheid in Nederland dan start-ups.²⁰

Uit een onderzoek van de Europese Commissie uit 2002 blijkt dat er in Nederland jaarlijks circa 20.000 bedrijven worden overgedragen. Dit is 3% van alle bedrijven. Het aantal opheffingen bedraagt 49.400 per jaar en jaarlijks worden er 63.700 nieuwe bedrijven gestart. Bedrijfsoverdrachten vinden in 27% van de gevallen plaats in familieverband, in 15% van de gevallen wordt het bedrijf overgedragen aan werknemers en in meer dan 50% van de gevallen wordt het bedrijf aan derden verkocht.²¹ Meijaard stelt in zijn onderzoek uit 2005 vast dat het aandeel 55-plussers in de ondernemerspopulatie relatief groot is.²² Bangma en Bruins wijzen bovendien op het feit dat veel ondernemers van de babyboomgeneratie binnenkort de pensioengerechtigde leeftijd zullen bereiken.²³ Dit leidt ertoe dat een groeiend aantal ondernemers momenteel of op korte termijn met bedrijfsoverdracht dan wel bedrijfsbeëindiging te maken heeft of krijgt. Van Teeffelen concludeert dat in 2014/2015 leeftijd/pensioen iets vaker het motief voor de opheffing of overdracht van een onderneming was dan in 2011.²⁴ Dit zou te maken kunnen hebben met het toenemende aantal oudere ondernemers. Uit hetzelfde onderzoek van Van Teeffelen blijkt dat het aantal bedrijven in overdracht in Nederland in 2014/2015 fors is gestegen ten opzichte van 2011. Deze toename is toe te schrijven aan het herstel van de economie na de economische crisis.²⁵ Ten aanzien van bedrijven met personeel is het aanbod in 2014/2015 bijna verdrievoudigd ten opzichte van 2011. In totaal werden er 55.739 bedrijven aangeboden, waarvan ruim 46.000 met personeel.²⁶ Het werkgelegenheidsverlies dat ontstaat door mislukte bedrijfsoverdrachten bedroeg in 2011 50.000 tot 55.000 fulltime banen en is in 2014/2015 gestegen tot 97.971 tot 122.663 fulltime banen. De omzetsderving en kapitaalvernietiging als gevolg van mislukte bedrijfsoverdrachten zijn in 2014/2015 verviervoudigd ten opzichte van 2011.²⁷

Uit het bovenstaande blijkt dat bedrijfsoverdrachten binnen het MKB van substantieel belang zijn voor de Nederlandse economie. Het stimuleren van bedrijfsoverdrachten kan dan ook een positieve bijdrage leveren aan de Nederlandse economie. De regering is van mening dat belastingheffing niet aan economisch gewenste bedrijfsoverdrachten in de weg mag staan.²⁸ Daarom zijn er in verschillende belastingwetten diverse faciliteiten ter bevordering van bedrijfsoverdrachten opgenomen. De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 is er hier één van.²⁹ Deze faciliteit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

²⁰ Meijaard 2005, p. 20.

²¹ Europese Commissie 2002.

²² Meijaard 2005.

²³ Bangma & Bruins 2010.

²⁴ Van Teeffelen 2015.

²⁵ Uit onderzoek is reeds gebleken dat bedrijfsoverdrachten zeer conjunctuurgevoelig zijn. Zie Meijaard 2005 en Van Teeffelen, Uhlaner & Driessen 2011.

²⁶ Van Teeffelen 2015, p. 10.

²⁷ Van Teeffelen 2015, p. 14.

²⁸ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

²⁹ Andere faciliteiten in verband met de overdracht van ondernemingsvermogen zijn de doorschuiffaciliteiten ex artikel 3.62, 3.63, 4.17a en 4.17c Wet IB 2001. Ook de Wet BRV kent een aantal faciliteiten die verband houden met bedrijfsopvolging, namelijk artikel 15, lid 1, onderdelen b, e en f, Wet BRV 1970.

1.2 Bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956

Eén van de belangrijkste fiscale faciliteiten ten aanzien van de overdracht van ondernemingsvermogen is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex artikel 35b SW 1956 (BOF). Sinds januari 2002 kent de SW 1956 een vrijstelling voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht. Met ingang van 1 januari 2010 is de BOF in haar huidige vorm in werking getreden. Deze faciliteit houdt in dat voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht op verzoek van de verkrijger een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend.³⁰ De vrijstelling bedraagt 100% tot een ondernemingsvermogen van € 1.063.479 (2017) en 83% voor het meerdere.³¹ Verder is het verschil tussen de liquidatiewaarde en de going-concernwaarde van het ondernemingsvermogen voor 100% vrijgesteld indien de liquidatiewaarde hoger is dan de going-concernwaarde.³² Ten aanzien van de schenk- of erfbelasting die wordt verschuldigd over het verkregen ondernemingsvermogen na aftrek van de voorwaardelijke vrijstelling wordt op verzoek van de verkrijger rentedragend uitstel van betaling verleend voor een periode van tien jaar.³³ Hetzelfde geldt voor de verschuldigde schenk- of erfbelasting die kan worden toegerekend aan de verkrijging van een vordering op een medeverkrijger ter zake van door de medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen.³⁴

Het uitgangspunt van de regering is dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden.³⁵ Om aanspraak op de BOF te kunnen maken, moet daarom aan diverse eisen worden voldaan. Deze eisen zijn opgenomen in de artikelen 35c tot en met 35f, SW 1956. Ten eerste is in artikel 35c, lid 1, SW 1956 bepaald welke vermogensbestanden kwalificeren als ondernemingsvermogen voor de BOF. Vermogen dat onderdeel uitmaakt van een IB-onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 dan wel van een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3 Wet IB 2001 evenals aandelen die bij de erflater of schenker tot een ab behoorden dat betrekking heeft op een onderneming of medegerechtigdheid kwalificeren als ondernemingsvermogen voor de BOF. De regering is van mening dat de verkrijging van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen alleen als een reële bedrijfsopvolging kan worden aangemerkt indien deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht.³⁶ In het tweede en derde lid van artikel 35c SW 1956 is bepaald onder welke voorwaarden een medegerechtigdheid respectievelijk een ab-belang dat betrekking heeft op een medegerechtigdheid geacht wordt in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging te zijn ontstaan. In het vierde lid van artikel 35c SW 1956 is bepaald onder welke voorwaarden preferente aandelen geacht worden in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht te zijn ontstaan. Voorts stelt artikel 35d SW 1956 de eis dat in geval van overlijden de onderneming gedurende ten minste één jaar voorafgaand aan het overlijden voor rekening en risico van de erflater moet zijn gedreven.³⁷ Betreft het een aandelenoverdracht, dan moeten de aandelen gedurende minimaal een jaar deel hebben uitgemaakt van een ab bij de erflater.³⁸ In geval van schenking bedraagt de vereiste bezitsperiode vijf jaren. Ook aan de verkrijger van het

³⁰ Artikel 35b, lid 1, onderdeel a, SW 1956.

³¹ Artikel 35b, lid 1, onderdeel a en onderdeel b, onder 3°, SW 1956.

³² Artikel 35b, lid 1, onderdeel b, onder 1°, SW 1956.

³³ Artikel 35b, lid 2, SW 1956 jo. art. 25, lid 12, Inv. 1990.

³⁴ Artikel 25, lid 13, Inv. 1990.

³⁵ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

³⁶ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

³⁷ Artikel 35d, lid 1, onderdeel a, SW 1956.

³⁸ Artikel 35d, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

ondernemingsvermogen worden eisen gesteld. In artikel 35e SW 1956 is bepaald dat de verkrijger de onderneming gedurende een periode van ten minste vijf jaren moet voortzetten. Gedurende deze periode mag de verkrijger niet ophouden winst uit de verkregen onderneming dan wel medegerechtigdheid te genieten.³⁹ Verkregen aandelen mogen gedurende vijf jaren niet worden vervreemd en het lichaam waarop de verkregen vermogensbestanddelen betrekking hebben mag niet ophouden winst uit onderneming of medegerechtigdheid te genieten.⁴⁰ Tevens mag de winstgerechtigdheid gedurende de voortzettingsperiode niet worden beperkt. Het omzetten van de verkregen aandelen in preferente aandelen is derhalve niet toegestaan.⁴¹ Ten slotte bepaalt artikel 35f SW 1956 dat indien de gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen van een verkrijger toeneemt ten gevolge van de verdeling van een nalatenschap dan wel een huwelijksgoederengemeenschap waarin de erflater was gerechtigd, de BOF ook op het extra verkregen vermogen mag worden toegepast.⁴² De verdeling moet dan wel binnen twee jaren na het overlijden van de erflater hebben plaatsgevonden.⁴³

1.3 Probleemstelling en toetsingskader

Uit paragraaf 1.1.2 blijkt dat ondernemingen een positieve bijdrage leveren aan de Nederlandse economie. De regering acht het daarom wenselijk bedrijfsoverdrachten te stimuleren. Een van de belangrijkste wettelijke maatregelen ter bevordering van bedrijfsoverdrachten is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit ex artikel 35b SW 1956, op grond waarvan een voorwaardelijke vrijstelling wordt verleend bij de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht. Uit paragraaf 1.2 blijkt dat er verschillende eisen zijn gesteld aan de kwalificatie van ondernemingsvermogen voor de toepassing van de BOF in artikel 35c SW 1956. Met name ten aanzien van ab-vermogen stelt artikel 35c SW 1956 diverse eisen. Gezien de royale omvang van de voorwaardelijke vrijstelling zullen ondernemers proberen hun vermogen zodanig te structureren dat dit kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit. Dit roept de vraag op of de kwalificatie van verschillende typen ab-belangen ertoe leidt dat ondernemers bepaalde vermogensstructuren aangaan met als enige doel om voor de BOF in aanmerking te komen. Indien dit het geval is, leidt de kwalificatie van verschillende ab-belangen tot ongewenste verstoringen. In deze scriptie wordt onderzocht hoe verschillende typen ab-belangen kwalificeren voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de schenk- en erfbelasting en of hierbij tekortkomingen te onderkennen zijn. Indien dat het geval blijkt te zijn, wordt onderzocht op welke wijze de kwalificatie van ab-vermogen beter zou kunnen worden vormgegeven. Het onderzoek wordt gedaan aan de hand van de volgende hoofdvraag:

Is de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF ex artikel 35c SW 1956 juist vormgegeven en - zo nee - hoe dient de kwalificatie van ab-vermogen dan te geschieden?

³⁹ Artikel 35e, lid 1, onderdelen a en b, SW 1956.

⁴⁰ Artikel 35e, lid 1, onderdeel c, onder 1° en 3°, SW 1956.

⁴¹ Artikel 35e, lid 1, onderdeel c, onder 2°, SW 1956.

⁴² Artikel 35 f, lid 1 en 2, SW 1956. In artikel 35f, lid 2, SW 1956 is tevens bepaald dat de BOF niet mag worden toegepast op ondernemingsvermogen waartoe de echtgenoot van de erflater reeds was gerechtigd op grond van het huwelijksvermogensrecht.

⁴³ Artikel 35f, lid 3, SW 1956.

De hoofdvraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

Hoofdstuk 2

1. Hoe wordt de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht belast voor de SW 1956?

Hoofdstuk 3

2. Uit welke elementen bestaat de in artikel 35b SW 1956 opgenomen faciliteit voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht?

3. Welke overige voorwaarden stellen artikel 35c tot en met 35f SW 1956 aan de verkrijging van ondernemingsvermogen?

Hoofdstuk 4

4. Welke typen ab-belangen kwalificeren op grond van artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 als ondernemingsvermogen voor de BOF?

5. Welke knelpunten zijn er te onderkennen bij de huidige kwalificatie van ab-belangen voor de BOF?

Hoofdstuk 5

6. Onder welke voorwaarden worden preferente aandelen geacht te zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht op grond van artikel 35c, lid 4, SW 1956?

7. Welke knelpunten zijn er te onderkennen ten aanzien van de kwalificatie van preferente aandelen voor de BOF?

8. Onder welke voorwaarden wordt een ab-belang dat betrekking heeft op een medegerechtigheid geacht te zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht op grond van artikel 35c, lid 3, SW 1956?

9. Welke knelpunten zijn er te onderkennen ten aanzien van de kwalificatie van ab-belangen die betrekking hebben op een medegerechtigheid voor de BOF?

Hoofdstuk 6

10. Onder welke voorwaarden kwalificeert een indirect gehouden belang voor de BOF?

11. Welke knelpunten zijn er te onderkennen ten aanzien van de kwalificatie van indirecte belangen voor de BOF?

In de hoofdvraag wordt over een juiste vormgeving gesproken. Hiervoor gelden de volgende toetsingscriteria:

- Doeltreffendheid: De kwalificatie van de verschillende typen ab-belangen kan als doeltreffend worden beschouwd indien deze bijdraagt aan het bereiken van de doelstelling die aan de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten ten grondslag ligt, namelijk voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat liquide middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken ter voldoening van de ter zake van de verkrijging van het ondernemingsvermogen verschuldigde erf- of schenkbelasting.⁴⁴ Het uitgangspunt van de regering is dat alleen reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. De regering verstaat onder een reële bedrijfsopvolging *“een overdracht van een «onderneming» door een «ondernemer», die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming «als ondernemer voortzet»*.⁴⁵ Om van een doeltreffende regeling te kunnen spreken is dus van belang dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd.

⁴⁴ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁴⁵ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

- Doelmatigheid: Voor dit onderzoek is ook de vraag van belang of de kosten van de BOF, rekening houdend met het doel van de faciliteit, opwegen tegen de baten. Idealiter zou de toetsing op basis van de kwantitatieve methode moeten plaatsvinden. De hiervoor benodigde gegevens zijn echter niet beschikbaar.⁴⁶ Daarom wordt gebruik gemaakt van een kwalitatieve toetsing. In het kader van de hoofdvraag is van belang of de afwijkende behandeling van de verschillende typen aandelenbelangen voor de BOF in strijd is met het doelmatigheids criterium. Dit is het geval indien de afwijkingen in de kwalificatie van de verschillende typen aandelenbelangen een onnodig obstakel vormen voor de toepassing van de regeling.
- Neutraliteit: Tevens is de neutraliteit tussen verschillende typen ab-aandelen van belang. Dga's zouden zich bij de vermogensstructurering van hun onderneming niet moeten laten leiden door de vraag of een belang in een vennootschap al dan niet kwalificeert voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit voor de schenk- en erfbelasting. Daarnaast speelt in dit onderzoek de neutraliteit tussen direct gehouden en indirect gehouden belangen een rol. Het uitgangspunt van de regering is dat er zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen deze situaties.⁴⁷ Tenslotte kan ook de rechtsvormneutraliteit van belang zijn in het kader van dit onderzoek. Een IB-ondernemer en een ab-houder zouden volgens de regering zo veel mogelijk gelijk moeten worden behandeld voor de toepassing van de BOF.⁴⁸

Het gebruik van toetsingscriteria brengt met zich mee dat een weging in de criteria moet worden aangebracht om tot een aanbeveling te kunnen komen. De neutraliteit van de regeling weegt voor mij het zwaarst. Het gedrag van belastingplichtigen zou mijns inziens niet moeten worden beïnvloed door de vraag of een belang in een vennootschap al dan niet kwalificeert voor de BOF. De doeltreffendheid en de doelmatigheid wegen even zwaar. Om van een juiste regeling te kunnen spreken is het naar mijn mening van groot belang dat de regeling in overeenstemming is met de hieraan ten grondslag liggende doelstelling. Om het doel te bereiken zouden echter niet meer kosten moeten worden gemaakt dan noodzakelijk is.

Het onderzoek vindt plaats aan de hand van literatuuronderzoek en bestudering van de parlementaire geschiedenis en de relevante jurisprudentie.

1.4 Opbouw en afbakening

In paragraaf 1.2 is aan de orde geweest dat de verkrijging van een ab-belang dat betrekking heeft op een medegerechtigdheid evenals de verkrijging van preferente aandelen alleen voor de BOF kan kwalificeren als de medegerechtigdheid of de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In hoofdstuk 5 komen daarom de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om van een gefaseerde bedrijfsopvolging te kunnen spreken aan de orde. Met een gefaseerde bedrijfsopvolging wordt in dat hoofdstuk uitsluitend de door de regering beoogde gefaseerde bedrijfsopvolging bedoeld waarbij de commanditaire vennootschap (in de winstsfeer) of de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen (in de ab-sfeer) als tussenfase voor de uiteindelijke bedrijfsopvolging fungeert.⁴⁹ Uiteraard kan een gefaseerde bedrijfsopvolging ook door

⁴⁶ Zie bijv. Minister van Economische Zaken, 'Kamerbrief over evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsopvolging', kamerbrief 04-12-2014, DGBI-O / 14193954.

⁴⁷ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

⁴⁸ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 5.

⁴⁹ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

middel van gewone aandelen plaatsvinden, maar dat is niet de situatie die in hoofdstuk 5 wordt bedoeld. In hoofdstuk 4 komt de hoofdregel ten aanzien van de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF aan bod. Hierbij ga ik uitsluitend in op de situatie dat de erflater of schenker een direct belang in een vennootschap houdt. De kwalificatie van indirecte belangen voor de BOF wordt in hoofdstuk 6 behandeld. In hoofdstuk 7 wordt een aanbeveling gedaan ter verbetering van de in hoofdstuk 4, 5 en 6 gevonden toetsingsresultaten. De scriptie wordt afgesloten met een samenvatting/conclusie in hoofdstuk 8.

Het onderzoek beperkt zich tot de kwalificatie van ab-vermogen voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. De kwalificatie van het ondernemingsvermogen van IB-ondernemers wordt derhalve buiten beschouwing gelaten. Ook worden uitsluitend de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de schenk- en erfbelasting onderzocht. De fiscale gevolgen van de overdracht van ab-vermogen voor de inkomstenbelasting komen dus niet aan de orde.

In dit onderzoek wordt de opzet van de BOF als gegeven beschouwd. Vragen als “zou de faciliteit niet beter als uitstelregeling in plaats van als vrijstelling kunnen worden vormgegeven?” en “zou de omvang van de voorwaardelijke vrijstelling niet moeten worden ingeperkt?” komen dan ook niet aan de orde. De aanbevelingen die in hoofdstuk 7 worden gedaan hebben uitsluitend betrekking op de kwalificatie van ab-vermogen voor de toepassing van de faciliteit.

Hoofdstuk 2 – Belastingheffing bij de overdracht van ondernemingsvermogen op grond van de SW 1956

2.1 Inleiding

In deze scriptie wordt onderzocht of de kwalificatie van de verschillende typen ab-belangen voor de BOF juist is vormgegeven en op welke wijze eventuele tekortkomingen kunnen worden weggenomen dan wel verminderd. Alvorens in kan worden gegaan op de vraag hoe de verschillende typen ab-belangen voor de in de SW 1956 geboden bedrijfsopvolgingsfaciliteiten kwalificeren, moet worden uiteengezet hoe de belastingheffing bij de overdracht van ondernemingsvermogen op grond van de SW 1956 plaatsvindt. De belastingclaim die ontstaat bij de overdracht van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht dan wel krachtens schenking wordt verlaagd door de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het is daarom van belang in te gaan op het ontstaan van deze belastingclaim. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht voor de SW 1956 wordt belast (deelvraag 1). Hiertoe ga ik in paragraaf 2.2 eerst in op het belastbare feit en de aanknopingspunten van heffing. Daarna komt in paragraaf 2.3 de verkrijging krachtens erfrecht aan bod, waarbij aandacht wordt besteed aan de wettelijke verdeling en de uiterste wilsbeschikking. In paragraaf 2.4 ga ik in op de verkrijging krachtens schenking. Vervolgens komt in paragraaf 2.5 de waardering van het ondernemingsvermogen aan de orde. Ten slotte volgt in paragraaf 2.6 een korte beschrijving van de tarieven en vrijstellingen in de SW 1956. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting/tussenconclusie in paragraaf 2.8. In dit hoofdstuk beperk ik mij zo veel mogelijk tot de aspecten van het ontstaan van de belastingclaim op grond van de SW 1956 die van belang zijn in het kader van een onderzoek naar de BOF bij de verkrijging van een ab.

2.2 Belastbaar feit & aanknopingspunten van heffing

Het belastbare feit is geregeld in artikel 1 SW 1956, op grond waarvan twee belastingen kunnen worden geheven, namelijk erfbelasting en schenkbelasting. Ingevolge artikel 1, lid 1, onder 1°, SW 1956 wordt erfbelasting geheven over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde. Krachtens artikel 1, lid 1, onder 2°, SW 1956 wordt schenkbelasting geheven over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.

De heffing van de schenk- en erfbelasting geschiedt op basis van het woonplaatsbeginsel. Uit artikel 1, lid 1, onder 1° en onder 2°, SW 1956 blijkt dat wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de erflater of schenker ten tijde van het overlijden of de schenking. De woonplaats van de verkrijger en de plaats waar de verkregen goederen zijn gelegen, zijn niet van belang. Er ontstaat dus onbeperkte belastingplicht voor de verkrijger als de erflater of schenker op het moment van overlijden of schenking in Nederland woonde, ongeacht of de verkrijger in Nederland woont. Een uitzondering hierop is opgenomen in artikel 3 SW 1956. In lid 1 van dit artikel is bepaald dat een Nederlander die in Nederland heeft gewoond en die binnen tien jaren nadat hij naar een ander land is verhuisd, is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van het overlijden of het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond. Deze bepaling is gebaseerd op het nationaliteitsbeginsel, op grond waarvan belastingplichtigen op basis van hun nationaliteit zijn onderworpen aan de belastingheffing van het land waarvan zij de nationaliteit bezitten, ongeacht

waar zij wonen.⁵⁰ Bovendien geldt een fictiebepaling voor niet-Nederlanders die in Nederland hebben gewoond en binnen een jaar na vertrek uit Nederland een schenking doen. Ingevolge artikel 3, lid 2, SW 1956 worden zij geacht ten tijde van het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond.

2.3 Verkrijging krachtens erfrecht

2.3.1 De wettelijke verdeling

De fiscale gevolgen van de overgang van een onderneming door overlijden kunnen niet los worden gezien van de civielrechtelijke aspecten van het overlijden. Het is daarom noodzakelijk enkele civielrechtelijke aspecten summier de revue te laten passeren alvorens de fiscale gevolgen van een bedrijfsoverdracht als gevolg van overlijden kunnen worden uitgewerkt. Uitsluitend de civielrechtelijke aspecten die in het kader van de toepassing van de BOF van belang kunnen zijn, komen aan de orde.

Voor de toepassing van de BOF is van belang wie het ondernemingsvermogen verkrijgt.⁵¹ Hetgeen de erflater heeft vastgelegd met betrekking tot zijn nalatenschap en in het bijzonder het hiertoe behorende ondernemingsvermogen, kan van invloed zijn op de toepassing van de BOF.

Indien de erflater niet bij uiterste wilsbeschikking over zijn nalatenschap heeft bepaald en hij een echtgenoot en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, geldt de wettelijke verdeling.⁵² De goederen van de nalatenschap, waaronder de onderneming, vererven op grond van de wettelijke verdeling naar de langstlevende echtgenoot.⁵³ Ieder kind verkrijgt een geldvordering ter grootte van de waarde van zijn erfdeel ten laste van de langstlevende echtgenoot.⁵⁴ Deze vordering, waartoe ook de rente behoort, wordt opeisbaar wanneer de langstlevende echtgenoot is overleden of wanneer hij in staat van faillissement is verklaard dan wel ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.⁵⁵ De onderbedelingsvordering wordt bij de kinderen in de heffing van de erfbelasting betrokken. Op grond van artikel 4:14 BW rust op de langstlevende echtgenoot de verplichting de door de kinderen verschuldigde erfbelasting te voldoen. In artikel 4:7 BW is bepaald dat de erfbelasting een schuld van de nalatenschap is.

Wanneer tot een nalatenschap ondernemingsvermogen behoort, is het van belang dat dit vermogen naar de beoogde bedrijfsopvolger vererft. Indien dit niet de langstlevende echtgenoot is, is toepassing van de wettelijke verdeling niet wenselijk. In dat geval kan de langstlevende echtgenoot de wettelijke verdeling op grond van artikel 4:18 BW ongedaan maken. Dit kan tot drie maanden na het openvallen van de nalatenschap. Er ontstaat dan met terugwerkende kracht een onverdeeldheid.

⁵⁰ In HR 10 juni 1992, nr. 27 702, BNB 1992/258, r.o. 3.3, werd overwogen dat aan artikel 3, lid 1, SW 1956 het nationaliteitsbeginsel ten grondslag ligt en niet de (fictieve) woonplaats. In hetzelfde arrest oordeelde de Hoge Raad dat het nationaliteitsbeginsel niet in strijd is met artikel 26 IVBPR. In HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-513/03 (Van Hilten – Van der Heijden), BNB 2006/194, is beslist dat het nationaliteitsbeginsel in overeenstemming is met het Europese recht.

⁵¹ De erfbelasting is immers een verkrijgingsbelasting. Ook in artikel 35b SW 1956 wordt over 'de verkrijging' gesproken.

⁵² De wettelijke verdeling is geregeld in artikel 4:13 BW.

⁵³ Artikel 4:10 BW bepaalt wie de erfgenamen zijn indien de erflater geen echtgenoot en/of kinderen heeft.

⁵⁴ Artikel 4:8 BW stelt geregistreerde partners gelijk met echtgenoten. In het vervolg wordt met echtgenoot tevens de geregistreerde partner bedoeld.

⁵⁵ De echtgenoot en de kinderen zijn ieder voor een gelijk deel gerechtigd tot de nalatenschap.

⁵⁶ Artikel 4:13, lid 3 en 4, BW.

De omvang van de erfdelen van de langstlevende echtgenoot en de kinderen verandert niet als gevolg van het ongedaan maken van de wettelijke verdeling. De grootte van de verkrijging kan echter wel wijzigen, omdat voor de langstlevende ten aanzien van de erfdelen van de kinderen niet langer het fictief vruchtgebruik geldt.^{57, 58} Nadat de wettelijke verdeling ongedaan is gemaakt, kunnen de erfgenamen de nalatenschap verdelen zoals zij willen.⁵⁹

2.3.2 De uiterste wilsbeschikking

Indien een testateur van de wettelijke verdeling wil afwijken, heeft hij de mogelijkheid een uiterste wilsbeschikking op te maken. De uiterste wilsbeschikking is in artikel 4:42 BW gedefinieerd als een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 BW is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt. De uiterste wilsbeschikkingen die van belang kunnen zijn in verband met het vererven van ondernemingsvermogen zijn de erfstelling en het legaat.⁶⁰

Artikel 4:115 BW definieert een erfstelling als een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat. Bij een erfstelling gaan de goederen en schulden van de erflater onder algemene titel over op de erfgenamen.⁶¹ Het ondernemingsvermogen kan door middel van een erfstelling aan de beoogde bedrijfsopvolger worden toegekend. De overige goederen uit de nalatenschap kunnen dan aan de andere erfgenamen worden toegewezen.⁶² Indien de nalatenschap voornamelijk uit ondernemingsvermogen bestaat en voor het overige niet toereikend is om de overige erfgenamen hun erfdeel te doen toekomen, krijgen de overige erfgenamen een onderbedelingsvordering op de bedrijfsopvolger. Ook is het mogelijk de beoogde bedrijfsopvolger te legateren ten aanzien van de onderneming.

Een legaat wordt in artikel 4:117, lid 1, BW gedefinieerd als een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent. Het legaat vormt een schuld van de nalatenschap.⁶³ Bij legatering rust op de erfgenamen de plicht om de onderneming over te dragen aan de legataris. De onderneming gaat in dat geval dus niet onder algemene titel over, maar onder bijzondere titel. In tegenstelling tot een erfgenaam is een legataris dan ook niet aansprakelijk voor de schulden van de nalatenschap.⁶⁴ In de uiterste wilsbeschikking kan zijn bepaald dat de legataris de waarde van het legaat moet inbrengen in de nalatenschap.^{65, 66} De verkrijging van de legataris is in dat geval nihil en zal dan ook niet met erfbelasting worden belast. Het ingebrachte geldbedrag wordt door de erfgenamen gedeeld. Zij zullen voor deze verkrijging in de heffing van de erfbelasting worden betrokken.⁶⁷ Het is overigens mogelijk dat een persoon zowel erfgenaam als

⁵⁷ Zie Gubbels & Van Vijfeijken 2016, onderdeel 6.5.0.

⁵⁸ Op grond van artikel 1, lid 8, SW 1956 wordt de toename van de verkrijging als gevolg van het afzien van de wettelijke verdeling niet als schenking voor de schenkbelasting beschouwd.

⁵⁹ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 128-129.

⁶⁰ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 129.

⁶¹ Artikel 4:182, lid 1 en artikel 3:80, lid 2 BW.

⁶² Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 129.

⁶³ Artikel 4:7 BW.

⁶⁴ Speetjens 2012, paragraaf 6.4.3.

⁶⁵ De inbrengverplichting is een sublegaat waarvan de bedrijfsopvolger de schuldenaar is. De erfgenamen zijn de schuldeisers. Zie Speetjens 2012, paragraaf 6.3.3.

⁶⁶ In artikel 35b, lid 4, SW 1956 is bepaald dat de waarde van de inbreng niet in mindering wordt gebracht op de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen voor de toepassing van de BOF.

⁶⁷ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 129.

legataris is.⁶⁸ In dat geval deelt de legataris ook mee in het ingebrachte geldbedrag en zal hij over zijn deel erfbelasting verschuldigd zijn. Ook kan in de uiterste wilsbeschikking zijn bepaald dat de legataris de inbreng schuldig mag blijven. De legataris krijgt in dat geval een overbedelingsschuld aan de andere erfgenamen.^{69, 70}

2.4 Verkrijging krachtens schenking of gift

In de voorgaande paragrafen is uitgebreid aandacht besteed aan de overgang van een onderneming krachtens erfrecht. Zoals reeds aan de orde is geweest, vindt bij de overgang van een onderneming krachtens schenking heffing van schenkbelasting plaats. In artikel 1, lid 7, SW 1956 is bepaald dat onder schenking wordt verstaan de gift, bedoeld in artikel 186, tweede lid, van Boek 7 van het BW. In deze bepaling wordt een gift gedefinieerd als *“iedere handeling die ertoe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt”*. Voor de toepassing van de SW 1956 wordt dus niet aangesloten bij het civielrechtelijke begrip schenking. In artikel 7:175 BW is namelijk bepaald dat een schenking een overeenkomst is om niet, die ertoe strekt dat de schenker ten koste van zijn eigen vermogen de begiftigde verrijkt. De civielrechtelijke bepaling dat er sprake moet zijn van een overeenkomst om niet, ontbreekt in de fiscale definitie van het begrip schenking. Voor de SW 1956 wordt dus ook van een schenking gesproken indien de begiftigde een tegenprestatie levert. Dit gegeven is van belang voor de BOF. In paragraaf 2.3.2 is reeds opgemerkt dat in artikel 35b, lid 4, SW 1956 is bepaald dat de tegenprestatie niet in mindering wordt gebracht op de waarde van het verkregen ondernemingsvermogen voor de toepassing van de BOF. Dit geldt zowel indien het ondernemingsvermogen wordt verkregen krachtens erfrecht als bij verkrijging krachtens schenking.⁷¹ In paragraaf 3.4.3 kom ik terug op de invloed van de tegenprestatie op de BOF.

2.5 Waardering ondernemingsvermogen

De waardering van het ondernemingsvermogen speelt een belangrijke rol bij het vaststellen van de belastingclaim die ontstaat bij de overdracht van een onderneming krachtens erfrecht of krachtens schenking. De waardering voor verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking dan wel fictieve erfrechtelijke verkrijgingen of schenkingen is geregeld in artikel 21 SW 1956. Op grond van artikel 21, lid 1, SW 1956 worden vermogensbestanddelen behorend tot een ab als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 in aanmerking genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend. In artikel 21, lid 13, SW 1956 is bepaald dat de waarde van de aandelen wordt bepaald alsof de onderneming wordt voortgezet (going concern), maar ten minste op de liquidatiewaarde. De going-concernwaarde is gelijk aan de prijs die de hoogstbiedende koper bij voortzetting van de onderneming zou hebben betaald. Derhalve moeten ook goodwill en badwill bij de waardebepaling in aanmerking worden genomen.⁷² Voor de waardering van ab-aandelen is ook artikel 21, lid 12, SW 1956 van belang. In dit artikel is bepaald dat zaken die tot een eenheid behoren, als zodanig moeten worden gewaardeerd. Dit houdt in dat bedrijfsmiddelen die tot het ondernemingsvermogen behoren in hun onderlinge verband en in

⁶⁸ Zie ook Speetjens 2012, paragraaf 6.4.3.

⁶⁹ Indien de langstlevende echtgenoot het ondernemingsvermogen door middel van een legaat tegen inbreng van de waarde verkrijgt, waarbij deze de inbreng schuldig mag blijven, geldt op grond van artikel 10, lid 6, SW 1956 niet de fictiebepaling van artikel 10 SW 1956.

⁷⁰ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 129 en 130.

⁷¹ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 134.

⁷² MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 36.

samenhang met de overige tot dat ondernemingsvermogen behorende bestanddelen moeten worden gewaardeerd.⁷³ Zodoende wordt rekening gehouden met de rentabiliteit van de onderneming bij de waardering.⁷⁴ Bij onderrentabiliteit overtreft de liquidatiewaarde van de onderneming mogelijk de waarde going concern. In dat geval vindt de waardering op grond van artikel 21, lid 13, SW 1956 op de liquidatiewaarde plaats.⁷⁵ Dit kan het geval zijn bij kapitaalintensieve bedrijven die een relatief laag rendement behalen, zoals agrarische bedrijven. Tigelaar-Klootwijk merkt overigens naar mijn mening terecht op dat de toevoeging in artikel 21, lid 13, SW 1956 dat de waardering ten minste op liquidatiewaarde dient te geschieden overbodig is, omdat de liquidatiewaarde de waarde in het economische verkeer zal zijn als deze de going-concernwaarde overtreft.⁷⁶ In de parlementaire geschiedenis is bevestigd dat de aparte bepaling voor de waardering van ondernemingsvermogen in artikel 21, lid 13, SW 1956 zou kunnen vervallen, maar dat deze voor de duidelijkheid toch is gehandhaafd, zodat bij de vaststelling van de omvang van de voorwaardelijke vrijstelling ex artikel 35b, lid 1, onderdeel b, SW 1956 bij deze begrippen kan worden aangesloten.⁷⁷

Uit het bovenstaande blijkt dat de waardering van een onderneming voor toepassing van de SW 1956 doorgaans tegen de waarde in het economisch verkeer plaatsvindt. Het is vaste jurisprudentie dat de waarde in het economisch verkeer bij aandelen die regelmatig worden verhandeld de verkoopprijs is die bij aanbieding ter verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde zou worden betaald.⁷⁸ Als het gaat om aandelen die niet regelmatig worden verhandeld moet de waarde in het economisch verkeer op basis van de beste inschattingen worden gemaakt.⁷⁹ Er bestaan diverse waarderingmethoden aan de hand waarvan dit kan plaatsvinden. De methoden die in de literatuur voornamelijk worden genoemd zijn de intrinsieke waarde, rentabiliteitswaarde, rendementswaarde en de DCF-methode.⁸⁰ De intrinsieke waarde wordt bepaald door de economische waarden van de verschillende activa en passiva allemaal op te tellen en af te trekken. De rentabiliteitsmethode gaat uit van de toekomstige winsten, die worden bepaald op basis van de in het verleden behaalde 'genormaliseerde' winsten. Bij de rendementsmethode gaat het niet om de onderliggende winst, maar om de onderliggende uitgekeerde winst (dividend). Bij de DCF-methode worden de toekomstige kasstromen geschat en vervolgens verdisconteerd tegen de WACC. Welke waarderingmethode tot de beste inschatting leidt, is afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Zo zal in het geval van een meerderheidspakket de rentabiliteitswaarde of de DCF-methode geschikt zijn. Betreft het een minderheidspakket, dan zal de rendementswaarde leidend zijn, omdat een minderheidspakket meestal geen invloed op de gang van zaken in de vennootschap

⁷³ MvT, *Kamerstukken II* 1981, 17 041, nr. 3, p. 16.

⁷⁴ Martens & Sonneveldt 2016, paragraaf 6.7.

⁷⁵ De Hoge Raad heeft overigens geoordeeld dat alleen op liquidatiewaarde moet worden gewaardeerd als liquidatie of reorganisatie redelijkerwijs te verwachten is of als liquidatie dan wel reorganisatie om redenen van financiële aard aangewezen zou zijn en niet uit maatschappelijke overwegingen onverantwoord (HR 17 juni 2005, nr. 38 288, BNB 2005/320).

⁷⁶ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 135.

⁷⁷ MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 36.

⁷⁸ Bijv. HR 5 februari 1969, nr. 16 047, BNB 1969/63.

⁷⁹ Heithuis e.a. 2016, p. 305.

⁸⁰ Zie bijv. Bos 2003, Van den Dool & Van der Hoeven 2015, hoofdstuk 3 en Heithuis e.a. 2016, hoofdstuk 7.

biedt.⁸¹ In dat geval is voornamelijk de contante waarde van de te verwachten dividenduitkeringen van belang en is de waarde van het achterliggende vermogen van de vennootschap niet relevant.⁸²

In de literatuur heerst de opvatting dat de toekomstige baten leidend moeten zijn bij de waardering van een onderneming en niet de in het verleden behaalde baten.⁸³ De investering moet immers door middel van de toekomstige winsten worden terugverdiend.⁸⁴ Hier sluit ik mij bij aan. Desondanks vertonen de fiscale wetgeving en jurisprudentie een voorzichtige benadering ten aanzien van de DCF-methode, omdat het niet juist zou zijn om op basis van toekomstige opbrengsten te waarderen.^{85, 86} Uit het besluit van 17 januari 2013 blijkt dat fiscaal doorgaans de intrinsieke waarde als uitgangspunt wordt genomen, waarop vervolgens een correctie voor onder- of overrentabiliteit kan worden toegepast.⁸⁷ In hetzelfde besluit heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat bij landbouwondernemingen vanwege de vaak hoge intrinsieke waarde en het lage rendement onder voorwaarden naast de rentabiliteitsmethode ook de DCF-methode mag worden toegepast.⁸⁸

2.6 Tarieven en vrijstellingen

De tarieven voor de schenk- en erfbelasting zijn vastgelegd in artikel 24 SW 1956. Bij de overgang van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of krachtens schenking zal de verkrijger in veel gevallen partner, kind of kleinkind van de erflater respectievelijk schenker zijn.⁸⁹ Dit betekent dat veelal tariefgroep I van toepassing zal zijn. Voor de partner en kinderen van de overdrager geldt een tarief van 10% voor een belaste verkrijging tussen € 0 en € 121.903. Voor het deel van de belaste verkrijging dat € 121.903 te boven gaat, geldt een tarief van 20%. Voor kleinkinderen en overige afstammelingen in de rechte lijn bedraagt het tarief voor een belaste verkrijging tot € 121.903 18% en voor het overige deel 36%. Indien de verkrijger niet de partner of een afstammeling in de rechte lijn van de overdrager is, geldt een tarief van 30% tot € 121.903 en 40% voor het meerdere.

Zowel voor de erf- als voor de schenkbelasting zijn enkele vrijstellingen in de SW 1956 opgenomen. Met betrekking tot de overdracht van ondernemingsvermogen zullen voornamelijk de vrijstelling voor de partner en de (klein)kinderen van belang zijn. Voor de erfbelasting geldt een

⁸¹ Zie bijv. Van den Dool & Van der Hoeven 2015, hoofdstuk 4 en Heithuis e.a. 2016, hoofdstuk 7.

⁸² Van den Dool & Van der Hoeven 2015, paragraaf 4.1.

⁸³ Zie bijv. Bos 2003. Bos is van mening dat voorspellingen met betrekking tot de toekomstige winst door middel van extrapolatie moeten worden gedaan als de in het verleden behaalde winsten een bepaalde trend laten zien. In dat geval leidt het middelen van historische gegevens tot uitkomsten die minder waarschijnlijk zijn dan de uitkomsten op basis van extrapolatie.

⁸⁴ Heithuis e.a. 2016, p. 293.

⁸⁵ Zie voor meer hierover Van den Dool & Van der Hoeven 2015, paragraaf 3.6 en Heithuis e.a. 2016, p. 305-306.

⁸⁶ Zie voor gevallen waarin de DCF-methode werd afgekeurd Hof Leeuwarden 4 mei 2001, nr. 99/30089, V-N 2001/35.13, Hof 's-Gravenhage 8 maart 2002, nr. 00/305, V-N 2002/39.14, HR 1 september 2006, nr. 42 705, V-N 2006/46.8. In HR 3 april 1996, nr. 31 150, BNB 1996/181 en HR 21 mei 2010, nr. 09/02715, BNB 2010/261 heeft de Hoge Raad de DCF-methode wel toegestaan.

⁸⁷ Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.2.

⁸⁸ Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 7.4 (geactualiseerd bij Besluit van 16 november 2015, nr. BLKB2015/1346M). In paragraaf 7.3.1 en 7.3.2 van het Besluit van 16 november 2015, nr. BLKB2015/1346M zijn uitgangspunten gegeven bij waardering op basis van de DCF-methode. Op de website van de Belastingdienst is een rekenmodule opgenomen waarmee de waarde going concern kan worden berekend (zie ook onderdeel 7.5 van het besluit).

⁸⁹ Zie voor het partnerbegrip artikel 5a AWR en artikel 1a SW 1956.

partnervrijstelling van € 638.089 (wettekst 2017).⁹⁰ Kinderen en kleinkinderen van de erflater genieten een vrijstelling van € 20.209. Voor ouders geldt een vrijstelling van € 47.859. Ten slotte bedraagt de vrijstelling voor overige verkrijgers € 2.129.⁹¹ Voor de schenkbelasting zal in het kader van bedrijfsoverdrachten met name de vrijstelling voor schenkingen van ouders aan kinderen van belang zijn. Deze vrijstelling bedraagt € 5.320 en kan eenmalig worden verhoogd tot € 25.526 voor een kind tussen 18 en 40 jaar.⁹² Hoewel dit minder vaak voor zal komen, kan ook de schenkingsvrijstelling voor overige verkrijgers (bijvoorbeeld kleinkinderen) een rol spelen bij de overdracht van ondernemingsvermogen. Deze bedraagt eveneens € 2.129.⁹³

Naast de in het voorgaande genoemde vrijstellingen kent de SW 1956 een voorwaardelijke vrijstelling voor de verkrijging van ondernemingsvermogen (BOF).⁹⁴ Toepassing van deze vrijstelling kan resulteren in een aanzienlijke reductie van de belaste verkrijging. Op deze plaats wordt niet nader ingegaan op deze faciliteit. In het volgende hoofdstuk komt de faciliteit ter verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht uitgebreid aan de orde.

2.7 Samenvatting/tussenconclusie

Op grond van de SW 1956 worden twee belastingen geheven, te weten de schenk- en de erfbelasting. Deze belastingen worden geheven van de verkrijger. Voor de heffing van deze belastingen wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de erflater of schenker ten tijde van het overlijden of de schenking. De woonplaats van de verkrijger is irrelevant. Artikel 3, lid 1, SW 1956 maakt een uitzondering op het woonplaatsbeginsel ten faveure van het nationaliteitsbeginsel. Op grond van deze bepaling wordt een Nederlander tot tien jaar nadat hij Nederland metterwoon heeft verlaten geacht ten tijde van zijn overlijden of het doen van een schenking in Nederland te hebben gewoond.

Omdat de erfbelasting een verkrijgingsbelasting is, is het van belang te weten aan wie een nalatenschap toekomt. Als de erflater geen uiterste wilsbeschikking heeft opgemaakt, treedt de wettelijke verdeling in werking. Het gehele ondernemingsvermogen gaat dan over op de langstlevende echtgenoot. De kinderen krijgen een onderbedelingsvordering op deze ouder ter grootte van hun erfdeel. Als de wettelijke verdeling er niet toe leidt dat de onderneming aan de juiste persoon toekomt, bestaat de mogelijkheid om het ondernemingsvermogen in een uiterste wilsbeschikking middels een erfstelling of door middel van een legaat toe te kennen aan de gewenste bedrijfsopvolger.

De verkregen ab-aandelen moeten ingevolge artikel 21, lid 1, SW 1956 worden gewaardeerd tegen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkrijging. Er zijn verschillende waarderingsmethoden te onderscheiden, waarvan de intrinsieke waarde, rentabiliteitswaarde, rendementswaarde en DCF-methode de belangrijkste methoden zijn. Fiscaal wordt doorgaans de intrinsieke waarde als uitgangspunt genomen, waarop vervolgens een correctie voor onder- of overrentabiliteit wordt toegepast. Tevens kan bij landbouwondernemingen onder voorwaarden de DCF-methode worden toegepast.

⁹⁰ Op grond van artikel 32, lid 2, SW 1956, kan een verlaging van de partnervrijstelling plaatsvinden indien de partner als gevolg van het overlijden recht krijgt op pensioenaanspraken, lijfrenten of periodieke uitkeringen.

⁹¹ Artikel 32, lid 1, onder 4°, onderdelen a en c tot en met f, SW 1956.

⁹² Artikel 33, onder 5°, SW 1956.

⁹³ Artikel 33, onder 7°, SW 1956.

⁹⁴ Artikel 35b SW 1956.

Hoofdstuk 3 – De bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956

3.1 Inleiding

In deze scriptie staat centraal welke typen ab-belangen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de SW 1956 (BOF) kwalificeren. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet uit welke elementen de in artikel 35b SW 1956 opgenomen faciliteit voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht bestaat (deelvraag 2). De omvang van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit bepaalt immers mede het belang voor belastingplichtigen om vermogensbestanddelen in de toekomst te laten kwalificeren voor de BOF. Vervolgens komt de vraag aan de orde welke overige voorwaarden in artikel 35c tot en met 35f SW 1956 zijn gesteld aan de toepassing van de BOF (deelvraag 3). Het hoofdstuk is als volgt ingedeeld. In paragraaf 3.2 wordt kort ingegaan op de rechtvaardigingsgrond voor de BOF. In paragraaf 3.3 volgt een overzicht van de verschillende elementen uit de BOF. Vervolgens komen in paragraaf 3.4 tot en met 3.8 de in artikel 35b tot en met 35f SW 1956 opgenomen voorwaarden aan bod. Daarna komt in paragraaf 3.9 de uitstelfaciliteit ten aanzien van de onderbedelingsvordering van de niet-voortzettende erfgenamen aan de orde. Tot slot volgt een samenvatting/conclusie in paragraaf 3.10.

3.2 Rechtvaardigingsgrond BOF

Als rechtvaardigingsgrond voor het bestaan van de BOF heeft de regering aangedragen dat het voortbestaan van de onderneming in gevaar kan komen als voor de betaling van de schenk- of erfbelasting contanten aan het ondernemingsvermogen zouden moeten worden onttrokken.⁹⁵ In de literatuur zijn de opvattingen omtrent de ratio van de BOF uiteenlopend. Zo is Heithuis van mening dat de door de regering aangevoerde rechtvaardigingsgrond niet erg overtuigend is. Het feit dat ondernemingsvermogen voor een groot deel wordt vrijgesteld, terwijl overig vermogen volgens de normale regels wordt belast, is niet in overeenstemming met het aan de heffing van de erf- en schenkbelasting ten grondslag liggende buitenkansbeginsel. In beide situaties verrijkt de verkrijger zonder dat hij zich daarvoor heeft hoeven inspannen. Het feit dat een verkrijging weinig liquide bedrijfsvermogen omvat, maakt volgens Heithuis niet dat er geen sprake is van een verrijking.⁹⁶ Gubbels en Van Vijfeijken zijn van mening dat het maatschappelijk onwenselijk is als de heffing van de schenk- of erfbelasting de continuering van een onderneming belemmert, maar vragen zich af of dit risico reëel is. Ook vragen zij zich af of een uitstelregeling niet zou kunnen volstaan in het geval dat zich daadwerkelijk liquiditeitsproblemen voordoen.⁹⁷

Hoewel ik het met Heithuis eens ben dat de BOF inbreuk maakt op het buitenkansbeginsel, is deze inbreuk mijns inziens onder bepaalde omstandigheden te rechtvaardigen. Bedrijfsoverdrachten zijn van groot belang voor de Nederlandse economie (zie paragraaf 1.1.2). Ik kan mij daarom vinden in het uitgangspunt van de regering dat de heffing van de schenk- of erfbelasting niet in de weg mag staan aan de onbelemmerde voortzetting van de onderneming. Als door middel van fiscale faciliteiten kan worden voorkomen dat economisch gewenste bedrijfsoverdrachten geen doorgang vinden vanwege het gebrek aan liquide middelen ter voldoening van de uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim, bestaat er naar mijn mening voldoende rechtvaardigingsgrond voor het opnemen van een faciliteit in de wet. Wel ben ik van mening dat de facilitering van bedrijfsoverdrachten alleen wenselijk is als de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk in

⁹⁵ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

⁹⁶ Heithuis 2015, p. 101 en Heithuis e.a. 2016, p. 218-219.

⁹⁷ Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.1.0.A.

gevaar komt. Ook zouden de faciliteiten mijns inziens niet ruimer moeten zijn dan noodzakelijk is om de onbelemmerde voortzetting te kunnen waarborgen.

Tigelaar-Klootwijk heeft in haar proefschrift onderzoek gedaan naar de aanvaardbaarheid van fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Zij is tot de conclusie gekomen dat een vrijstellingsfaciliteit niet noodzakelijk is om liquiditeitsproblemen in verband met de erf- of schenkbelastingclaim op te lossen. Voor de schenking van ondernemingsvermogen zou volgens Tigelaar-Klootwijk helemaal geen faciliteit moeten bestaan. In geval van overlijden is een invorderingsfaciliteit naar haar mening toereikend.⁹⁸ Hoogeveen komt in haar proefschrift tot de conclusie dat de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten niet effectief zijn, omdat de meest vergaande faciliteiten worden verleend in gevallen waarin de onderneming door middel van schenking of vererving wordt verkregen, terwijl de financiële positie van deze verkrijgers beter is dan die van kopers van ondernemingen.⁹⁹ Hoewel uit deze onderzoeken dus is gebleken dat de BOF aanpassing behoeft, heeft de regering tot op heden nog geen actie ondernomen om de mogelijkheden hiertoe te onderzoeken. De regering heeft wel aangegeven voornemens te zijn om te onderzoeken of met een lager vrijstellingspercentage of een betalingsregeling kan worden volstaan.¹⁰⁰ Het ministerie van Financiën heeft in mei 2014 te kennen gegeven dat gedurende de toen lopende regeerperiode geen aanpassingen in de BOF zouden worden doorgevoerd.¹⁰¹ Gezien de gevoeligheid van het onderwerp is het onzeker of het in de komende regeerperiode wel tot een herziening van de BOF zal komen. Daarnaast is het maar de vraag of de regering een aanpassing nog wel noodzakelijk acht, nu door zowel de Hoge Raad als het EHRM is geoordeeld dat de BOF niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰² De Hoge Raad heeft in 2013 geoordeeld dat de BOF op een keuze van de fiscale wetgever berust die niet van een redelijke grond is ontbloot.¹⁰³ Ondanks het feit dat ondernemingsvermogen sterk wordt bevoordeeld, is de BOF niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Op 27 mei 2014 heeft ook het EHRM geoordeeld dat de BOF niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.¹⁰⁴ De discussie omtrent de vraag of de BOF in strijd is met het gelijkheidsbeginsel lijkt beëindigd nu ook de hoogste Europese rechter ontkennend heeft geoordeeld.¹⁰⁵ Het past niet binnen de probleemstelling van dit onderzoek om verder in te gaan op de vraag of de voorwaardelijke vrijstelling ruimer is dan noodzakelijk en bijvoorbeeld vervangen zou moeten worden door een invorderingsfaciliteit. In het vervolg van deze scriptie wordt de BOF in zijn huidige vorm als uitgangspunt genomen.

⁹⁸ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 374-375.

⁹⁹ Hoogeveen 2011, p. 511.

¹⁰⁰ Minister van Economische Zaken, 'Kamerbrief over evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht', kamerbrief 04-12-2014, DGBI-O / 14193954.

¹⁰¹ FD 1 mei 2014, 'Proefballon Wiebes gaat niet op'.

¹⁰² In de literatuur is in het verleden al vaak geopperd dat de BOF mogelijk op gespannen voet zou staan met het gelijkheidsbeginsel. Zie bijv. L.G.M. Stevens 2009; Bartel 2009; *Rijkers* 2009; *Hoogeveen* 2011, hoofdstuk 9 en Tigelaar-Klootwijk 2013, paragraaf 5.3.3.

¹⁰³ HR 22 november 2013, nr. 13/01154, V-N 2013/59.21. Zie voor de andersluidende conclusie van A-G IJzerman bij dit arrest HR (A-G) 30 september 2013, nr. 13/01154, V-N 2013/50.24.

¹⁰⁴ EHRM 27 mei 2014, nr. 18485/14, V-N 2014/38.21.

¹⁰⁵ Heithuis e.a. 2016, p. 219.

3.3 Elementen uit de BOF

De BOF bestaat uit verschillende elementen, welke zijn opgenomen in artikel 35b SW 1956 en artikel 25 Inv. 1990.

De faciliteit voor de verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens schenking of krachtens erfrecht omvat de volgende onderdelen:

1. Als de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.063.479 niet te boven gaat, geldt op grond van artikel 35b, lid 1, onderdeel a, SW 1956 een voorwaardelijke vrijstelling van 100%.
2. A) Als de waarde van het ondernemingsvermogen hoger is dan € 1.063.479 en de liquidatiewaarde van de onderneming overtreft de going-concernwaarde, is het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern volledig vrijgesteld op grond van artikel 35b, lid 1, onderdeel b, onder 1°, SW 1956,
B) voor de going-concernwaarde geldt vervolgens een volledige vrijstelling tot € 1.063.479 op grond van artikel 35b, lid 1, onderdeel b, onder 2°, SW 1956, en
C) voor het resterende deel van het verkregen ondernemingsvermogen geldt een vrijstelling van 83% op grond van artikel 35b, lid 1, onderdeel b, onder 3°, SW 1956.
3. Voor de erf- of schenkbelasting die de verkrijger is verschuldigd over het niet vrijgestelde deel van het verkregen ondernemingsvermogen kan op verzoek van de verkrijger rentedragend uitstel van betaling voor de duur van tien jaar worden verleend (artikel 35b, lid 2, SW 1956 jo. artikel 25, lid 12, Inv. 1990).
4. Op grond van artikel 25, lid 13, Inv. 1990 kan rentedragend betalingsuitstel worden verleend voor een periode van tien jaar voor de schenk- of erfbelasting die kan worden toegerekend aan onderbedelingsvorderingen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen.

3.4 Verrijking ondernemingsvermogen (artikel 35b SW 1956)

3.4.1 Omvang vrijstelling (lid 1)

Uit de vorige paragraaf blijkt dat ten aanzien van een groot deel van het verkregen ondernemingsvermogen een vrijstelling kan worden verkregen. De voorwaardelijke vrijstelling wordt bepaald aan de hand van de waarde van de objectieve onderneming die wordt gedreven in de kapitaalvennootschap waarop de verkregen ab-aandelen betrekking hebben. Bedraagt de waarde van de objectieve onderneming minder dan € 1.063.479, dan geldt een voorwaardelijke vrijstelling van 100% ten aanzien van de verkrijging. De grens van € 1.063.479 moet worden afgemeten aan de waarde van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft. Zodoende is de omvang van de vrijstelling afhankelijk van het aandeel dat de verkrijger in de objectieve onderneming verkrijgt. Indien de verkrijger niet de gehele onderneming verkrijgt, kan deze aanspraak maken op een evenredig deel van de 100%-vrijstelling van € 1.063.479. Deze benadering voorkomt dat de BOF gedeeltelijk verloren gaat bij een gefaseerde bedrijfsopvolging, waarbij de aandelen in delen worden geschonken. Indien het ondernemingsvermogen aan meerdere verkrijgers wordt toegedeeld, wordt de vrijstelling naar evenredigheid van ieders verkrijging aan de verschillende verkrijgers toegerekend. Ter verduidelijking volgt hier een aan de wetsgeschiedenis ontleend voorbeeld:

Een BV drijft een objectieve onderneming met een waarde van € 2.000.000. Er wordt een ab-pakket van 50% geschonken, dat dus een waarde van € 1.000.000 heeft. In dit geval is op $\frac{€ 1.000.000}{€ 2.000.000} * € 1.000.000 = € 500.000$ de 100% vrijstelling van toepassing. Op het resterende gedeelte van de verkrijging ad € 500.000 is de 83%-vrijstelling van toepassing.¹⁰⁶

Tot de objectieve onderneming wordt op grond van artikel 35c SW 1956 gerekend het ondernemingsvermogen van een IB-onderneming, het ondernemingsvermogen van een medegerechtigdheid en het ondernemingsvermogen van een kapitaalvennootschap. In artikel 7, lid 1 en 2, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is opgenomen dat daarnaast buitenvennootschappelijk gehouden ondernemingsvermogen, mits dit vermogen bestaat uit onroerende zaken, en onroerende zaken die door de erflater of schenker op de voet van artikel 3.92 Wet IB 2001 aan de vennootschap ter beschikking zijn gesteld tot de objectieve onderneming worden gerekend. Het maakt hierdoor voor de bepaling van de vrijstelling niet uit of het pand aan de BV of aan de erflater of schenker zelf toebehoort.^{107, 108}

Op grond van artikel 7, lid 3, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting moet de concerngedachte in acht worden genomen bij het vaststellen van de omvang van de objectieve onderneming. Dit houdt in dat als er bijvoorbeeld aandelen in een dochtervennootschap worden geschonken, de 100%-vrijstelling wordt gebaseerd op de waarde van het gehele concern waartoe de vennootschap waarin de ab-aandelen of winstbewijzen worden verkregen behoort. Derhalve is het voor de omvang van de BOF niet van belang of de verkregen aandelen direct door de erflater of schenker worden gehouden of dat deze de aandelen in een holdingvennootschap met daaronder een dochtervennootschap bezit. In artikel 7, lid 4, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is een bepaling opgenomen voor het geval de erflater in het jaar voorafgaand aan zijn overlijden dan wel de schenker in de vijf jaren voorafgaand aan de schenking de holdingvennootschap door middel waarvan hij de door de verkrijger verkregen aandelen hield, heeft opgeheven. In dat geval wordt de erflater of schenker voor de toepassing van de BOF geacht de ab-aandelen in de dochtervennootschap nog altijd middels de holdingvennootschap te houden. Op deze wijze wordt voorkomen dat de holdingstructuur van een concern met het oog op een schenking of overlijden wordt opgeheven met als doel de 100%-vrijstelling meerdere malen te kunnen benutten.¹⁰⁹

3.4.2 De conserverende aanslag (lid 2 en 3)

Over het deel van het verkregen ondernemingsvermogen dat niet onder de 100%- of onder de 83% vrijstelling valt, is de verkrijger erf- of schenkbelasting verschuldigd. Op verzoek van de belastingplichtige kan in verband hiermee uitstel van betaling worden verleend krachtens artikel 25, lid 12, Inv. 1990 jo. art. 5a Uitv.reg. Inv. 1990. Er wordt dan een conserverende aanslag opgelegd voor een periode van maximaal tien jaar.¹¹⁰ Gedurende de uitstelperiode is invorderingsrente verschuldigd. Het stellen van zekerheden is niet vereist.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79, p. 2. In dit voorbeeld wordt een 100%-vrijstelling van € 1.000.000 gehanteerd. Met de indexering van de vrijstelling tot inmiddels € 1.063.479 is geen rekening gehouden.

¹⁰⁷ *MvA, Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, nr. D, p. 5.

¹⁰⁸ Gubbels en Van Vijfeijken geven aan dat dit niet altijd opgaat. Zie Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.1.0.B, voorbeeld 2.

¹⁰⁹ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 334.

¹¹⁰ Artikel 37, lid 2, SW 1956.

3.4.3 Invloed tegenprestatie (lid 4)

Op grond van lid 4 van artikel 35b SW 1956 wordt voor de toepassing van de BOF geen rekening gehouden met een eventuele aan de verkrijger opgelegde last of tegenprestatie. Als de verkrijger een tegenprestatie moet leveren ter zake van zijn verkrijging, zoals bijvoorbeeld het geval is bij een legaat tegen inbreng van de waarde, vormt het saldo de verkrijging in fiscale zin.¹¹¹ Voor de toepassing van de BOF geldt dat de tegenprestatie van de verkrijger niet in aanmerking hoeft te worden genomen. Ter verduidelijking volgt hier een voorbeeld.

Vader bezit een ab-pakket met een waarde going concern van € 1.500.000. De vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben (BV X) drijft een materiële onderneming. Vader verkoopt zijn aandelenpakket in BV X voor € 250.000 aan zijn zoon. De schenking van vader aan zoon bedraagt in dit geval € 1.250.000. Omdat voor de berekening van de BOF geen rekening hoeft te worden gehouden met de tegenprestatie van de verkrijger, wordt de BOF vastgesteld over een verkrijging van € 1.500.000. De omvang van de vrijstelling bedraagt 100% van € 1.063.479 en 83% van het meerdere (€ 436.521), zijnde € 362.312. De totale vrijstelling bedraagt dan € 1.425.791. De belastbare verkrijging van € 1.250.000 is volledig vrijgesteld.

3.4.4 Uitsluitend reële bedrijfsopvolging (lid 5 en 6)

Het doel van de BOF is om te voorkomen dat economisch gewenste bedrijfsoverdrachten geen doorgang vinden vanwege de belastingclaim die met de overdracht van de onderneming gepaard gaat.¹¹² De regering hanteert hierbij als uitgangspunt dat uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd dienen te worden (zie ook paragraaf 4.3).¹¹³ In het vijfde en zesde lid van artikel 35b SW 1956 zijn bepalingen opgenomen die ertoe dienen alleen dergelijke verkrijgingen voor de BOF in aanmerking te laten komen. In lid 5 is een bedrijfsopvolging gedefinieerd als *“een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35”*. Voor de toepassing van de BOF worden dus eisen gesteld met betrekking tot de rechtsvoorganger, de onderneming en de rechtsopvolger. Aan de eisen met betrekking tot de rechtsvoorganger (bezitser) en de onderneming moet zijn voldaan, wil de verkrijger aanspraak kunnen maken op de BOF. De verkrijger moet vervolgens zelf aan het voortzettingsvereiste (lid 6) voldoen, zodat de voorwaardelijke vrijstelling wordt omgezet in een definitieve vrijstelling.

3.5 Begrip ‘ondernemingsvermogen’ (artikel 35c SW 1956)

Artikel 35c SW 1956 bepaalt welke vermogensbestanddelen, en dus welke typen aandelenbelangen, onder het toepassingsbereik van de BOF vallen. Dit artikel is dan ook van groot belang voor deze scriptie. Op grond van lid 1, onderdelen a en b, kwalificeren een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 (IB-onderneming) respectievelijk een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 (commanditaire participatie) als ondernemingsvermogen voor de toepassing van de BOF. De kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF is geregeld in het eerste lid, onderdeel c. Bepaald is dat vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker tot een ab

¹¹¹ Heithuis 2015, p. 109.

¹¹² Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.*

¹¹³ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 4-5 en NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.*

behoorden als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van artikel 4.10 (meetrek ab), kwalificeren voor de BOF als het lichaam waarop het belang betrekking heeft een onderneming drijft of een medegerechtigdheid houdt. Als ondernemingsvermogen wordt slechts aangemerkt de waarde van de tot een ab behorende vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

- 1° bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, en
- 2° het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder 1° toegerekende waarde.

In hoofdstuk 4 komt de vraag aan de orde welke typen ab op grond van de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 kwalificeren voor de BOF en welke knelpunten hierbij te onderkennen zijn.

Naast de hiervoor genoemde vermogensbestanddelen kunnen op grond van het eerste lid, onderdeel d, ook buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken en onroerende zaken die bij de erflater of schenker tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 Wet IB 2001 behoorden kwalificeren voor de BOF. Deze vermogensbestanddelen zijn in het kader van een onderzoek naar de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF evenwel niet relevant.

3.6 Bezitseis (artikel 35d SW 1956)

Artikel 35d SW 1956 stelt nadere eisen aan de erflater of de schenker en diens onderneming. Ten aanzien van de erflater is bepaald dat de aandelen gedurende ten minste één jaar tot het overlijden bij hem tot een ab moeten hebben behoord. Voor de schenker geldt een minimale bezitsperiode van vijf jaren. Het hanteren van een bezitseis moet eraan bijdragen dat alleen reële bedrijfsopvolgingen voor de BOF in aanmerking komen. Van een reële bedrijfsopvolging is volgens de regering alleen sprake als de over te dragen onderneming gedurende een bepaalde periode door de erflater of schenker is gedreven.¹¹⁴

In artikel 35d SW 1956 worden niet alleen eisen aan de ab-houder gesteld, maar ook aan de over te dragen onderneming. In artikel 35d, lid 1, onderdeel d, SW 1956 is bepaald dat het lichaam waarop het ab betrekking heeft gedurende de periode van één respectievelijk vijf jaar voorafgaande aan het belastbare feit een onderneming moet hebben gedreven. Tevens mag het beleggingsvermogen dat op grond van artikel 35c, lid 1, onderdeel c, onder 2°, SW 1956 onder de toepassing van de BOF valt gedurende de bezitstermijn niet via een storting in het lichaam zijn ingebracht. Uit de wetshistorie blijkt dat deze bepaling dient ter voorkoming van misbruik. Deze bepaling verhindert dat het beleggingsvermogen in het lichaam gedurende de bezitstermijn via een kapitaalinjectie wordt 'opgepompt' met als doel om vermogen waarvan de verkrijging is belast met schenk- of erfbelasting onder de toepassing van de BOF te brengen.¹¹⁵ In artikel 9 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting zijn een aantal versoepelingen op de bezitseis opgenomen. Deze acht ik niet relevant voor de beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek en worden dan ook achterwege gelaten.

3.7 Voortzettingsvereiste (artikel 35e SW 1956)

In artikel 35e SW 1956 worden eisen gesteld aan de verkrijger van het ondernemingsvermogen. In artikel 35e, lid 1, onderdeel c, SW 1956 is bepaald dat een verkrijger van ab-aandelen die betrekking hebben op een onderneming aan het voortzettingsvereiste heeft voldaan als gedurende een periode

¹¹⁴ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 102.

¹¹⁵ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 46.

van vijf jaren na de verkrijging van een ab zoals omschreven in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 zich geen van de volgende drie gebeurtenissen voordoet:

1. De verkrijger vervreemdt de desbetreffende vermogensbestanddelen of een gedeelte van de in deze vermogensbestanddelen liggende rechten.¹¹⁶
2. Vermogensbestanddelen worden omgezet in preferente aandelen of op andere wijze wordt de aanspraak van de verkregen vermogensbestanddelen op toekomstige winsten of waardeontwikkelingen beperkt.
3. Het lichaam waarop de vermogensbestanddelen betrekking hebben, houdt op uit de onderneming of de medegerechtigdheid, of een gedeelte daarvan, winst te genieten.

In artikel 10 Uitv.reg. schenk- en erfbelasting zijn nog een aantal situaties beschreven welke op verzoek van de verkrijger niet als een schending van het voortzettingsvereiste worden aangemerkt. Onder voorwaarden wordt de faciliteit in deze situaties niet teruggedraaid. Het gaat gezien de hoofdvraag van deze scriptie te ver om hier verder op in te gaan.

In artikel 35b, lid 6, SW 1956 is bepaald dat als op enig moment binnen vijf jaar na de verkrijging van het ondernemingsvermogen niet meer of niet meer geheel aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan, de voorwaardelijke vrijstelling in zoverre vervalt. Ook het verleende betalingsuitstel wordt beëindigd als niet meer aan het voortzettingsvereiste wordt voldaan.¹¹⁷

3.8 Invloed van de verdeling (artikel 35f SW 1956)

3.8.1 Verdeling nalatenschap (lid 1)

Voor de verschuldigheid van erfbelasting is de verkrijging op het tijdstip van overlijden bepalend. Met gebeurtenissen die zich daarna voordoen, zoals de verdeling van de nalatenschap en de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap, mag naar het oordeel van de Hoge Raad geen rekening worden gehouden bij het vaststellen van de verschuldigde erfbelasting.¹¹⁸ Dit zou er zonder nadere regelgeving toe leiden dat de voorwaardelijke vrijstelling voor het verkregen ondernemingsvermogen zou moeten worden berekend op basis van de situatie op het moment van overlijden. Dientengevolge zou de BOF gedeeltelijk verloren gaan als het ondernemingsvermogen bij de verdeling van de nalatenschap aan één van de erfgenamen wordt toegekend. Dit wordt verduidelijkt aan de hand van het volgende voorbeeld.

Vader bezit alle aandelen in BV X, welke een materiële onderneming drijft. De waarde van de aandelen bedraagt € 1.500.000. Omdat vader geen testament heeft opgemaakt, erven zijn zoon en twee dochters op grond van de wettelijke verdeling ieder een derde deel van het ondernemingsvermogen (er is geen echtgenote in het spel). Naast de aandelen in BV X behoort tot de nalatenschap ook beleggingsvermogen ter waarde van € 3.000.000. Besloten wordt dat alleen zoon de onderneming gaat voortzetten. Derhalve wordt het ondernemingsvermogen toegedeeld aan zoon en het beleggingsvermogen aan de dochters. Als voor de bepaling van de verschuldigheid van de erfbelasting wordt uitgegaan van de situatie op het moment van overlijden van vader, kan zoon

¹¹⁶ Artikel 35e, lid 3, SW 1956 bepaalt wat mede onder vervreemding wordt verstaan. De certificering van aandelen wordt, mits is voldaan aan de voorwaarden gesteld in onderdeel 4.5 van het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, niet als vervreemding aangemerkt. Zie ook onderdeel 6.4 van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M.

¹¹⁷ Heithuis 2015, p. 109.

¹¹⁸ HR 2 januari 1903, PW 9536.

slechts ten aanzien van zijn verkrijging van € 500.000 aan ondernemingsvermogen de BOF toepassen. Omdat de dochters de onderneming niet voortzetten, hebben zij ten aanzien van hun aandeel in het ondernemingsvermogen geen recht op de BOF. De BOF kan slechts worden toegepast over € 500.000, terwijl het ondernemingsvermogen dat tot de nalatenschap behoort € 1.500.000 bedraagt.

Hoewel voor de SW 1956 als uitgangspunt geldt dat geen rekening wordt gehouden met verdelingen die plaatsvinden nadat het belastbare feit zich heeft voorgedaan, maakt artikel 35f, lid 1, SW 1956 een uitzondering op deze hoofdregel. Bepaald is dat op verzoek van de desbetreffende verkrijger wel rekening wordt gehouden met zijn toegenomen gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen als gevolg van de verdeling.^{119, 120} De verkrijger wiens gerechtigdheid tot het kwalificerende ondernemingsvermogen afneemt, verliest het recht op de BOF omdat deze niet aan het voortzettingsvereiste van artikel 35e voldoet (artikel 35b, lid 6, SW 1956). In bovenstaand voorbeeld betekent dit dat zoon de BOF kan toepassen op zijn gehele verkrijging van € 1.500.000 aan ondernemingsvermogen. Bij de dochters wordt de verkrijging van het beleggingsvermogen conform de reguliere systematiek van de SW 1956 in de heffing van de erfbelasting betrokken.

Ondanks de mogelijkheid om voor de BOF rekening te houden met de invloed van de verdeling, treedt in de praktijk vaak faciliteitsverlies op. Dit komt omdat de maatstaf van heffing bij een verdeling niet verandert en daardoor de grotere vrijstelling niet geheel kan worden benut.¹²¹ Dit zou zich voordoen als in bovenstaand voorbeeld naast het ondernemingsvermogen ter waarde van € 1.500.000 niet € 3.000.000, maar slechts € 1.500.000 aan overig vermogen tot de nalatenschap behoort. De totale waarde van de nalatenschap bedraagt dan € 3.000.000, waardoor ieder kind recht heeft op € 1.000.000. Als zoon nu weer het gehele ondernemingsvermogen krijgt toebedeeld, blijft voor elk van de dochters slechts € 750.000 aan overig vermogen over. Zoon krijgt daarom aan zijn beide zussen een overbedelingsschuld van € 250.000. Omdat de tegenprestatie mag worden verwaarloosd op grond van artikel 35b, lid 4, SW 1956, mag de voorwaardelijke vrijstelling van de zoon worden berekend over een verkrijging van € 1.500.000 aan ondernemingsvermogen. Vanwege de overbedelingsschulden bedraagt de verkrijging van zoon per saldo maar € 1.000.000, waardoor de vrijstelling tot maximaal dit bedrag kan worden benut. Als de voorwaardelijke vrijstelling was verleend over een verkrijging van € 1.500.000, zou de verkrijging voor € 1.425.791 zijn vrijgesteld (zie berekening paragraaf 3.4.3). De vrijstelling kan voor een bedrag van € 425.791 niet worden benut. De zussen worden over hun verkrijging, waaronder de onderbedelingsvordering, gewoon erfbelasting verschuldigd. Ten aanzien van de onderbedelingsvordering van € 250.000 die zij ieder op hun broer hebben, kunnen zij slechts rentedragend uitstel van betaling krijgen voor een periode van tien jaren.¹²² De nettoverkrijgingen van de zussen zullen in deze situatie lager uitvallen dan de nettoverkrijging van de broer, wiens verkrijging immers volledig wordt vrijgesteld.

¹¹⁹ De verdeling moet dan wel binnen twee jaren na het overlijden hebben plaatsgevonden (artikel 35f, lid 3, SW 1956).

¹²⁰ Het verzoek om voor de toepassing van de BOF de wijziging in gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen in acht te nemen, dient door middel van een aangifte te geschieden binnen acht maanden nadat de verdeling van de nalatenschap heeft plaatsgevonden (artikel 35f, lid 4, SW 1956).

¹²¹ Burgerhart, W., Artikel 35f SW 1956 vanaf 2010 Wijzigingen in gerechtigdheid (commentaar), NDFR, bijgewerkt tot 9 juni 2016, onderdeel 1.

¹²² Artikel 25, lid 13, Inv. 1990.

3.8.2 Verdeling huwelijksgoederengemeenschap (lid 2)

Op grond van het tweede lid van artikel 35f SW 1956 geldt hetgeen is bepaald met betrekking tot de verdeling van de nalatenschap ook ten aanzien van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap waarin de erflater was gerechtigd.¹²³ In de tweede volzin is bepaald dat indien bij de verdeling van de nalatenschap het ondernemingsvermogen dat eerst vanuit de huwelijksgoederengemeenschap aan de nalatenschap is toegedeeld opnieuw aan de langstlevende echtgenoot wordt toegekend, de BOF niet van toepassing is voor het deel waartoe deze al was gerechtigd op grond van het huwelijksvermogensrecht. Overigens gaat bij de verdeling van de nalatenschap of de huwelijksgoederengemeenschap geen nieuwe voortzettingsperiode lopen. De voortzettingsperiode die ingaat op het moment van overlijden geldt ook voor de 'extra' ab-aandelen die worden verkregen bij de verdeling van de nalatenschap of de huwelijksgoederengemeenschap.¹²⁴

Bij een zogenoemde turboverdeling in combinatie met een vruchtgebruiktestament wordt het vermogen van de langstlevende aan de nalatenschap toegekend, waarbij de langstlevende een onderbedelingsvordering verkrijgt. De langstlevende krijgt recht op het vruchtgebruik van alle tot de nalatenschap behorende goederen, waaronder dus de ab-aandelen die tot de huwelijksgemeenschap behoorden en die dus al voor helft aan de langstlevenden toebehoorden. Artikel 35f, lid 2, SW 1956 bewerkstelligt dat de langstlevende in dat geval slechts voor de helft van de waarde van de ab-aandelen aanspraak kan maken op de BOF.¹²⁵ De kinderen verkrijgen de blote eigendom van het huwelijkse vermogen. Zij kunnen op grond van artikel 35f, lid 1 en lid 2, SW 1956 voor de gehele blote eigendom een beroep doen op de BOF.

3.9 Betalingsuitstel onderbedelingsvordering overige erfgenamen

Uitsluitend de erfgenamen die de onderneming voortzetten hebben recht op de BOF. De overige erfgenamen verkrijgen vaak een onderbedelingsvordering op de erfgenaam die de onderneming voortzet. Op deze onderbedelingsvordering is de BOF niet van toepassing.¹²⁶ Wel kan ten aanzien van de onderbedelingsvordering die betrekking heeft op de verkrijging van ondernemingsvermogen door de bedrijfsopvolger rentedragend uitstel van betaling worden verkregen op grond van artikel 25, lid 13, Inv. 1990 jo. artikel 6b Uitv.reg. Inv. 1990. Een knelpunt hierbij is dat door de overbedelingschuld van de voortzetter van de onderneming aan de niet-voortzetters de verkrijging krachtens erfrecht van de voortzetter kleiner wordt, waardoor de BOF mogelijk niet ten volle kan worden benut (zie ook het voorbeeld in paragraaf 3.8.1).¹²⁷ De regering is van mening dat dit geen probleem is, aangezien niet van belang is of de vrijstelling volledig kan worden benut, maar of de continuïteit van de onderneming in gevaar komt door het moeten onttrekken van contanten om de belasting te kunnen betalen. De vrijstelling wordt op deze wijze volgens de regering alleen gebruikt indien en voor zover hij nodig is.¹²⁸ Dit is naar mijn mening terecht. Het uitgangspunt van de regering is dat alleen de verkrijger van het ondernemingsvermogen aanspraak op de BOF moet kunnen maken.¹²⁹ In de literatuur wordt uiteenlopend gedacht over de vraag of ook de verkrijgers van op

¹²³ Ook hier geldt dat de verdeling binnen twee jaren na het overlijden moet hebben plaatsgevonden (artikel 35f, derde lid, SW 1956).

¹²⁴ Heithuis 2015, p. 188-189.

¹²⁵ Zie ook Besluit 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.10.

¹²⁶ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, nr. 9, p. 24-25.

¹²⁷ Heithuis e.a. 2016, p. 288.

¹²⁸ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, nr. 9, p. 106.

¹²⁹ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 390, nr. 9, p. 24-25.

ondernemingsvermogen betrekking hebbende onderbedelingsvorderingen zouden moeten meedelen in de voorwaardelijke vrijstelling. Zo is Stevens van mening dat dit het geval zou moeten zijn. De overbedelingsschuld functioneert naar zijn mening feitelijk als ondernemingsvermogen.¹³⁰ In de situatie dat de verkrijgers van een onderbedelingsvordering zouden meedelen in de voorwaardelijke vrijstelling, zou de overbedelingsschuld bij de verkrijger van het ondernemingsvermogen in mindering moeten worden gebracht op zijn verkrijging om dubbeltelling te voorkomen. Het belangrijkste voordeel van een dergelijke benadering is naar mijn mening dat belastingplichtigen geen gekunstelde constructies meer toe hoeven passen om te voorkomen dat de vrijstelling gedeeltelijk verloren gaat. De huidige opzet van de faciliteit zet belastingplichtigen ertoe aan om een belang aan de niet-beoogde bedrijfsopvolgers uit te reiken, zodat ook zij meedelen in de voorwaardelijke vrijstelling.¹³¹ Het is uiteraard niet wenselijk dat personen uitsluitend met het oog op het verkrijgen van een fiscale faciliteit een belang in een vennootschap krijgen toegekend, terwijl een andere persoon wellicht geschikter is om de onderneming voort te zetten. Tigelaar-Klootwijk is in tegenstelling tot Stevens van mening dat de verkrijging van een onderbedelingsvordering niet als ondernemingsvermogen kan worden gezien. Zij onderkent dat de waarde van het ondernemingsvermogen afhankelijk kan zijn van de waarde van de onderbedelingsvordering, maar het gaat naar haar mening te ver om de onderbedelingsvordering gelijk te stellen met ondernemingsvermogen.¹³² Hier sluit ik mij bij aan. Ik ben het dan ook met Tigelaar-Klootwijk eens dat een invorderingsfaciliteit voldoende is om eventuele liquiditeitsproblemen die voortvloeien uit de erfbelastingclaim te ondervangen.¹³³ Het is niet nodig de verkrijgers van een onderbedelingsvordering mee te laten delen in de voorwaardelijke vrijstelling.

3.10 Samenvatting/tussenconclusie

De regering acht het niet wenselijk dat bij de overdracht van een onderneming krachtens erfrecht of krachtens schenking de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken ter voldoening van de verschuldigde erf- of schenkbelasting. In de SW 1956 is daarom de BOF opgenomen. Het belangrijkste element van de BOF is de voorwaardelijke vrijstelling van 100% voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.063.479 niet te boven gaat en de voorwaardelijke vrijstelling van 83% voor het meerdere. De voorwaardelijke vrijstelling wordt bepaald op basis van de waarde van de objectieve onderneming. Hieronder vallen naast de IB-onderneming en de medegerechtigdheid ook de aandelen in een kapitaalvennootschap, mits het lichaam waarop het belang betrekking heeft een kwalificerende onderneming drijft, dan wel een kwalificerende medegerechtigdheid houdt. Ook buitenvennootschappelijk gehouden onroerende zaken en onroerende zaken die bij de erflater of schenker behoorden tot een werkzaamheid als bedoeld in artikel 3.92 van de Wet IB 2001 kunnen kwalificeren. Ten aanzien van het ondernemingsvermogen dat niet onder de voorwaardelijke vrijstelling valt kan rentedragend uitstel van betaling worden verleend voor een periode van tien jaren. Ook ten aanzien van de schenk- of erfbelasting die kan worden toegerekend aan

¹³⁰ S.A. Stevens 2010, paragraaf 3.3.

¹³¹ Hoogeveen 2011, p. 449 en Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 412-413.

¹³² Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 295-296.

¹³³ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 413.

onderbedelingsvorderingen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan rentedragend uitstel voor een periode van tien jaren worden verkregen.

Het is de bedoeling van de regering uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. In artikel 35d, SW 1956 is daarom een bezitseys opgenomen, op grond waarvan de erflater of schenker de onderneming gedurende ten minste één respectievelijk vijf jaren voorafgaand aan de bedrijfsoverdracht moet hebben gedreven. Ten aanzien van het lichaam waarop het over te dragen ab betrekking heeft, geldt de eis dat deze gedurende de periode van één jaar voorafgaand aan het overlijden van de erflater of vijf jaren voorafgaand aan de schenking een onderneming moet hebben gedreven. In artikel 35e SW 1956 is bepaald dat de verkrijger de onderneming gedurende een periode van ten minste vijf jaren na de verkrijging van het ab moet voortzetten.

In tegenstelling tot wat gebruikelijk is voor de vaststelling van de verschuldigde schenk- of erfbelasting, wordt voor de bepaling van de BOF op grond van artikel 35f wel rekening gehouden met de verdeling van de huwelijksgemeenschap dan wel de verdeling van de nalatenschap. Op deze wijze wordt voorkomen dat de BOF gedeeltelijk verloren gaat als de onderneming bij de verdeling van de nalatenschap aan één van de erfgenamen wordt toegekend. Als de verkrijger een tegenprestatie moet leveren ter zake van zijn verkrijging, wordt met deze tegenprestatie geen rekening gehouden voor de bepaling van de voorwaardelijke vrijstelling.

Nu de BOF op hoofdlijnen is beschreven kan in de volgende hoofdstukken de vraag aan de orde komen welke vermogensbestanddelen kwalificeren voor de BOF, welke knelpunten daarin kunnen worden onderkend en hoe deze zouden kunnen worden weggenomen.

Hoofdstuk 4 – Kwalificerend direct ab

4.1 Inleiding

De verkrijging van ab-aandelen kwalificeert alleen voor de BOF als sprake is van kwalificerend ondernemingsvermogen. Artikel 35c SW 1956 bepaalt wat voor de toepassing van de BOF onder ondernemingsvermogen wordt verstaan. Uit onderdeel c van het eerste lid van dit artikel blijkt dat twee zaken van belang zijn om van kwalificerend ondernemingsvermogen te kunnen spreken. Ten eerste moet het type ab dat de erflater of schenker in de kapitaalvennootschap houdt kwalificeren voor de BOF. Om van een kwalificerend ab te kunnen spreken moet het lichaam waarin een ab wordt gehouden een materiële onderneming drijven (activiteitentoets). Indien vaststaat dat sprake is van een kwalificerend ab komt de vraag aan de orde welke vermogensbestanddelen van het lichaam waarop het ab betrekking heeft kwalificeren als ondernemingsvermogen (vermogenstoets). In dit hoofdstuk staat het eerste aspect centraal. Onderzocht wordt welke typen ab-belangen op grond van artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 als ondernemingsvermogen voor de BOF kwalificeren (deelvraag 4) en welke knelpunten de huidige kwalificatie van ab-belangen voor de BOF met zich brengt (deelvraag 5). In paragraaf 4.2 ga ik kort in op de vraag welke typen ab's in een kapitaalvennootschap voor de BOF kwalificeren. In het vervolg van het hoofdstuk wordt op basis van de in paragraaf 1.3 vermelde toetsingscriteria onderzocht of de kwalificatie van de verschillende typen ab's juist is. In paragraaf 4.3 ga ik in op de kwalificatie van het 'gewone' ab als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001. Vervolgens komt in paragraaf 4.4 de kwalificatie van het soort ab en het meesleep ab aan de orde, gevolgd door de kwalificatie van het meetrek ab en het fictief ab in paragraaf 4.5. In de paragrafen 4.3 tot en met 4.5 wordt het element van de BOF dat in de desbetreffende paragraaf centraal staat getoetst op doeltreffendheid, doelmatigheid en neutraliteit. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting/tussenconclusie in paragraaf 4.6. Dit hoofdstuk heeft uitsluitend betrekking op direct gehouden belangen. De kwalificatie van indirect gehouden belangen wordt in hoofdstuk 6 afzonderlijk behandeld.

4.2 Ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001

Ten aanzien van de aandelen in een kapitaalvennootschap is voor de toepassing van de BOF vereist dat de aandelen bij de erflater of schenker tot een ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001 hebben behoord, met uitzondering van het meetrek ab ex artikel 4.10 Wet IB 2001.¹³⁴ In artikel 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001 is bepaald dat de belastingplichtige een ab heeft indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Ook koopopties tot het verwerven van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal en winstbewijzen die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd, vormen een ab.¹³⁵ Hetzelfde geldt voor de gerechtigdheid tot het uitbrengen van ten minste 5% van de stemmen in de algemene vergadering in een coöperatie.¹³⁶ Dientengevolge kwalificeren niet alleen gewone aandelen, maar bijvoorbeeld ook koopopties en winstbewijzen indien het belangen van ten minste 5% betreft. Het is de vraag of het in overeenstemming met doel en strekking van de BOF is dat dergelijke vermogensbestanddelen kunnen kwalificeren. Een andere vraag die de koppeling aan het ab-regime

¹³⁴ Artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

¹³⁵ Artikel 4.6, onderdelen b en c, Wet IB 2001.

¹³⁶ Artikel 4.6, onderdeel d, Wet IB 2001.

uit de Wet IB 2001 doet rijzen, is of het aldaar gehanteerde 5%-criterium geschikt is om aan af te meten of een belang in een kapitaalvennootschap al dan niet voor de BOF kwalificeert. Bovendien kwalificeren vanwege de verwijzing naar de ab-regeling naast het 'gewone ab' als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001 ook het soort ab, het meesleep ab en het fictief ab. Het is de vraag of het juist is dat deze typen ab kwalificeren voor de BOF. In het vervolg van dit hoofdstuk onderzoek ik hoe in de literatuur over deze kwesties wordt gedacht en geef ik mijn visie hierop.

4.3 Ab in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001

Teneinde een antwoord te vinden op de vraag of het juist is dat voor de kwalificatie van aandelen in een kapitaalvennootschap voor de BOF wordt aangesloten bij de ab-regeling uit de Wet IB 2001, onderzoek ik eerst of het doeltreffend is dat een ab als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001 kwalificeert. Op grond van onderdeel a van dit artikel vormt een belang van ten minste 5% in het geplaatste aandelenkapitaal van een kapitaalvennootschap een ab. De achtergrond van de aansluiting bij de ab-regeling is dat de regering heeft beoogd uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten te faciliteren. Van een reële bedrijfsoverdracht is volgens de regering sprake als wordt verkregen van een ondernemer.¹³⁷ De ab-regeling is gestoeld op het uitgangspunt dat de aandeelhouder van een belang van ten minste 5% in een kapitaalvennootschap gelijkgesteld kan worden met een ondernemer.¹³⁸

De eerste vraag die moet worden beantwoord is of de aansluiting bij het 5%-criterium van de ab-regeling uit de Wet IB 2001 doeltreffend is. Tigelaar-Klootwijk merkt naar mijn mening terecht op dat het met het oog op de continuïteit van de onderneming niet relevant is of er sprake is van een ondernemer.¹³⁹ Ook als van een niet-ondernemer (houder van minder dan 5% van de aandelen) wordt verkregen kan de continuïteit van de onderneming in het geding komen omdat middelen aan de vennootschap moeten worden onttrokken om de met de bedrijfsoverdracht gepaard gaande belastingclaim te kunnen voldoen.¹⁴⁰ Enkel vanuit de continuïteitsratio bezien is de voorwaarde dat de erflater of schenker een aandelenpakket van ten minste 5% moet bezitten naar mijn mening dan ook niet in overeenstemming met doel en strekking van de BOF. Hierbij kan mijns inziens wel de kanttekening worden geplaatst dat het maar de vraag is of de continuïteit van een onderneming daadwerkelijk in gevaar kan komen door liquiditeitsproblemen bij de verkrijger als het om belangen van minder dan 5% gaat. Met De Wijkerslooth-Lhoëst ben ik van mening dat het discutabel is of het continuïteitsdoel wel gediend wordt met het faciliteren van zulke kleine belangen.^{141, 142}

Bij het opzetten van de regeling heeft de regering echter niet alleen het continuïteitsprincipe, maar ook het reële bedrijfsopvolgingsbeginsel laten meewegen. De regering heeft een reële bedrijfsopvolging als volgt gedefinieerd: *“een overdracht van een «onderneming» door een «ondernemer», die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming «als ondernemer voortzet”*.¹⁴³ Ik onderschrijf het uitgangspunt van de regering dat

¹³⁷ NnavV, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 9, p. 17.

¹³⁸ NnavV, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 9, p. 21.

¹³⁹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 212-213.

¹⁴⁰ Zo ook De Beer 2009, paragraaf 2.

¹⁴¹ De overwegingen van De Wijkerslooth-Lhoëst zien op het feit dat een fictief ab kwalificeert voor de BOF. Zie De Wijkerslooth-Lhoëst 2010, paragraaf 3.7. Het fictief ab komt in paragraaf 4.5 aan bod.

¹⁴² Ook Gubbels en Van Vijfeijken betwijfelen of de belastingclaim de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk bedreigt als het gaat om belangen van minder dan 5%. Zie Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.2.0.D.b.

¹⁴³ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 17.

uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. Gezien de royale omvang van de voorwaardelijke vrijstelling is het mijns inziens van groot belang dat deze uitsluitend kan worden toegepast als daadwerkelijk sprake is van een bedrijfsopvolging. Ik kan mij vinden in de definitie van het begrip 'reële bedrijfsopvolging' die de regering hanteert. Om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken moet mijns inziens zowel de overdrager als de verkrijger als 'echte' ondernemer kunnen worden aangemerkt. Tigelaar-Klootwijk denkt hier anders over. Hoewel ook zij van mening is dat sprake moet zijn van een reële bedrijfsopvolging, is het naar haar mening vanwege de continuïteitsdoelstelling voldoende als de verkrijger als ondernemer kan worden aangemerkt. De verkrijger moet immers uiteindelijk de verschuldigde erf- of schenkbelasting betalen.¹⁴⁴ Hoewel zij hier gelijk in heeft, is het naar mijn mening toch noodzakelijk dat ook de overdrager als ondernemer kan worden aangemerkt. Het is mijns inziens niet wenselijk dat de overdracht van vermogensbestanddelen van een niet-ondernemer naar een ondernemer gefaciliteerd wordt.

De volgende vraag die zich nu aandient is in hoeverre de regering er met het hanteren van het 5%-criterium in is geslaagd dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. In de literatuur wordt de nodige kritiek geuit op de wijze waarop de regering invulling heeft gegeven aan de 'reële bedrijfsopvolgingsgedachte'. De Beer merkt bijvoorbeeld op dat *"de aanmerkelijkbelangstatus weinig van doen heeft met het ondernemersbegrip zoals dat in het economische verkeer heeft te gelden. Zo is het 5%-criterium aanzienlijk te laag om van 'echt' ondernemerschap te kunnen spreken."*¹⁴⁵ Ik ben het met De Beer eens dat het enkel houden van een 5% belang geen goede graadmeter is voor de bepaling of al dan niet sprake is van een 'echte ondernemer'. Zo wordt er geen rekening gehouden met de betrokkenheid of zeggenschap bij de onderneming van zowel de erflater of schenker als van de verkrijger. Hoogeveen merkt in dit verband op dat een houder van een 4%-aandelenbelang wel degelijk een ondernemer kan zijn, terwijl dit niet hoeft te gelden voor een houder van 20% van de aandelen in een vennootschap.¹⁴⁶ Ik ben het met haar eens dat de praktische maatstaf die de regering in dit geval heeft gehanteerd wel erg ver van de materiële werkelijkheid af staat. Dit neemt niet weg dat ik begrip heb voor de keuze van de regering om een objectief criterium als uitgangspunt te nemen. De regeling moet immers wel uitvoerbaar blijven. Hoewel Hoogeveen naar mijn mening een punt heeft dat de houder van een 4%-aandelenbelang een echte ondernemer kan zijn, zal dit zich mijns inziens niet snel voordoen. Ik sluit mij dan ook aan bij het standpunt van De Beer dat het 5%-criterium te laag is om van een echte ondernemer te kunnen spreken. In paragraaf 7.2 wordt daarom onderzocht of een andere graadmeter dan het huidige 5%-criterium zou moeten worden gehanteerd voor de bepaling of de erflater of schenker een 'echte' ondernemer is en, zo ja, welk criterium dit dan zou moeten zijn.

Het 5%-criterium geldt alleen ten aanzien van de overdrager. Het is dus voor het toepassen van de BOF voldoende dat de erflater of schenker een kwalificerend ab heeft. Aan het belang dat de verkrijger verwerft in de vennootschap worden geen eisen gesteld, tenzij het gaat om preferente aandelen of aandelen in een kapitaalvennootschap waarin een medegerechtigdheid wordt gehouden.¹⁴⁷ De Beer heeft naar mijn mening gelijk dat dit "merkwaardig" is. Hij noemt als voorbeeld een erflater die 100% van de aandelen in een vennootschap bezit. Ook als zijn erfgenaam slechts een

¹⁴⁴ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407.

¹⁴⁵ De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1.

¹⁴⁶ Hoogeveen 2012, paragraaf 5.3.

¹⁴⁷ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 103.

aandeel van 0,1% in deze vennootschap verkrijgt, kwalificeert deze verkrijging voor de BOF.¹⁴⁸ Ik ben het met De Beer eens dat in een dergelijke situatie geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Ook Tigelaar-Klootwijk is van mening dat deze gang van zaken niet in lijn is met het uitgangspunt van de regering dat door een ondernemer moet worden verkregen.¹⁴⁹ In 7.3 onderzoek ik of het wenselijk is aanvullende voorwaarden te stellen ten aanzien van de verkrijger en, zo ja, welke voorwaarden doeltreffend zouden zijn.

Vanwege de verwijzing naar afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 worden voor de toepassing van de BOF niet alleen aandelen, maar ook koopopties en winstbewijzen die betrekking hebben op een belang van ten minste 5% alsook de gerechtigdheid tot het uitbrengen van ten minste 5% van de stemmen in de algemene vergadering van een coöperatie als ab aangemerkt.¹⁵⁰ Het is de vraag of dit doeltreffend is. De Beer leidt uit de parlementaire toelichting op de BOF af dat de overdrager leiding moet geven aan de in de vennootschap gedreven onderneming en derhalve de winstgevendheid ervan moet beïnvloeden (betrokkenheidscriterium) en via zijn belang in de onderneming moet zijn gerechtigd tot de winsten van de vennootschap, waarbij de winstrechten niet mogen zijn beperkt (winstgerechtigdheidscriterium), om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken.¹⁵¹ Ik onderschrijf het uitgangspunt dat de erfflater of schenker uitsluitend als een 'echte' ondernemer kan worden beschouwd als zowel sprake is van betrokkenheid als van winstgerechtigdheid. De houders van koopopties kunnen naar mijn mening dan ook niet als een 'echte' ondernemer worden gezien, aangezien zij geen zeggenschap hebben in de vennootschap waarop de koopopties betrekking hebben en derhalve de winstgevendheid ervan niet kunnen beïnvloeden. Bovendien heeft de regering koopopties die betrekking hebben op een belang van ten minste 5% onder de ab-regeling gebracht omdat de waardeontwikkeling van de onderliggende aandelen de optiehouder aangaat.¹⁵² De houders van koopopties vallen dus niet onder de ab-regeling omdat de regering van mening is dat optiehouders ondernemers zijn, maar omdat de optiehouders belang hebben bij de waardeontwikkeling van de aandelen. Tigelaar-Klootwijk merkt met betrekking tot de doorschuif Faciliteiten in de Wet IB 2001 op dat het opmerkelijk is dat koopopties kwalificeren, omdat niet vaststaat dat de koopopties daadwerkelijk zullen worden uitgeoefend.¹⁵³ Ook winstbewijshouders kunnen naar haar mening niet worden vereenzelvigd met ondernemers vanwege het feit dat het hun aan zeggenschap ontbreekt.¹⁵⁴ Hier sluit ik mij bij aan. Naar mijn mening is het feit dat tot een ab behorende koopopties en winstbewijzen kunnen kwalificeren voor de BOF dan ook in strijd met het uitgangspunt van de regering dat alleen reële bedrijfsoverdrachten gefaciliteerd dienen te worden.

Certificaten van aandelen kwalificeren voor de BOF als de certificaten te vereenzelvigen zijn met de onderliggende aandelen.¹⁵⁵ In het geval dat de aandelen gecertificeerd zijn, is de STAK

¹⁴⁸ De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1.

¹⁴⁹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 214-215.

¹⁵⁰ Coöperaties acht ik niet relevant in het kader van dit onderzoek. Hieraan wordt verder dan ook geen aandacht besteed.

¹⁵¹ De Beer 2010, paragraaf 4.1 en 4.2.

¹⁵² MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 15-16.

¹⁵³ Koopopties kwalificeren alleen voor de BOF als de aandelen waarop de koopopties betrekking hebben kwalificeren voor de BOF.

¹⁵⁴ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 213.

¹⁵⁵ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 102. De certificaten zijn te vereenzelvigen met de onderliggende gewone aandelen als is voldaan aan de voorwaarden van onderdeel 6.4 van het Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2010/101M.

aandeelhouder van de onderliggende aandelen in de kapitaalvennootschap(pen). Dientengevolge is de STAK stemgerechtigd in de Algemene Vergadering van Aandeelhouders.¹⁵⁶ Het stemrecht op de aandelen wordt uitgeoefend door het bestuur van de stichting. De STAK voert ook het bestuur over de vennootschap. Een certificaathouder heeft dus geen zeggenschap in de vennootschap waarop de certificaten betrekking hebben. De certificaathouders hebben niets te maken met de bedrijfsvoering van de door de vennootschap gedreven onderneming en zijn slechts gerechtigd tot de vennootschapswinst en de waardeontwikkeling van de aandelen. Met Tigelaar-Klootwijk ben ik daarom van mening dat certificaathouders niet met ondernemers te vergelijken zijn.¹⁵⁷ Naar mijn mening is het feit dat certificaten kwalificeren voor de BOF dan ook niet in overeenstemming met het principe dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden.¹⁵⁸

Ook de verkrijging van een vruchtgebruik kwalificeert voor de BOF als het vruchtgebruik betrekking heeft op ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal. In artikel 4.3 Wet IB 2001 is namelijk bepaald dat degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen of winstbewijzen (vruchtgebruiker) gelijkgesteld wordt met een aandeelhouder respectievelijk winstbewijshouder.¹⁵⁹ In de parlementaire behandeling is het volgende opgemerkt ten aanzien van de kwalificatie van een vruchtgebruiker op ab-aandelen als 'echte ondernemer': *"Dit is hij alleen indien hem ten aanzien van zijn aandelenpakket alle rechten op de winst toekomen. Dit betekent dus dat zowel alle vermogensmutaties van als alle inkomsten uit de aandelen de schenker of erflater moeten toekomen, behoudens in een zogenoemde vruchtgebruik/bloot eigendomsituatie, welke situatie naar haar aard meebrengt dat de waardemutaties en inkomsten bij twee verschillende subjecten liggen."*¹⁶⁰ In de situatie dat de vruchtgebruiker enkel gerechtigd is tot de winst en geen stemrecht heeft, ontbreekt naar mijn mening de benodigde betrokkenheid om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolger.¹⁶¹ De verkrijging van het vruchtgebruik is in dat geval mijns inziens niet het type verkrijging dat de regering heeft beoogd te faciliteren.¹⁶²

Ten aanzien van de doelmatigheid merk ik op dat aansluiting bij de ab-regeling uit de Wet IB 2001 mijns inziens goed uitvoerbaar is. Het zou niet uitvoerbaar zijn om voor iedere afzonderlijke overdrager te bepalen of hij als 'echte' ondernemer kan worden beschouwd. Ik acht het dan ook noodzakelijk dat aansluiting wordt gezocht bij een objectief criterium. Aansluiting bij het 5%-criterium leidt er wel toe dat belastingplichtigen die de faciliteit niet nodig hebben hier wel gebruik van kunnen maken. Voor het toepassen van de faciliteit is het voldoende dat de overgedragen vermogensbestanddelen bij de erflater of schenker tot een kwalificerend ab behoorden. Is aan deze

¹⁵⁶ De certificaathouders moeten wel worden opgeroepen voor de Algemene Vergadering van Aandeelhouders, maar hebben hierin geen stemrecht.

¹⁵⁷ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 214.

¹⁵⁸ Zo ook De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1.

¹⁵⁹ In artikel 35c, lid 7, SW 1956 is bepaald dat artikelen 4.3 tot en met 4.5a van de Wet IB 2001 van toepassing zijn op de BOF. Ten overvloede is ook in onderdeel 3.10 van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M aangegeven dat de BOF kan worden toegepast op de bloot eigendom of het vruchtgebruik van aandelen.

¹⁶⁰ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 103.

¹⁶¹ Op grond van lid 2 van artikel 2:197 BW ligt het stemrecht op de aandelen waarop een vruchtgebruik is gevestigd in beginsel bij de houder van de aandelen (bloot eigendom). In lid 3 is bepaald dat het stemrecht ook aan de vruchtgebruiker kan worden toegekend.

¹⁶² Zie ook De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1. De Beer merkt op dat het vreemd is dat slechts het bezitten van winstbewijzen, certificaten, koopopties of vruchtgebruikersrechten op aandelen voldoende kan zijn om voor de BOF in aanmerking te komen, terwijl de houders van deze vermogensbestanddelen de winstgerechtigdheid van de onderneming niet beïnvloeden.

voorwaarde voldaan, dan kunnen de verkrijgers van het ondernemingsvermogen aanspraak maken op de BOF, ongeacht of er daadwerkelijk sprake is van een liquiditeitsprobleem. Op dit punt is de aansluiting bij afdeling 4.3 Wet IB 2001 niet doelmatig.¹⁶³

Het feit dat de BOF kan worden toegepast ten aanzien van koopties, winstbewijzen, certificaten van aandelen of vruchtgebruikersrechten, is naar mijn mening van negatieve invloed op de neutraliteit van de regeling. De voorwaardelijke vrijstelling staat uitsluitend open voor de verkrijgers van ondernemingsvermogen. De verkrijgers van een onderbedelingsvordering die betrekking heeft op ondernemingsvermogen delen hier niet in mee. Dit kan ertoe leiden dat de voorwaardelijke vrijstelling niet volledig kan worden benut (zie paragraaf 3.8.1). Gezien de royale omvang van de voorwaardelijke vrijstelling ligt het voor de hand dat belastingplichtigen tot veel bereid zijn om deze optimaal te kunnen benutten. Door bijvoorbeeld aan de niet-voortzitters certificaten toe te kennen kan worden bereikt dat ook zij meedelen in de vrijstelling. Op deze wijze kan de vrijstelling misschien wel volledig of voor een groter deel worden benut.¹⁶⁴ Aangezien certificaathouders geen zeggenschap in de vennootschap hebben, kan door middel van het uitreiken van certificaten eenvoudig worden bewerkstelligd dat ook de niet-voortzitters meedelen in de voorwaardelijke vrijstelling zonder dat zij zeggenschap krijgen in de vennootschap. De drempel tot het toekennen van certificaten aan niet-voortzitters zal mijns inziens dan ook lager zijn dan de drempel tot het uitreiken van gewone aandelen, waaraan wel zeggenschapsrechten zijn verbonden. De huidige opzet van de faciliteit, waarin het verwerven van bijvoorbeeld certificaten al voldoende is om mee te kunnen delen in de voorwaardelijke vrijstelling, kan dus het versturende effect tot gevolg hebben dat belangen in de vennootschap worden toegekend aan personen die hier zonder de faciliteit geen belang in zouden verwerven.¹⁶⁵

4.4 Soort ab en meesleep ab

Het soort ab is opgenomen in artikel 4.7 Wet IB 2001. De soortbenadering houdt in dat een belastingplichtige die met betrekking tot zijn totale aandelenpakket in een kapitaalvennootschap geen ab heeft, toch geacht wordt een ab te hebben indien hij, al dan niet tezamen met zijn partner, direct of indirect, voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is of rechten heeft om aandelen van een soort te verwerven tot ten minste 5% van het van die soort geplaatste kapitaal.¹⁶⁶ Het uitgeven van één letteraandeel met een afwijkende winstgerechtigdheid ten opzichte van de overige aandelen is derhalve al genoeg om een soort ab ex artikel 4.7 Wet IB 2001 te doen ontstaan. Vervolgens kwalificeren ook de overige aandelen van de houder van het soort ab op grond van de meesleepregeling ex artikel 4.9 Wet IB 2001 als ab. Dit resulteert erin dat alle aandelen of winstbewijzen van de belastingplichtige een ab in de zin van

¹⁶³ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 347.

¹⁶⁴ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 325.

¹⁶⁵ Zie voor diverse verstoringen die zich kunnen voordoen onder de huidige opzet van de faciliteit Hoogeveen 2011, p. 446.

¹⁶⁶ De Hoge Raad heeft in 2011 geoordeeld dat niet alleen sprake is van soort aandelen bij aandelen met een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van een vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook bij aandelen die uitsluitend verschillen wat betreft de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Zie HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80 en HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81. De staatssecretaris van Financiën stelt naar aanleiding van dit arrest dat stemrechtloze aandelen en aandelen met stemrecht verschillende soorten aandelen vormen. Zie MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C, p. 2-4.

afdeling 4.3 Wet IB 2001 vormen en daarmee dat alle aandelen of winstbewijzen kwalificeren voor de BOF. En dat terwijl de belastingplichtige een belang van minder dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal bezit.

Eerst ga ik in op de doeltreffendheid van de kwalificatie van het soort ab en het meesleep ab voor de BOF. Volgens Tigelaar-Klootwijk getuigt het voorgaande ervan dat de regering het vereiste van 'ondernemer' zijn niet consistent toepast.¹⁶⁷ De Beer is van mening dat het 5% belang al aanzienlijk te laag is om van 'echt ondernemerschap' te kunnen spreken en dat bij aandelen die door middel van de 'soortbenadering' kwalificeren van een 'reële ondernemer' al helemaal geen sprake is.¹⁶⁸ Met beide auteurs ben ik het eens. Naar mijn mening doet het geen recht aan het 'reële bedrijfsopvolgingsprincipe' dat door het uitgeven van één letteraandeel een soort ab kan worden gecreëerd, waardoor vervolgens ook de overige aandelen van de erflater of schenker in de betreffende vennootschap kwalificeren voor de BOF. Bovendien is de gedachte achter de soortregeling dat deze nodig is om misbruik door manipulatie van het aandelenbezit tegen te gaan.¹⁶⁹ Het soort ab is dus niet onder de ab-regeling gebracht omdat de regering van mening is dat de houder van een dergelijk ab als een 'echte' ondernemer kan worden gezien. Ik ben dan ook van mening dat het niet doeltreffend is dat het soort ab kwalificeert voor de BOF. Het soort ab zou gezien doel en strekking van de BOF niet onder het toepassingsbereik van de faciliteit moeten vallen.

Dat aandelen of winstbewijzen die op grond van de meesleepregeling tot een ab behoren kwalificeren voor de BOF is mijns inziens juist. Als een belastingplichtige al een zodanig belang in een vennootschap heeft dat de BOF ten aanzien van dit belang van toepassing is, zie ik geen reden om de overige aandelen of winstbewijzen van deze belastingplichtige in dezelfde vennootschap uit te sluiten. Hierbij ga ik voorbij aan het feit dat een soort ab of een ab dat betrekking heeft op koopopties of winstbewijzen mijns inziens niet voor de BOF zou moeten kwalificeren (zie ook paragraaf 4.3). De meesleepregeling heeft immers alleen effect als sprake is van verschillende vermogenstitels of verschillende soorten aandelen.¹⁷⁰ Het feit dat een meesleep ab kwalificeert voor de BOF is, gegeven de huidige opzet van de faciliteit, mijns inziens doeltreffend. In hoofdstuk 7 doe ik aanbevelingen ter verbetering van de faciliteit. In paragraaf 7.2 ga ik in op de vraag of het meesleep ab, gelet op de overige aanbevelingen die hierop van invloed kunnen zijn, voor de BOF moet blijven kwalificeren.

Nog meer dan in het gewone ab schuilt naar mijn mening in een belang dat voor de BOF kwalificeert op grond van de soortregeling in combinatie met de meesleepregeling het risico dat belastingplichtigen die de faciliteit eigenlijk niet nodig hebben, hier wel aanspraak op kunnen maken. Het soort ab en het meesleep ab vormen samen een belang van minder dan 5% van het geplaatste kapitaal in de vennootschap. Van een ab in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001 is dus geen sprake. Omdat er wel sprake is van een ab in een bepaalde aandelensoort, valt een dergelijk belang toch onder het ab-regime op grond van artikel 4.7 Wet IB 2001, waardoor het belang voor de BOF kwalificeert en de overige aandelen een kwalificerend meesleep ab vormen. In paragraaf 4.2 kwam aan de orde dat het bij belangen van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal maar de vraag is of zich daadwerkelijk een liquiditeitsprobleem voordoet. Bij de combinatie van een soort ab en een

¹⁶⁷ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 212-213.

¹⁶⁸ De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1.

¹⁶⁹ MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 43.

¹⁷⁰ Zie ook Zwier, R.E., NDFR Commentaar artikel 4.9 Wet IB 2001 Meesleepregeling, bijgewerkt tot 20 maart 2017.

meesleep ab is de kans op liquiditeitsproblemen naar mijn mening kleiner dan bij een regulier ab, dat betrekking heeft op ten minste 5% van het geplaatste kapitaal. Bij een soort/meesleep ab zal zich dan ook sneller de situatie voordoen dat de BOF wordt toegepast, terwijl dit eigenlijk niet nodig is. De faciliteit is op dit punt niet doelmatig.

Ten aanzien van de neutraliteit kan worden opgemerkt dat de huidige opzet van de faciliteit belastingplichtigen aanzet tot het creëren van een soort ab om ervoor te zorgen dat een belang van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal van de vennootschap voor de BOF kwalificeert.¹⁷¹ Het is niet wenselijk dat belastingplichtigen hun gedrag aanpassen om aanspraak te kunnen maken op een fiscale faciliteit. Hierbij merk ik op dat het versturende effect in het geval van een soort ab naar mijn mening minder groot zal zijn dan bij bijvoorbeeld preferente aandelen (zie paragraaf 5.3 hierna). Een ander aandachtspunt ten aanzien van de neutraliteit is dat bij de verkrijging van een meetrek ab als bedoeld in artikel 4.10 Wet IB 2001 geen gebruik kan worden gemaakt van de BOF. Bij een meetrek ab gaat het evenals bij een soort ab om een belang van minder dan 5%. Vanuit neutraliteitsoogpunt is het dan ook niet te rechtvaardigen dat het soort ab en het meetrek ab afwijkend worden behandeld.

4.5 Meetrek ab en fictief ab

De meetrekregeling is opgenomen in artikel 4.10 Wet IB 2001. Op grond van deze regeling worden aandelen of winstbewijzen in een vennootschap waarin een persoon zelf geen ab heeft, maar zijn partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner wel, bij deze persoon als ab aangemerkt. Deze bepaling is in de wet opgenomen ter voorkoming van misbruik. Zonder deze bepaling zou de bezitser van artikel 4.6 Wet IB 2001 immers omzeild kunnen worden door de aandelen over (groot)ouders en (klein)kinderen te verdelen. Het meetrek ab als bedoeld in artikel 4.10 Wet IB 2001 is op grond van artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 uitgezonderd van de BOF. Aandelen die voor de Wet IB 2001 bij de erflater of schenker slechts tot een ab behoren omdat zijn partner of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of zijn partner een ab in dezelfde vennootschap heeft, kwalificeren derhalve niet voor de BOF.

Een fictief ab (artikel 4.11 Wet IB 2001) ontstaat als een aandelenbelang onder de 5% zakt en de belastingclaim die hierbij ontstaat wordt doorgeschoven.¹⁷² Hoewel dus niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 4.6 Wet IB 2001, is er toch sprake van een fictief ab waarop het ab-regime van toepassing is. Een fictief ab kan bijvoorbeeld ontstaan als een aandelenpakket versplintert door vererving of ten gevolge van een aandelenemissie of een gedeeltelijke verkoop van de aandelen. In tegenstelling tot het meetrek ab kwalificeert het fictief ab wel voor de toepassing van de BOF op grond van artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

De uitsluiting van het meetrek ab van de BOF is in de memorie van toelichting bij het voorstel voor wijziging van de SW 1956 als volgt onderbouwd:

“De eis dat de aandelen bij de schenker of erflater tot een aanmerkelijk belang in de zin van afdeling 4.3, met uitzondering van de artikelen 4.10 en 4.11 van de Wet inkomstenbelasting 2001 hebben behoord, is de volgende maatregel die ertoe strekt dat alleen reële bedrijfsopvolgingen worden

¹⁷¹ Zie ook De Beer & Overduin 2017.

¹⁷² Op grond van artikel 4.11 Wet IB 2001 wordt een ab aanwezig geacht indien artikel 3.65, 4.17, 4.17a, 4.17b, 4.17c, 4.40 of 4.41 Wet IB 2001 is toegepast.

gefaciliteerd. De faciliteit is alleen van toepassing als van een ondernemer wordt verkregen. Dat is bij aanmerkelijkbelangandelen alleen aan de orde als de schenker of erflater een «echt» aanmerkelijk belang had in de zin van de Wet inkomstenbelasting 2001.»¹⁷³

In de voorgaande passage wordt gesproken over uitsluiting van zowel artikel 4.10 als artikel 4.11 Wet IB 2001. Ook een fictief aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.11 Wet IB 2001 werd in het oorspronkelijke wetsvoorstel buiten het bereik van de BOF gehouden. Latere wijzigingen hebben er echter in geresulteerd dat in de definitieve wettekst nog uitsluitend het meetrek ab wordt uitgesloten van de BOF. Een fictief ab vormt in de huidige SW 1956 een kwalificerend ab voor de toepassing van de BOF. Als onderbouwing voor deze keuze heeft de regering aangevoerd dat de verkrijger van een fictief ab met liquiditeitsproblemen te maken kan krijgen door de heffing van schenk- of erfbelasting en dat een fictief ab uitsluitend uit een 'echt' ab heeft kunnen ontstaan.¹⁷⁴

De vraag is of het doeltreffend is dat het meetrek ab wordt uitgesloten, terwijl het fictief ab wel kwalificeert voor de BOF. In de literatuur wordt veelal aan de juistheid van de afwijkende behandeling van het meetrek ab en het fictief ab voor de BOF getwijfeld. Zo is Dijkstra van mening dat het feit dat het meetrek ab is uitgezonderd, terwijl een fictief ab wel onder het toepassingsbereik van de BOF valt, niet getuigt van consequente wetgeving. De liquiditeitsproblemen die kunnen ontstaan door de heffing van schenk- of erfbelasting zijn bij de overdracht van een meetrek ab immers niet anders dan bij een fictief ab.¹⁷⁵ Ook De Wijckerslooth-Lhoëst merkt op dat de verkrijger van een meetrek ab evenzeer met liquiditeitsproblemen te maken kan krijgen als de verkrijger van een fictief ab. Bovendien wijst zij er naar mijn mening terecht op dat het bij een fictief ab om dermate kleine belangen gaat dat het moeilijk te verdedigen is dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kan komen door liquiditeitsproblemen bij de verkrijger.¹⁷⁶ Ook Van den Boorn is van mening dat er niet voldoende gronden aanwezig zijn om het verschil in behandeling tussen het meetrek ab enerzijds en het fictief ab anderzijds te rechtvaardigen.¹⁷⁷ Zowel artikel 4.10 als artikel 4.11 Wet IB 2001 zien immers op situaties waarbij niet aan het 5%-criterium ex artikel 4.6 Wet IB 2001 is voldaan en beide typen ab zijn onder de ab-regeling gebracht ter voorkoming van misbruik. Hier sluit ik mij bij aan. Daarnaast merkt Van den Boorn op dat een fictief ab niet noodzakelijkerwijs uit een 'echt' ab hoeft te zijn ontstaan, maar onder omstandigheden ook uit een meetrek ab kan zijn ontstaan. Hiervoor is het oordeel van de Hoge Raad dat een fictief ab niet tot een meetrek ab kan leiden van belang.¹⁷⁸

De transformatie van een meetrek ab tot een fictief ab werkt als volgt. Omdat een fictief ab niet tot een meetrek ab kan leiden, verliest een aandelenpakket dat op grond van de meetrekregeling als ab kwalificeert de ab-status als het 'meetrekken' ab door versplintering van het ab-pakket niet langer aan de 5%-eis ex artikel 4.6 Wet IB 2001 voldoet en derhalve overgaat in

¹⁷³ MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹⁷⁴ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 21.

¹⁷⁵ Dijkstra 2011, paragraaf 4.

¹⁷⁶ De Wijckerslooth-Lhoëst 2010, paragraaf 3.7. Zo ook Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.2.0.D.b.

¹⁷⁷ Van den Boorn 2012, paragraaf 5.

¹⁷⁸ HR 25 september 2009, nr. 43.874, BNB 2010/31.

een fictief ab.^{179, 180, 181} Op grond van artikel 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001 kwalificeert het niet langer aanwezig zijn van een ab als een fictieve vervreemding, hetgeen tot een belastingclaim leidt.¹⁸² Op verzoek van de belastingplichtige kan de belastingclaim die betrekking heeft op aandelen of winstbewijzen die tot zijn vermogen blijven behoren, worden doorgeschoven.¹⁸³ Hierdoor ontstaat een fictief ab in de zin van artikel 4.11 Wet IB 2001. Het belang dat in de uitgangssituatie een meetrek ab vormde kan dus door de versplintering van het ‘meetrekende’ ab getransformeerd worden in een fictief ab. Indien de tot het fictief ab behorende aandelen nu vererven of worden geschonken, kan de BOF worden toegepast. Dit was in de uitgangssituatie niet mogelijk, omdat een meetrek ab niet kwalificeert voor de BOF.¹⁸⁴ Met Van den Boorn ben ik op grond van het voorgaande van mening dat het laten vervallen van de uitsluiting van het fictief ab als kwalificerend ab vermogen voor de BOF niet kan worden gerechtvaardigd met het argument van de regering dat een fictief ab alleen uit een ‘echt’ ab heeft kunnen ontstaan.¹⁸⁵

Ook De Beer uit kritiek op het argument dat een fictief ab alleen uit een ‘echt’ ab heeft kunnen ontstaan. Hij noemt dit gegeven “*volstrekt irrelevant voor een faciliteit die slechts ‘reële bedrijfsopvolgingen’ wenst te faciliteren*”.¹⁸⁶ Hier sluit ik mij bij aan. Tigelaar-Klootwijk merkt bovendien terecht op dat een meetrek ab ook uit een ‘echt’ ab kan zijn ontstaan. Dit is het geval als het belang van een belastingplichtige onder de 5% zakt, maar zijn partner of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner nog wel aan de 5%-eis voldoet. Bij de belastingplichtige ontstaat dan een meetrek ab op grond van artikel 4.10 Wet IB 2001.¹⁸⁷ Artikel 4.16, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001 is in dat geval niet van toepassing, omdat er nog steeds sprake is van een ab (namelijk een meetrek ab). Tigelaar-Klootwijk is dan ook van mening dat het verschil in behandeling tussen een fictief ab en een meetrek ab niet te rechtvaardigen is op grond van het argument dat fictief ab-houders ondernemer zijn geweest en meetrek ab-houders niet.¹⁸⁸ Hier ben ik het mee eens.

De argumenten die de regering heeft aangedragen voor de afwijkende behandeling van het meetrek ab en het fictief ab zijn mijns inziens gezien het voorgaande niet steekhoudend. Ik acht het dan ook niet juist dat het fictief ab wel kwalificeert voor de BOF, terwijl het meetrek ab expliciet is uitgesloten. De vraag is dan of het meetrek ab ook zou moeten kwalificeren voor de BOF of dat het fictief ab zou moeten worden uitgezonderd. Tigelaar-Klootwijk is van mening dat het type ab van de

¹⁷⁹ De versplintering van het ab-pakket kan bijvoorbeeld ontstaan door vererving, emissie van aandelen of een gedeeltelijke verkoop van de aandelen.

¹⁸⁰ De status van meetrek ab gaat uiteraard alleen verloren als niet de partner of een andere bloed- of aanverwant in de rechte lijn of zijn partner nog een ab als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001 heeft.

¹⁸¹ Een meetrek ab verliest ook de ab-status als het ‘meetrekende’ ab na de versplintering niet overgaat in een fictief ab, maar het ab-regime verlaat omdat direct wordt afgerekend over de vervreemdingsvoordelen. Het ‘meetrekende’ ab gaat in dat geval na afrekening over naar box 3 en kan er dus niet meer toe leiden dat bij de partner of een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de aandeelhouder een meetrek ab ontstaat.

¹⁸² Artikel 4.12, onderdeel b, Wet IB 2001.

¹⁸³ Artikel 4.40 Wet IB 2001.

¹⁸⁴ Zie ook Van den Boorn 2012, paragraaf 3.

¹⁸⁵ Van den Boorn 2012, paragraaf 5.

¹⁸⁶ De Beer 2010, paragraaf 6.

¹⁸⁷ Het moet gaan om een direct belang van de belastingplichtige. In artikel 4.10 Wet IB 2001 wordt niet gesproken over ‘direct of indirect’. Gevallen als bedoeld in artikel 4.17a, lid 5, onderdeel b, Wet IB 2001 kunnen daarom nooit een meetrek ab vormen.

¹⁸⁸ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 215, 216 en 335.

overdrager niet relevant is en dat een meetrek ab niet hoeft te worden uitgesloten van de BOF.¹⁸⁹ Enkel bezien vanuit de continuïteitsgedachte ben ik het met Tigelaar-Klootwijk eens. Mijns inziens ligt het feit dat het fictief ab kwalificeert voor de BOF echter niet in lijn met de doelstelling van de regering dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. In de MvT wordt opgemerkt dat bij ab-aandelen alleen sprake is van een verkrijging van een ondernemer als de schenker of erflater een 'echt' ab had in de zin van de Wet IB 2001. Ook wordt het volgende opgemerkt: *“Een fictief aanmerkelijkbelanghouder is echter geen «ondernemer» in de zin van de voorgestelde bedrijfsopvolgingsregeling.”*¹⁹⁰ Ten aanzien van de aandeelhouder van een belang van minder dan 5% kan naar mijn mening nauwelijks worden verdedigd dat sprake is van een 'echte' ondernemer (zie ook paragraaf 4.4). Mijns inziens is het gezien het standpunt van de regering dat alleen reële bedrijfsoverdrachten voor de BOF in aanmerking dienen te komen dan ook niet juist om de verkrijging van een fictief ab te faciliteren. Het fictief ab zou naar mijn mening evenals het meetrek ab moeten worden uitgesloten van de BOF. Hierbij merk ik op dat het uitsluiten van het meetrek ab mijns inziens nutteloos is als niet ook het soort ab wordt uitgesloten, vanwege het feit dat een meetrek ab relatief eenvoudig kan worden omgezet in een 'echt' ab door middel van de soortbenadering.¹⁹¹ Een dergelijke omzetting kan worden bewerkstelligd door een aandeel met bijzondere winstrechten aan de meetrek ab-houder uit te reiken, waardoor bij hem een soort ab als bedoeld in artikel 4.7 Wet IB 2001 ontstaat. De overige 'meegetrokken' aandelen worden dan op grond van de meesleepregeling van artikel 4.9 Wet IB 2001 ook als 'echt' ab aangemerkt, waardoor de BOF kan worden toegepast.¹⁹² Ook het simpelweg uitbreiden van het meetrek ab tot een aandelenbelang van meer dan 5% behoort tot de mogelijkheden voor het omzeilen van een meetrek ab.¹⁹³ Als zo gemakkelijk voorkomen kan worden dat sprake is van een meetrek ab, heeft het uitzonderen van het dit type ab voor de BOF naar mijn mening weinig nut. Het belang van het uitzonderen van het soort ab, hetgeen ik in paragraaf 4.3 heb bepleit, wordt hiermee nogmaals onderstreept.

Ten aanzien van de doelmatigheid kan wederom worden opgemerkt dat de kans bestaat dat belastingplichtigen die in het bezit zijn van een fictief ab gebruik maken van de faciliteit, terwijl de continuïteit van de onderneming niet in gevaar komt vanwege het feit dat middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken ter voldoening van de uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim. Evenals voor het soort ab geldt voor het fictief ab dat het gaat om een belang van minder dan 5%. Het risico dat belastingplichtigen de faciliteit toepassen terwijl zij deze eigenlijk niet nodig hebben is in het geval van een fictief ab mijns inziens nog groter dan in het geval van een regulier ab (zie ook paragraaf 4.4). Op dit punt conflicteert de BOF naar mijn mening dan ook met het doelmatigheids criterium. Ten aanzien van het meetrek ab acht ik de BOF doelmatig. Het uitsluiten van dit type ab bewerkstelligt dat geen gebruik van de BOF kan worden gemaakt door belastingplichtigen die de faciliteit eigenlijk niet nodig hebben. Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat ook in situaties waarin wel sprake is van een liquiditeitsprobleem geen beroep op de BOF kan worden gedaan.

¹⁸⁹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 215, 216 en 335.

¹⁹⁰ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 44.

¹⁹¹ Dijkstra 2011, paragraaf 5.

¹⁹² Artikel 4.10 Wet IB 2001 blijft dan op grond van de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB 2001 buiten toepassing.

¹⁹³ Dijkstra 2011, paragraaf 5.

Een ander aandachtspunt met betrekking tot de doelmatigheid van de regeling is de afwijkende behandeling van verschillende typen ab's. Zo kwalificeren preferente aandelen en aandelen die betrekking hebben op een medegerechtigdheid uitsluitend indien aan diverse voorwaarden is voldaan (zie hoofdstuk 5 hierna). Bovendien worden belangen van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal niet consistent behandeld. Het soort ab en het fictief ab kwalificeren wel, terwijl dit niet geldt voor het meetrek ab. Deze inconsistentie maakt de regeling er niet eenvoudiger op.¹⁹⁴

In paragraaf 4.4 heb ik reeds opgemerkt dat het vanuit neutraliteitsoogpunt niet juist is dat de houders van verschillende typen belangen die betrekking hebben op minder dan 5% van het geplaatste kapitaal afwijkend worden behandeld. Op grond van de huidige wetgeving kwalificeert een belang van minder dan 5% wel als het een soort ab of een fictief ab betreft en niet als het om een meetrek ab gaat. Dit is in strijd met het neutraliteitsbeginsel. Bovendien is gebleken dat een niet-kwalificerend meetrek ab onder omstandigheden kan worden omgezet in een kwalificerend fictief ab door versplintering van het meetrekkende ab.¹⁹⁵ De afwijkende behandeling van deze twee typen ab kan dus tot gedragsveranderingen bij belastingplichtigen leiden.

4.6 Samenvatting/tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de juistheid van de kwalificatie van de verschillende typen direct gehouden ab's voor de BOF onderzocht. Dit is gedaan door de regeling te toetsen op doeltreffendheid, doelmatigheid en neutraliteit. Gebleken is dat er diverse knelpunten te onderkennen zijn bij de kwalificatie van tot een ab behorende vermogensbestanddelen voor de BOF. De toetsingsresultaten worden samengevat in onderstaand schema. Hierin zijn ook de geconstateerde knelpunten verwerkt. De in het schema gebruikte symbolen hebben de volgende betekenis:

++	→	Sterk positief
+	→	Positief
+/-	→	Neutraal
-	→	Negatief
--	→	Sterk negatief

Doeltreffendheid	De aansluiting bij de ab-regeling in de Wet IB 2001 leidt ertoe dat de erflater/schenker reeds als ondernemer wordt aangemerkt als hij een belang van 5% in de vennootschap bezit. Om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken is het naar mijn mening noodzakelijk dat de overdrager als ondernemer kan worden aangemerkt. Een percentage van 5% acht ik te laag om van een ondernemer te kunnen spreken.	--
	De huidige regeling stelt alleen eisen ten aanzien van het belang van de overdrager. Dit knelt met het uitgangspunt van de regering dat de verkrijger de onderneming als een ondernemer moet voortzetten. Aangezien ik dit uitgangspunt onderschrijf, vind ik het ontbreken van voorwaarden ten aanzien van de verkrijger niet doeltreffend.	--
	Vanwege de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 kwalificeren ook koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten die betrekking hebben op een belang van ten minste 5% voor de BOF. De overdrager kan naar mijn mening uitsluitend als ondernemer worden	--

¹⁹⁴ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 348.

¹⁹⁵ Zie ook Van den Boorn 2012.

	beschouwd als zowel sprake is van betrokkenheid als van winst-gerechtigdheid. Bovenstaande vermogensbestanddelen voldoen niet aan beide criteria. Mijs inziens is het dan ook niet doeltreffend dat dergelijke vermogensbestanddelen voor de BOF kwalificeren.	
	De houder van een soort ab kan niet als ondernemer worden gezien, aangezien hij een belang van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal heeft. Het feit dat een soort ab kwalificeert voor de BOF is dan ook in strijd met het uitgangspunt van de regering dat uitsluitend reële bedrijfs-overdrachten gefaciliteerd dienen te worden.	--
	Het is doeltreffend dat het meesleep ab kwalificeert voor de BOF. Dit geldt alleen als het 'meeslepde' belang een 'echt' ab vormt. Belangen die worden meegesleept vanwege de aanwezigheid van een soort ab zouden niet moeten kwalificeren voor de BOF.	++
	Het meetrek ab is terecht uitgesloten van de BOF. De houder van een dergelijk belang kan niet als ondernemer worden beschouwd, omdat hij een belang van minder dan 5% in de vennootschap houdt.	++
	Het feit dat het fictief ab kwalificeert voor de BOF conflicteert met het uitgangspunt van de regering dat uitsluitend reële bedrijfs-overdrachten gefaciliteerd dienen te worden. De BOF is op dit punt niet doeltreffend.	--
Doelmatigheid	Vanwege de aansluiting bij de ab-regeling is eenvoudig te toetsen of sprake is van een kwalificerend ab.	++
	Indien sprake is van een kwalificerend ab kan een beroep op de BOF worden gedaan, ongeacht of de belastingplichtige de faciliteit daadwerkelijk nodig heeft. Op dit punt is de aansluiting bij de ab-regeling niet doelmatig.	-
	Bij kwalificerende belangen van minder dan 5% (het soort ab en het fictief ab) zal de situatie zich nog eerder voordoen dan in het geval van een 'echt' ab dat een beroep op de BOF wordt gedaan terwijl de belastingplichtige de faciliteit niet nodig heeft.	--
	De afwijkende behandeling van verschillende typen ab's maakt de regeling ingewikkeld.	--
Neutraliteit	Het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door de BOF. De huidige opzet van de regeling leidt tot de volgende gedragsveranderingen: <ul style="list-style-type: none"> - Aan niet-opvolgers wordt een belang in de vennootschap toegekend, zodat zij kunnen meedelen in de faciliteit. Dit kan zowel met gewone aandelen als met bijvoorbeeld certificaten. Op deze wijze kan worden voorkomen dat faciliteitsverlies optreedt. - Bij de houders van niet-kwalificerende belangen van minder dan 5% wordt een soort ab gecreëerd, zodat alsnog een kwalificerend ab ontstaat. 	-- -
	De verschillende typen belangen van minder dan 5% worden afwijkend behandeld. Het meetrek ab kwalificeert niet, terwijl het soort ab en het fictief ab wel kwalificeren.	--

Hoofdstuk 5 – Gefaseerde bedrijfsopvolging

5.1 Inleiding

De regering is van mening dat de houder van preferente aandelen respectievelijk de medegerechtigde niet als ondernemer kan worden gezien, maar meer als vermogensverstrekker. De BOF is daarom ten aanzien van de verkrijging van preferente aandelen respectievelijk aandelen die betrekking hebben op een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt alleen van toepassing als deze is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.¹⁹⁶ In dit hoofdstuk wordt onderzocht onder welke voorwaarden preferente aandelen geacht worden te zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht en welke knelpunten hierbij te onderkennen zijn (deelvraag 6 en 7). Daarnaast komt de vraag aan de orde onder welke voorwaarden een ab-belang dat betrekking heeft op een medegerechtigdheid geacht wordt te zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht en welke knelpunten hiermee gepaard gaan (deelvraag 8 en 9). Met een gefaseerde bedrijfsopvolging wordt in dit hoofdstuk uitsluitend de bedrijfsopvolging die de regering hierbij voor ogen heeft gehad bedoeld. Het gaat hierbij om de situatie waarin de CV (in de winstsfeer) of de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen (in de ab-sfeer) als tussenfase voor de uiteindelijke bedrijfsopvolging fungeert.¹⁹⁷ In het kader van dit onderzoek is tevens de structuur waarbij de medegerechtigdheid door een BV wordt gehouden van belang. Uiteraard is ook een gefaseerde bedrijfsopvolging denkbaar waarbij de gewone aandelen gefaseerd worden overgedragen. Dit is niet het type gefaseerde bedrijfsopvolging dat in dit hoofdstuk wordt bedoeld.

De toetsing van de aan de verkrijging van preferente aandelen gestelde voorwaarden gebeurt in paragraaf 5.3. Voorafgaand aan deze toetsing ga ik in paragraaf 5.2 in op de vraag of de afwijkende behandeling van preferente aandelen ten opzichte van gewone aandelen wel in overeenstemming is met de ratio van de BOF. Als namelijk blijkt dat er geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor de afwijkende behandeling van preferente aandelen, zouden er aan de kwalificatie van een ab van preferente aandelen in het geheel geen aanvullende voorwaarden moeten worden gesteld. In dat geval luidt de conclusie dat alle aanvullende voorwaarden geschrapt zouden moeten worden en kom ik aan de toetsing van de gestelde voorwaarden niet toe. Het antwoord dat in paragraaf 5.2 wordt gevonden op de vraag of het stellen van aanvullende voorwaarden aan de verkrijging van preferente aandelen in overeenstemming is met doel en strekking van de BOF geldt eveneens ten aanzien van de aandelen die betrekking hebben op een medegerechtigdheid. Aan dergelijke aandelen zijn aanvullende voorwaarden gesteld in artikel 35c, lid 3, SW 1956. De voorwaarden die zijn gesteld ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid worden in paragraaf 5.4 getoetst. In paragraaf 5.5 volgt een samenvatting/tussenconclusie.

5.2 Afwijkende behandeling preferente aandelen in overeenstemming met ratio BOF?

Zoals in het voorgaande al diverse malen aan de orde is geweest, is het uitgangspunt van de regering dat de BOF alleen moet kunnen worden toegepast in gevallen van reële bedrijfsopvolging. Van een reële bedrijfsopvolging is volgens de regering alleen sprake als de aandeelhouder als ondernemer

¹⁹⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

¹⁹⁷ MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

kan worden gezien.¹⁹⁸ De houder van preferente aandelen kan volgens de regering niet zonder meer als ondernemer worden gezien. In de parlementaire behandeling is hierover het volgende opgemerkt: “(...)uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Dit wordt om te beginnen gerealiseerd door bij de verkrijging van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen te eisen dat deze moeten zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging. De verkrijger van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen kan niet zonder meer worden beschouwd als een bedrijfsopvolger, maar kan veel meer worden gezien als een kapitaalverstrekker. Omdat er alleen in gevallen van een reële bedrijfsopvolging voldoende rechtvaardigingsgrond bestaat om de verkrijger van ondernemingsvermogen een vrijstelling te verlenen, wordt de verkrijging van een medegerechtigdheid of preferente aandelen alleen gefaciliteerd indien zij zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. In die situaties fungeert een commanditaire vennootschap (in de winst sfeer) of de omvorming van gewone aandelen tot preferente aandelen onder gelijktijdige toekennen van gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger (in de aanmerkelijkbelang sfeer) als tussenfase voor de uiteindelijke overdracht. De (beoogd) bedrijfsopvolger wordt in die gevallen behorend vennoot onderscheidenlijk houder van de gewone aandelen in de vennootschap. Het doel is dat de overdrager uiteindelijk helemaal zal uittreden en de opvolger alleen verder zal gaan.”¹⁹⁹

Uit de parlementaire behandeling blijkt verder dat de BOF niet is bedoeld voor het faciliteren van de verkrijging van kapitaal: “Hoe wenselijk het verschaffen van kapitaal aan ondernemers mogelijk ook is, de faciliteiten zijn daarvoor niet bedoeld; er is nu eenmaal geen sprake van een bedrijfsopvolging.”

²⁰⁰ Hier kan ik mij in vinden. Vanuit het standpunt dat de preferente aandeelhouder geen ondernemer, maar kapitaalverstrekker is, is het naar mijn mening dan ook juist dat preferente aandelen niet kwalificeren voor de BOF, tenzij de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging.²⁰¹ Maar is het standpunt van de regering dat de preferente aandeelhouder als kapitaalverstrekker moet worden gezien juist, of kan de houder van preferente aandelen gelijk worden gesteld met een ondernemer?

Om een antwoord te kunnen geven op de vraag of de preferente aandeelhouder een kapitaalverstrekker dan wel een ondernemer is, is het allereerst van belang wat precies onder preferente aandelen moet worden verstaan. Preferente aandelen zijn civielrechtelijk aandelen waaraan bijzondere statutaire rechten zijn verbonden. Deze bijzondere statutaire rechten kunnen zien op de winstverdeling (artikel 2:105/216 BW) en/of op de aanspraak bij vereffening na ontbinding van de vennootschap (artikel 2:23b BW). Er kunnen verschillende soorten preferente aandelen worden onderscheiden, waarvan gewone preferente aandelen en cumulatief preferente aandelen in het kader van dit onderzoek de belangrijkste zijn.^{202, 203} Gewone preferente aandelen geven recht op een vast percentage, meestal van het volgestorte nominale bedrag. Bij de winstverdeling hebben preferente aandelen voorrang op gewone aandelen. De winst die na uitkering van de

¹⁹⁸ NnavV, Kamerstukken II 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 17.

¹⁹⁹ MvT, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

²⁰⁰ NnavV, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

²⁰¹ Zo ook Hoogeveen 2012, paragraaf 4.4.

²⁰² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, hoofdstuk 4, paragraaf 2, 308 (preferente aandelen).

²⁰³ Ook kan er sprake zijn van preferente financieringsaandelen. Bij deze aandelen wordt er meer dan de nominale waarde op de aandelen gestort, waarbij het deel van de storting dat de nominale waarde overstijgt op een aan de aandelen gekoppelde reserve wordt gestort. Daarnaast worden preferente beschermingsaandelen onderscheiden, die dienen als middel tot afweer van onvriendelijke overnemingen. Deze soorten preferente aandelen acht ik niet relevant voor dit onderzoek.

kapitaalvergoeding resteert, wordt verdeeld over de gewone aandelen. Als de preferente aandeelhouders naast hun vaste vergoeding nog recht hebben op een vast percentage van de overwinst, is sprake van preferente winstdelende aandelen. Van cumulatief (winstdelende) preferente aandelen is sprake als de preferente aandeelhouders recht houden op kapitaalvergoedingen die in eerdere jaren niet konden worden uitgekeerd.²⁰⁴ Waar in het vervolg wordt gesproken over preferente aandelen, worden zowel preferente als cumulatief (winstdelende) preferente aandelen bedoeld.

Hoe het begrip 'preferente aandelen' voor de SW 1956 moet worden opgevat is niet duidelijk. Een definitie van het begrip is niet in de wet opgenomen. Dit is een bewuste keuze van de regering geweest, om te voorkomen dat belastingplichtigen de grenzen van het begrip opzoeken.²⁰⁵ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de term 'preferente aandelen' is beoogd aan te sluiten bij de uitleg die daaraan in het spraakgebruik wordt gegeven. De staatssecretaris van Financiën heeft hierbij de volgende omschrijving gegeven: *"Het gaat daarbij kort gezegd veelal om aandelen die alleen recht geven op een, al dan niet cumulatief, vast dividend en niet, ook niet gedeeltelijk, op de waardevermeerdering van de aandelen. In ieder geval vallen gewone aandelen die juridisch preferent genoemd zouden kunnen worden, omdat zij bijvoorbeeld een bijzonder stemrecht hebben, niet onder de preferente aandelen zoals bedoeld in artikel 35c, vierde lid."*²⁰⁶ Later in de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris het volgende opgemerkt over het begrip preferente aandelen: *"(...) zolang aandelen volledig delen in de winstreserves en liquidatieopbrengsten, ze niet als preferente aandelen kwalificeren en dat elke vorm die hiervan afwijkt, nu of later, kan worden aangemerkt als preferente aandeel."* De tweede uitleg is ruimer dan de eerste. Volgens de tweede omschrijving kan al sprake zijn van preferente aandelen als de aandelen niet volledig in de winstreserves en liquidatieopbrengsten delen, terwijl op grond van de eerste omschrijving pas sprake is van preferente aandelen als de aandelen geenszins in de waardevermeerdering van de aandelen delen. Onduidelijk is dus of aandelen die slechts ten dele in de winstreserves en/of liquidatieopbrengsten delen, moeten worden aangemerkt als preferente aandelen. Het weglaten van het woord 'kan' in de tweede omschrijving had deze onduidelijkheid kunnen voorkomen. Met Tigelaar-Klootwijk ben ik van mening dat aandelen die meedelen in de waardevermeerdering niet als preferente aandelen aangemerkt zouden moeten worden.²⁰⁷ Ik verkies de eerste omschrijving dan ook boven de tweede omschrijving die de staatssecretaris heeft gegeven. Of deze omschrijving ook juist is, is echter allerminst zeker. Dit leidt in de praktijk tot rechtsonzekerheid.²⁰⁸ Met de redactie van Vakstudie-Nieuws ben ik dan ook van mening dat hierover in het belang van de praktijk meer duidelijkheid verschaft zou moeten worden.²⁰⁹ De staatssecretaris heeft overigens aangegeven indien nodig door middel van een beleidsbesluit meer duidelijkheid te geven.²¹⁰ Dit is tot op heden helaas niet gebeurd.

²⁰⁴ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, hoofdstuk 10, paragraaf 1, 637 (statutaire beschermingsconstructies).

²⁰⁵ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 101.

²⁰⁶ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 100-101.

²⁰⁷ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 219. Zie in dezelfde zin Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2 en Van der Kroon 2012, paragraaf 2.1.

²⁰⁸ Zie ook Ganzeveld 2010, paragraaf 3.

²⁰⁹ Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij NnavNv, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, V-N 2009/50.2, p. 32.

²¹⁰ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98.

De regering baseert haar standpunt dat de houders van preferente aandelen niet als reële bedrijfsopvolgers kunnen worden gezien op het argument dat preferente aandelen volgens de IFRS als vreemd vermogen moeten worden beschouwd. Voor zowel de IFRS als de RJ geldt dat preferente aandelen in de volgende gevallen als vreemd vermogen worden aangemerkt:

1. de uitgevende rechtspersoon is verplicht de preferente aandelen in de toekomst voor een vast of bepaalbaar bedrag dat onafhankelijk is van de winst in te kopen; of
2. de uitgevende rechtspersoon is verplicht eeuwigdurende winstonafhankelijke vaste of bepaalde dividendbetalingen op de preferente aandelen te doen;²¹¹ of
3. de dividendbetaling op de preferente aandelen is afhankelijk van de winst die de uitgevende rechtspersoon in een jaar maakt.^{212, 213}

Preferente aandelen kwalificeren daarentegen als eigen vermogen als deze eeuwigdurend zijn, de rechtspersoon geen verplichting heeft tot het terugkopen van de aandelen en de uitkering van dividend ter discretie van de rechtspersoon is.²¹⁴ Tigelaar-Klootwijk merkt op grond hiervan op dat het standpunt van de regering dat preferente aandelen per definitie als vreemd vermogen moeten worden beschouwd iets te stellig is.²¹⁵ Hier sluit ik mij bij aan. Op basis van de regels voor externe verslaggeving kunnen preferente aandelen onder voorwaarden ook als eigen vermogen kwalificeren.

In de literatuur wordt de vraag of de preferente aandeelhouder een kapitaalverstrekker of een ondernemer is uiteenlopend beantwoord. Er zijn twee factoren die een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van deze vraag.

Ten eerste roept het feit dat de preferente aandeelhouder in box 2 wordt belast de vraag op of dit niet al voldoende is om de preferente aandeelhouder voor de BOF gelijk te stellen aan een ondernemer. Zo merkt Dijkstra met betrekking tot de meetrek ab-houder op dat deze niet zou moeten worden uitgesloten van de BOF vanwege het feit dat deze in de inkomstenbelasting als ab-houder in box 2 wordt belast.²¹⁶ Ook Gubbels en Van Vijfeijken vragen zich af waarom een 5%-pakket preferente aandelen wel onder de ab-regeling valt, maar vervolgens niet in de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten deelt.²¹⁷ Hoogeveen is daarentegen van mening dat de ratio van de ab-regeling zich er niet tegen verzet dat nadere voorwaarden aan preferente aandeelhouders worden gesteld ten aanzien van de BOF. De BOF maakt namelijk inbreuk op de hoofdregel van de schenk- en erfbelasting dat een verkrijging krachtens erfrecht of schenking in de belastingheffing wordt betrokken tegen de WEV die daaraan op het moment van de verkrijging kan worden toegekend. Van de hoofdregel kan alleen worden afgeweken op basis van een valide rechtvaardigingsgrond. De regering acht het in geval van een bedrijfsopvolging gerechtvaardigd af te wijken van de hoofdregel, omdat zij het niet wenselijk acht dat de continuïteit van de onderneming wordt belemmerd omdat liquiditeitsproblemen ontstaan ten gevolge van de heffing van erf- of schenkbelasting.²¹⁸ Om van een

²¹¹ Hierbij geldt dat er ook sprake is van vreemd vermogen als er geen aflossingsverplichting is.

²¹² Handboek externe verslaggeving 2017, p. 451-452.

²¹³ Onder IFRS is in dit geval sprake van verplicht vreemd vermogen, omdat het dividend in feite het karakter heeft van rente (IAS 32.AG26). Het dividend moet verplicht worden uitgekeerd indien en voor zover er voldoende winst en/of uitkeerbare reserves aanwezig zijn. Onder de RJ bestaat een keuzemogelijkheid tussen eigen en vreemd vermogen, omdat het dividend op basis van de winst wordt uitgekeerd en winst het kenmerk van eigen vermogen heeft (RJ 290.810) (Handboek externe verslaggeving 2017, p. 451-452).

²¹⁴ Handboek externe verslaggeving 2017, p. 451-452.

²¹⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 218.

²¹⁶ Dijkstra 2011, paragraaf 4 en 6.

²¹⁷ Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.2.0.D.c.

²¹⁸ Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 4-5.

bedrijfsoverdracht te kunnen spreken moet sprake zijn van een onderneming die door een ondernemer wordt overgedragen aan een bedrijfsopvolger die de onderneming voortzet als ondernemer (zie ook paragraaf 4.3).²¹⁹ Ik ben het dan ook met Hoogeveen eens dat de box 2-heffing geen reden is om iedere ab-houder de faciliteit te verlenen. Niet iedere ab-houder is namelijk een ondernemer.²²⁰ Met Hoogeveen ben ik van mening dat dit ook voor de preferente aandeelhouder opgaat. Preferente aandelen zijn immers om anti-misbruikredenen onder de ab-regeling gebracht en niet omdat de regering van mening was dat de preferente aandeelhouder gelijk gesteld kon worden met een ondernemer.^{221, 222, 223}

De tweede factor die van belang is bij de beoordeling of sprake is van een kapitaalverstrekker of van een ondernemer is het risico dat de preferente aandeelhouder loopt ten aanzien van het door hem ingebrachte kapitaal. In de literatuur wordt wel betoogd dat de preferente aandeelhouder aanspraak op de BOF zou moeten kunnen maken vanwege het risico dat hij loopt. Asser e.a. wijzen erop dat *“de houder van preferente aandelen geen concurrent schuldeiser is; hij is aandeelhouder en heeft de aan het aandeel verbonden rechten, ook die op het vlak van de zeggenschap”*.²²⁴ Tigelaar-Klootwijk merkt naar mijn mening dan ook terecht op dat de houder van preferente aandelen niet zomaar een kapitaalverstrekker is.²²⁵ De houder van preferente aandelen loopt meer risico ten aanzien van het ingebrachte kapitaal dan een reguliere kapitaalverstrekker. De redactie van Vakstudie-Nieuws merkt in dit kader het volgende op: *“Het voorstel wordt gemotiveerd met de opmerking dat de verkrijger van een medegerechtigdheid of van preferente aandelen kan worden gezien als een kapitaalverstrekker. Dat is zeker juist. Echter wel een kapitaalverstrekker die een zeer groot risico loopt ten aanzien van de terugbetaling van zijn kapitaal en het verkrijgen van rendement. Soms zelfs zo groot dat externe financiers het niet zouden willen financieren, zeker niet in de huidige tijd. Het omzetten van cumprefs is vaak de manier om de bedrijfsopvolger de ruimte te geven om resultaten te behalen, zonder zware rentelasten en ‘wurgcontracten’ met banken over de terugbetalingsverplichtingen.”*²²⁶ Ook wijzen diverse auteurs op het feit dat gewone aandeelhouders net als preferente aandeelhouders kapitaalverstrekkers zijn en dat preferente aandeelhouders daarom op dezelfde wijze zouden moeten worden behandeld als gewone aandeelhouders.²²⁷ Hoogeveen brengt tegen het eerste argument naar mijn mening terecht in dat slechts het lopen van risico niet voldoende is om te kunnen spreken van een ondernemer.²²⁸ Ook het argument dat gewone aandeelhouders net als preferente aandeelhouders kapitaalverstrekkers zijn acht ik net als Hoogeveen niet steekhoudend. Met haar ben ik van mening dat het juist is dat beide ‘soorten’ aandeelhouders kapitaal verstrekken, maar dat dit geen reden is om preferente aandeelhouders gelijk te stellen met de houders van gewone aandelen. Gewone aandelen delen immers volledig mee

²¹⁹ NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 17.

²²⁰ Hoogeveen 2012, paragraaf 5.1.

²²¹ Hoogeveen 2012, paragraaf 3.4.

²²² Zie bijv. MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3, p. 43-44.

²²³ Aan het anti-misbruikaspect van preferente aandelen onder de ab-regeling is in de parlementaire behandeling van de wijziging van de SW 1956 geen aandacht besteed. Ten aanzien van het meetrek ab is dit wel ter sprake gekomen. Zie NnavV, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 20-21.

²²⁴ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013, hoofdstuk 4, paragraaf 2, 308 (preferente aandelen).

²²⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 217.

²²⁶ Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 65.

²²⁷ Zie bijv. De Beer 2010; Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2; Van Gijlswijk 2010, paragraaf 2.1.6; S.A. Stevens 2010, paragraaf 4.4.3; De Wijkerslooth-Lhoëst 2009, paragraaf 4.4 en De Wijkerslooth-Lhoëst 2010, paragraaf 3.6.

²²⁸ Hoogeveen 2012, paragraaf 5.2.

in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten van de vennootschap, terwijl preferente aandelen alleen recht geven op een vast dividend als kapitaalvergoeding.²²⁹ Dit onderscheid maakt volgens Hoogeveen dat de preferente aandeelhouder niet op één lijn te stellen is met een ondernemer, terwijl dit wel geldt voor de gewone aandeelhouder.²³⁰ Hier sluit ik mij bij aan.

Ten slotte trekt Hoogeveen de vergelijking met de medegerechtigde in de winstsfeer. De regering beschouwt de medegerechtigde evenals de preferente aandeelhouder als een belegger. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de medegerechtigde voor de inkomstenbelasting als een belegger in box 3 zou worden belast.²³¹ Bij de tweede nota van wijziging is de medegerechtigde echter alsnog in box 1 ondergebracht.²³² De regering heeft dit niet gedaan omdat zij van mening is dat de medegerechtigde gelijk kan worden gesteld met een ondernemer, maar om te voorkomen dat de keuze voor het gebruik van een commanditaire vennootschap in belangrijke mate zou kunnen worden beïnvloed door het verschil in belastingheffing tussen een 'echte' ondernemer en een commanditaire vennoot.²³³ Hoewel de commanditaire vennoot wordt belast in box 1, heeft hij geen recht op de ondernemersfaciliteiten, zoals de stakingsaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Ook op de geruisloze inbreng ex artikel 3.65 Wet IB 2001 en de aftrek van premies bij het bedingen van een stakingslijfrente ex artikel 3.129, lid 4, Wet IB 2001 kan de medegerechtigde slechts aanspraak maken als de medegerechtigdheid een voortzetting vormt van een eerder voor zijn rekening gedreven onderneming. Het is volgens Hoogeveen consistent met deze wetgeving dat preferente aandelen alleen kwalificeren voor de BOF als deze zijn ontstaan in het kader van een bedrijfsopvolging.²³⁴ Dit standpunt onderschrijf ik.

Hoewel het argument van de regering dat preferente aandelen zonder meer tot het vreemd vermogen behoren enigszins kort door de bocht is (zie hiervoor), kan ik op grond van het bovenstaande instemmen met haar keuze om aanvullende voorwaarden te stellen aan de verkrijging van preferente aandelen voor de toepassing van de BOF.

Zoals ik in paragraaf 5.1 heb opgemerkt, komt de toetsing van de voorwaarden die zijn gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen alleen aan de orde als het stellen van aanvullende voorwaarden in overeenstemming is met de ratio van de BOF. Als er geen rechtvaardigingsgrond zou bestaan voor de afwijkende behandeling van preferente aandelen ten opzichte van gewone aandelen, zouden de aanvullende voorwaarden immers moeten worden geschrapt. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat de afwijkende behandeling van preferente aandelen ten opzichte van gewone aandelen voor de BOF is gerechtvaardigd. Derhalve kom ik wel aan de toetsing van de voorwaarden aan de doeltreffendheid, doelmatigheid en neutraliteit toe. Dit gebeurt in de volgende paragraaf.

²²⁹ Er zijn ook aandelensoorten denkbaar die tussen gewone aandelen en preferente aandelen in zitten, bijvoorbeeld aandelen die niet volledig, maar wel gedeeltelijk meedelen in de winstreserves en de liquidatieopbrengsten van de onderneming. Het is onduidelijk of dergelijke aandelen als preferente aandelen kwalificeren. Naar mijn mening zou dit niet het geval moeten zijn (zie ook het voorgaande).

²³⁰ Hoogeveen 2012, paragraaf 5.2.

²³¹ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, A, punt 21.

²³² MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 19, p. 28-29.

²³³ NnavV, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 7, p. 124-125.

²³⁴ Hoogeveen 2012, paragraaf 5.2.

5.3 Aanvullende voorwaarden preferente aandelen

Artikel 35c, lid 4, SW 1956 stelt de volgende voorwaarden aan de verkrijging van preferente aandelen.²³⁵

- a) de preferente aandelen vormen een omzetting van een eerder door de erflater of schenker gehouden aanmerkelijk belang van gewone aandelen (omzettingsvereiste);^{236, 237}
- b) de omzetting tot preferente aandelen is gepaard gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander (toekenningsvereiste);²³⁸
- c) ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen dreef de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel a, SW 1956 of hield deze een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel b, SW 1956 (materiële ondernemingsvereiste), en
- d) de verkrijger van de preferente aandelen is reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder van gewone aandelen als bedoeld in onderdeel b (verkrijgingseis).²³⁹

Ten eerste moet de vraag worden beantwoord of de bovenstaande voorwaarden doeltreffend zijn. In de literatuur wordt de nodige kritiek op de voorwaarden geleverd. Zo merkt Tigelaar-Klootwijk op dat het gezien de doelstelling van de faciliteit, namelijk voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat middelen aan de onderneming moeten worden onttrokken om de uit de bedrijfsoverdracht voortvloeiende belastingclaim te kunnen voldoen, niet relevant is dat wordt verkregen van een ondernemer.²⁴⁰ Ook Stevens en Heithuis zijn van mening dat vanuit de continuïteitsgedachte bestaat geen verschil bestaat tussen verkrijgers van gewone aandelen en

²³⁵ Ten aanzien van de verkrijging van indirect gehouden preferente aandelen zijn vergelijkbare voorwaarden gesteld in artikel 8, lid 3, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting.

²³⁶ Ook de uitgifte van preferente aandelen in het kader van een aandelenfusie als bedoeld in artikel 3.55 van de Wet IB 2001, een juridische splitsing als bedoeld in artikel 3.56 Wet IB 2001, een juridische fusie als bedoeld in artikel 3.57 Wet IB 2001 of, indien er sprake is van indirecte aandelen, een bedrijfsfusie als bedoeld in artikel 14 Wet VPB 1969, wordt gezien als een omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen (artikel 8, lid 1, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor directe preferente aandelen en artikel 8, lid 3 slot, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting voor indirecte preferente aandelen). Heithuis merkt op dat de geruisloze inbreng in de BV ex artikel 3.65 Wet IB 2001 lijkt te zijn vergeten, aangezien ook bij de inbreng van een onderneming in een BV onder toepassing van artikel 3.65 Wet IB 2001 preferente aandelen kunnen ontstaan. Dit gebeurt voornamelijk om ongelijke kapitaalverhoudingen tussen de vennoten in een VOF of de maten in een maatschap te herstellen (Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2).

²³⁷ De erflater of schenker wordt bovendien geacht aan het omzettingsvereiste te hebben voldaan indien hij de preferente aandelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht heeft verkregen van degene die de gewone aandelen heeft omgezet in preferente aandelen (artikel 8, lid 2, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting).

²³⁸ In gevallen waarbij de preferente aandelen voor 1 januari 2010 zijn uitgegeven, is mogelijk geen rekening gehouden met de na die datum geldende wettelijke voorwaarde dat de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander. Onder voorwaarden verleent de staatssecretaris goedkeuring voor deze gevallen. Zie Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.9.1.

²³⁹ In onderdeel 3.9 van het Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M is bepaald dat de verkrijger pas ten tijde van de verkrijging reeds voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn van de gewone aandelen. De verkrijger van de preferente aandelen hoeft niet al op het moment van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen aan het 5%-vereiste te voldoen. Aan de vereisten voor de BOF is niet voldaan als de verkrijger ooit wel aan het 5%-vereiste heeft voldaan, maar hier ten tijde van de verkrijging niet meer aan voldoet.

²⁴⁰ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 212/213 en p. 220/221. Deze pagina's zien op de doorschuif Faciliteiten in de inkomstenbelasting. Op p. 337 merkt Tigelaar-Klootwijk echter op dat haar conclusies met betrekking tot de kwalificatie van preferente aandelen voor de doorschuif Faciliteiten in de Wet IB 2001 ook gelden voor de BOF.

verkrijgers van preferente aandelen.²⁴¹ Hier sluit ik mij bij aan. Vanuit continuïteitsoogpunt zouden dan ook geen aanvullende voorwaarden aan de verkrijging van preferente aandelen moeten worden gesteld. In paragraaf 4.3 heb ik aangegeven het standpunt van de regering dat sprake moet zijn van een reële bedrijfsopvolging te onderschrijven. De aanvullende voorwaarden kunnen dus uitsluitend als doeltreffend worden beschouwd als deze eraan bijdragen dat uitsluitend reële bedrijfsoverdrachten worden gefaciliteerd.

Van der Kroon is van mening dat de gestelde voorwaarden er niet toe leiden dat daadwerkelijk sprake zal zijn van een gefaseerde bedrijfsopvolging.²⁴² Hier ben ik het mee eens. Zo merkt hij terecht op dat bij de omzetting 95% van het gewone geplaatste aandelenkapitaal aan niet-bedrijfsopvolgers kan worden toegekend. Van der Kroon is van mening dat de voorwaarden a tot en met c geschrapt kunnen worden.²⁴³ Tigelaar-Klootwijk is dezelfde mening toegedaan.²⁴⁴ Naar haar mening gaat het erom dat in het lichaam waarop de preferente aandelen betrekking hebben gedurende een bepaalde periode een materiële onderneming is gedreven en dat de BOF uitsluitend wordt verleend voor zover er sprake is van ondernemingsvermogen.²⁴⁵ In het vervolg van deze paragraaf onderzoek ik of deze voorwaarden inderdaad zouden kunnen vervallen.

De eerste vraag is of het omzettingsvereiste vanuit de reële bedrijfsopvolgingsgedachte een essentiële voorwaarde is. Naar mijn mening draagt deze voorwaarde er aan bij dat sprake zal zijn van een reële bedrijfsopvolging. De houder van gewone aandelen kan namelijk als ondernemer worden gezien, mits hij een beduidend percentage van de aandelen bezit (zie ook paragraaf 4.3). Dat de preferente aandelen een omzetting vormen van gewone aandelen, duidt er dan ook op dat de houder van de preferente aandelen voorheen ondernemer is geweest. Zonder deze voorwaarde zou het mogelijk zijn een nieuwe vennootschap op te richten waarin de kinderen de gewone aandelen verkrijgen en de ouders preferente aandelen. Bij het overlijden van de ouders zou de BOF kunnen worden toegepast ten aanzien van de verkrijging van de preferente aandelen door de kinderen. Van een reële bedrijfsoverdracht is in dat geval naar mijn mening geen sprake. De ouders fungeren slechts als kapitaalverstrekkers en kunnen niet als ondernemers worden gezien. Dit neemt niet weg dat wel degelijk sprake kan zijn van een reële bedrijfsopvolging als niet aan het omzettingsvereiste is voldaan. Zo kan bijvoorbeeld in het geval dat de preferente aandelen een omzetting vormen van een vordering die is ontstaan in het kader van een bedrijfsoverdracht, naar mijn mening sprake zijn van een reële bedrijfsopvolging. Heithuis noemt het omzettingsvereiste in dat kader "*buitengewoon stringent*". Hij merkt op dat het omzettingsvereiste veel in de praktijk gebruikte structuren met preferente aandelen, zoals de participatie van een participatiemaatschappij door middel van preferente aandelen of preferente aandelen die zijn ontstaan in het kader van een omzetting van een schuldvordering, uitsluit.^{246, 247} Ik ben het met Heithuis eens dat deze voorwaarde wel erg strikt is.²⁴⁸ Desondanks kan ik er begrip voor opbrengen dat de regering toch ergens een grens heeft moeten

²⁴¹ S.A. Stevens 2010, paragraaf 4.4.3.3 en Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2.

²⁴² Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.1.

²⁴³ Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.1.

²⁴⁴ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407.

²⁴⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 338.

²⁴⁶ Heithuis, E.J.W. 2010, paragraaf 2.4.2.

²⁴⁷ Zie ook Heithuis e.a. 2016, p. 112.

²⁴⁸ In dat kader merkt De Beer naar mijn mening terecht op dat het omzettingsvereiste onredelijk uitpakt als de overdrager zowel gewone aandelen bezit als preferente aandelen die geen omzetting vormen van eerder door hem gehouden gewone aandelen. Gedacht kan worden aan de situatie waarbij de erflater of schenker de preferente aandelen van zijn voorganger heeft verkregen (De Beer 2009, paragraaf 4.1.3).

trekken om te bereiken dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Bovendien weten belastingplichtigen aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op de BOF, zodat zij hierop in kunnen spelen bij het in gang zetten van een bedrijfsoverdracht. Naar mijn mening zou het omzettingsvereiste, gelet op het uitgangspunt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden, dan ook in stand moeten blijven.

Het materiële ondernemingsvereiste hangt nauw samen met het omzettingsvereiste. Aan het omzettingsvereiste is alleen voldaan als de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden ten tijde van de omzetting een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield. Er is dus sprake van een dubbele toets ten aanzien van het materiële ondernemingsvereiste. Zowel ten tijde van de omzetting als ten tijde van de schenking dan wel vererving van de preferente aandelen moet de onderliggende vennootschap een materiële onderneming drijven.²⁴⁹ Van der Kroon vraagt zich af of deze dubbele toets wel terecht is.²⁵⁰ Hij trekt hierbij de vergelijking met een belastingplichtige die 100% van de gewone aandelen in een beleggingsvennootschap verkrijgt, welke vervolgens een materiële onderneming gaat drijven. In dat geval kan bij de toekomstige overgang van deze gewone aandelen krachtens schenking dan wel krachtens erfrecht wel een beroep op de BOF worden gedaan, mits uiteraard aan de bezitseis is voldaan.²⁵¹ Ten aanzien van gewone aandelen is immers niet vereist dat de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben reeds een onderneming moet drijven op het moment van de verkrijging van de aandelen door de erflater of schenker. Van der Kroon heeft naar mijn mening gelijk dat ten aanzien van gewone aandelen een dergelijke voorwaarde niet is gesteld. Het is mijns inziens echter niet vreemd dat dit wel geldt voor preferente aandelen. Zoals ik in paragraaf 5.2 heb aangegeven, kan de houder van preferente aandelen, in tegenstelling tot de houder van gewone aandelen, niet zonder meer als ondernemer worden aangemerkt. Het is dan ook logisch dat de overdracht van preferente aandelen slechts onder voorwaarden voor de BOF kwalificeert. Van der Kroon geeft terecht aan dat anderzijds kan worden gesteld dat de omzetting een stap in de bedrijfsopvolging vormt.^{252, 253} Mijns inziens is het vanuit dit oogpunt niet meer dan logisch dat de onderliggende vennootschap reeds op het moment van de omzetting een materiële onderneming moet drijven. Van der Kroon merkt bovendien op dat aan het drijven van een onderneming geen verdere voorwaarden zijn verbonden. Als voorbeeld noemt hij een vennootschap die op het moment van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen naast een frietkraam € 100 miljoen aan beleggingen bezit. Ik ben het met hem eens dat een dergelijke vennootschap voldoet aan de eis dat ten tijde van de omzetting een materiële onderneming moet worden gedreven. Gezien dit voorbeeld is het maar de vraag in hoeverre de materiële ondernemingseis eraan bijdraagt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefaciliteerd. Van der Kroon komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat ook voorwaarde c geschrapt zou moeten worden.²⁵⁴ Dit standpunt onderschrijf ik niet. In het voorgaande heb ik aangegeven dat ik kan instemmen met de voorwaarde dat de preferente aandelen een omzetting van eerder door de erflater of schenker gehouden gewone aandelen moet vormen. Het is mijns

²⁴⁹ Dat de onderneming waarop de preferente aandelen betrekking hebben ten tijde van de schenking of vererving van de preferente aandelen een materiële onderneming moet drijven vloeit voort uit artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956.

²⁵⁰ Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.

²⁵¹ Op grond van de bezitseis moet het lichaam in geval van schenking gedurende ten minste vijf jaren en in geval van overlijden ten minste één jaar een materiële onderneming hebben gedreven.

²⁵² Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.

²⁵³ Zie ook NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 98.

²⁵⁴ Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.

inziens logisch dat hierbij de voorwaarde wordt gesteld dat ten tijde van die omzetting sprake moet zijn van een materiële onderneming. Degene die zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen moet op het moment direct voorafgaande aan die omzetting als ondernemer kunnen worden aangemerkt. Als dit niet het geval is, vormt de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen naar mijn mening geen tussenstap in een reële gefaseerde bedrijfsopvolging. In dat geval zou de BOF mijns inziens dan ook niet van toepassing moeten zijn ten aanzien van de latere verkrijging van de preferente aandelen door de bedrijfsopvolger. Voorwaarde c is naar mijn mening met het oog op de reële bedrijfsopvolgingsgedachte dan ook noodzakelijk.

De voorwaarde dat bij de omzetting van de aandelen in preferente aandelen gewone aandelen aan een ander moeten worden toegekend (voorwaarde b), moet in samenhang met de voorwaarde dat de verkrijger van de preferente aandelen ten tijde van de verkrijging voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder moet zijn van gewone aandelen (voorwaarde d) worden gezien.^{255, 256} Met de 'ander' waaraan op grond van voorwaarde b aandelen moeten worden toegekend, wordt de beoogde bedrijfsopvolger bedoeld.²⁵⁷ In de parlementaire behandeling van de wijziging van de successiewet is overigens aangegeven dat indien blijkt dat de aanvankelijk beoogde bedrijfsopvolger toch niet de aangewezen persoon is om de onderneming voort te zetten, de aan hem toegekende aandelen kunnen worden overgedragen aan een nieuwe beoogde bedrijfsopvolger.²⁵⁸ De situatie kan zich voordoen dat op het moment van de omzetting van gewone aandelen in preferente aandelen nog niet bekend is wie de bedrijfsopvolger wordt. In dat geval kan de BOF worden behouden door gewone aandelen toe te kennen aan een willekeurige persoon. Zodra de definitieve bedrijfsopvolger bekend is, moeten deze gewone aandelen overgaan op de uiteindelijke bedrijfsopvolger. Deze moet op het moment van de verkrijging van de preferente aandelen namelijk een belang van ten minste 5% van de gewone aandelen hebben, waaronder de gewone aandelen die bij de omzetting zijn toegekend aan een ander. Het uitreiken van nieuwe gewone aandelen aan de nieuwe verkrijger volstaat niet.²⁵⁹ Ik vraag mij af wat het nut is van het toekennen van gewone aandelen aan een ander als die 'ander' iedere willekeurige persoon kan zijn. Bij de doeltreffendheid van deze voorwaarde kunnen dan ook vraagtekens worden gezet. Een ander punt dat van negatieve invloed is op de doeltreffendheid van de regeling is de beperkte reikwijdte van het begrip 'toekennen'.²⁶⁰ Indien de beoogde bedrijfsopvolger ten tijde van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen reeds gewone aandelen in de vennootschap bezit en bij de omzetting geen aandelen krijgt toegekend, wordt niet aan het toekenningsvereiste voldaan. Naar mijn mening zou het recht op de BOF in die situatie niet moeten komen te vervallen. Het volgende voorbeeld maakt dit duidelijk. Stel dat vader en zoon ieder 50% van de aandelen in een vennootschap bezitten. Vader zet zijn aandelen met het oog op de bedrijfsopvolging om in preferente aandelen. Naar de letter van de wet is nu niet voldaan aan de voorwaarde dat gewone aandelen aan een ander moeten worden toegekend. Aan de zoon worden immers geen aandelen toegekend op het moment dat vader zijn gewone aandelen omzet in preferente aandelen. Toch is er

²⁵⁵ Er hoeven niet verplicht nieuwe aandelen te worden uitgegeven in verband met het toekennen van gewone aandelen aan een ander. Zie NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 98.

²⁵⁶ Op grond van artikel 8, lid 5, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting worden de preferente aandelen niet tot het geplaatste kapitaal gerekend.

²⁵⁷ NnavNV, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 29.

²⁵⁸ NnavNV, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 29.

²⁵⁹ NnavNV, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 930, nr. 13, p. 29.

²⁶⁰ In de literatuur wordt het begrip 'toekennen' als te beperkt beschouwd. Zie bijv. De Beer 2009, paragraaf 4.1.3 en Govers-de Louw & Jansen 2013, paragraaf 8.2.

in dit geval mijns inziens wel degelijk sprake van een reële bedrijfsopvolging. Zoon bezit immers al de helft van de aandelen in de vennootschap. Het is naar mijn mening dubieus dat deze bedrijfsopvolgingsstructuur niet kwalificeert voor de BOF, terwijl in andere situaties het uitreiken van slechts 5% van de gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger voldoende is om de BOF toe te kunnen passen. Overigens is voor omzettingen die hebben plaatsgevonden voor 1 januari 2010 goedgekeurd dat is voldaan aan het toekenningsvereiste als de bedrijfsopvolger ten tijde van de omzetting al gewone aandelen in de vennootschap had, mits aan de overige voorwaarden van artikel 35c, lid 3, SW 1956 en artikel 8, lid 3, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting is voldaan.²⁶¹ Met Govers-de Louw en Jansen ben ik van mening dat deze goedkeuring ook zou moeten gelden voor omzettingen die na 1 januari 2010 hebben plaatsgevonden.²⁶² De Beer en Van der Kroon gaan nog een stap verder door te stellen dat voorwaarde b volledig zou kunnen worden geschrapt.^{263, 264} De voornaamste reden die zij hiervoor aanvoeren is dat indien de beoogde bedrijfsopvolger na de omzetting wijzigt, de nieuwe bedrijfsopvolger ook de aandelen moet verkrijgen die ten tijde van de omzetting aan de destijds beoogde bedrijfsopvolger zijn toegekend. Gebeurt dit niet, dan komt het recht op de BOF te vervallen. Er zijn situaties denkbaar waarin dit niet mogelijk is, bijvoorbeeld bij familieruzies. Daarnaast kan de 'ander' waaraan de gewone aandelen worden toegekend iedere willekeurige persoon zijn, aangezien dit niet de uiteindelijke bedrijfsopvolger hoeft te zijn. Dat aandelen worden uitgereikt aan een ander wil dan ook niet zeggen dat er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. De Beer merkt ten slotte nog op dat een vergelijkbare voorwaarde niet wordt gesteld ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid in de winstsfeer.^{265, 266} Bij de verkrijging van een medegerechtigdheid is alleen de eis gesteld dat de verkrijger reeds behorend vennoot is. Niet vereist is dus dat de verkrijger op het moment van de omzetting van de IB-onderneming in de medegerechtigdheid behorend vennoot werd. Voorwaarde b draagt er naar mijn mening gezien het voorgaande nauwelijks aan bij dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen voor de BOF in aanmerking komen en zou dan ook kunnen vervallen. Mijns inziens is het om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken niet noodzakelijk dat reeds op het moment van de omzetting in preferente aandelen gewone aandelen aan de beoogde bedrijfsopvolger worden toegekend. Het is naar mijn mening voldoende als de verkrijger ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen krachtens erfrecht dan wel schenking reeds een dermate groot belang in de gewone aandelen heeft dat hij als ondernemer kan worden gezien.

De verkrijgingseis moet mijns inziens wel in stand blijven. Deze voorwaarde bereikt dat wordt verkregen door een ondernemer, hetgeen naar mijn mening noodzakelijk is om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken (zie ook paragraaf 4.3). Stevens denkt hier anders over. Hij noemt de verkrijgingseis "de meest beperkende voorwaarde".²⁶⁷ Hij begrijpt niet dat preferente

²⁶¹ Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.9.1.

²⁶² Govers-de Louw & Jansen 2013, paragraaf 8.2.

²⁶³ Van der Kroon 2012, paragraaf 2.2.1 en De Beer 2009, paragraaf 4.1.3.

²⁶⁴ Ook Stevens ziet niet in waarom de gewone aandelen reeds bij het ontstaan van de preferente aandelen moeten worden toegekend aan de toekomstige verkrijger van de preferente aandelen (S.A. Stevens 2010, paragraaf 4.4.3.3)

²⁶⁵ De Beer 2009, paragraaf 4.1.3.

²⁶⁶ Een medegerechtigdheid kwalificeert op grond van artikel 35c, lid 2, SW 1956, alleen voor de BOF voor zover de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001, en de medegerechtigdheid wordt verkregen door een persoon die reeds behorend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig behorend vennoot is.

²⁶⁷ S.A. Stevens 2010, paragraaf 4.4.3.3.

aandelen alleen in combinatie met gewone aandelen kunnen kwalificeren. Heithuis merkt in dat kader op dat de BOF niet van toepassing is als de aandelen op de langstlevende echtgenoot vererven, die door middel van de preferente aandelen in zijn of haar levensonderhoud zou kunnen voorzien.²⁶⁸ Dit is naar mijn mening terecht. Als het vermogen niet in de onderneming was ingebracht, maar op een bankrekening had gestaan, was de langstlevende ook erfbelasting verschuldigd geweest bij het eerste overlijden. Het feit dat de langstlevende echtgenoot afhankelijk is van de preferente aandelen om in het levensonderhoud te voorzien, is mijns inziens dan ook geen reden om een faciliteit te verlenen. Heithuis en Stevens merken overigens terecht op dat de BOF door het simpelweg toekennen van 5% van de gewone aandelen aan de toekomstige verkrijger van de preferente aandelen kan worden veiliggesteld. Dit betekent dat het door Heithuis aangedragen probleem dat de BOF niet kan worden toegepast ter zake van de verkrijging van preferente aandelen door de langstlevende echtgenoot kan worden opgelost door de langstlevende echtgenoot 5% van de gewone aandelen in de vennootschap toe te kennen.

Net als Tigelaar-Klootwijk onderschrijf ik het standpunt van de regering dat de verkrijger op enige wijze bij de onderneming betrokken moet zijn om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken.²⁶⁹ Zij merkt naar mijn mening terecht op dat dit discutabel is als de verkrijger na de overdracht alleen preferente aandelen bezit. Het is mijns inziens dan ook te rechtvaardigen dat er eisen aan het belang van de verkrijger worden gesteld. Er kunnen echter kanttekeningen worden geplaatst bij de wijze waarop hieraan invulling is gegeven. Naar mijn mening is een percentage van 5% wel erg laag om van een reële bedrijfsopvolger te kunnen spreken. De drempel om gewone aandelen uit te reiken aan een niet-bedrijfsopvolger teneinde de BOF toe te kunnen passen ter zake van de verkrijging van preferente aandelen acht ik dan ook laag, gezien de omvang van de voorwaardelijke vrijstelling. Er bestaat naar mijn mening een reële kans dat belastingplichtigen zich in de praktijk vanwege de verkrijgingseis laten leiden door fiscale in plaats van bedrijfseconomische motieven. Naar mijn mening druist dit in tegen het doel van de BOF, omdat de overdracht van de onderneming aan de gewenste bedrijfsopvolger op deze wijze wellicht meer wordt belemmerd dan bevorderd. Hoewel de verkrijgingseis naar mijn mening dus de nodige tekortkomingen heeft, acht ik deze eis wel noodzakelijk vanuit het standpunt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. In paragraaf 7.4 doe ik een aanbeveling met betrekking tot de eisen die aan de verkrijger van preferente aandelen moeten worden gesteld.

Ten aanzien van de doelmatigheid kan worden gesteld dat de regeling ingewikkelder wordt omdat de verkrijging van preferente aandelen alleen kwalificeert als aan diverse aanvullende voorwaarden is voldaan. De gestelde voorwaarden zijn mijns inziens wel duidelijk. Dit neemt niet weg dat belastingplichtigen moeten zorgen dat zij aan de voorwaarden voldoen. Tevens leidt de controle of aan alle voorwaarden is voldaan tot een zwaardere administratieve last bij de fiscus.

Het omzettingsvereiste kan de regeling moeilijk uitvoerbaar maken. Om vast te stellen of de preferente aandelen een rechtstreekse omzetting vormen van eerder door de erflater of schenker gehouden gewone aandelen en of ten tijde van de omzetting sprake was van een materiële onderneming, moet onderzoek worden gedaan naar het ontstaan van de preferente aandelen.²⁷⁰ De staatssecretaris is van mening dat een historisch onderzoek de regeling niet onwerkbaar zal maken, omdat veel historische informatie in het aandeelhoudersregister en in de akten en stukken die met

²⁶⁸ Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2.

²⁶⁹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 221.

²⁷⁰ Zie ook Heithuis e.a. 2016, p. 250-251 en Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 229.

betrekking tot de herstructurering zijn opgemaakt te vinden is.²⁷¹ Heithuis brengt hier naar mijn mening terecht tegenin dat die akten en stukken dan vele jaren na de herstructurering nog wel ergens te vinden moeten zijn. Bovendien wordt het aandeelhoudersregister niet altijd even goed bijgehouden.²⁷²

Ook het toekenningsvereiste en de verkrijgingseis maken de regeling mijns inziens ingewikkelder. Deze eisen bemoeilijken de uitvoerbaarheid van de regeling met name als de beoogde bedrijfsopvolger is gewijzigd nadat de preferente aandelen zijn ontstaan. Dit komt omdat de uiteindelijke verkrijger van de preferente aandelen ook in het bezit moet zijn van de gewone aandelen die ten tijde van de omzetting van de gewone aandelen in preferente aandelen aan de toenmalig beoogde bedrijfsopvolger zijn uitgereikt. Het verloop van de gewone aandelen van het moment van omzetting tot de overgang van de preferente aandelen krachtens erfrecht of krachtens schenking moet dus in kaart worden gebracht om te kunnen beoordelen of de verkrijger de vereiste gewone aandelen bezit.

Tenslotte is de vraag wat de invloed van de kwalificatie van preferente aandelen op de neutraliteit van de regeling is. Het feit dat preferente aandelen onder voorwaarden als ondernemingsvermogen kwalificeren, kan het gedrag van belastingplichtigen beïnvloeden. Iedere weldenkende belastingplichtige zal ernaar streven de belastingclaim te minimaliseren.²⁷³ Dit kan ertoe leiden dat belastingplichtigen de bedrijfsopvolging anders vormgeven dan zonder de BOF het geval zou zijn geweest. Dit zal zich met name voordoen in situaties waarbij de overdragers (ouders) niet vermogend genoeg zijn om de onderneming reeds bij leven aan de bedrijfsopvolgers (hun kinderen) te schenken. Zo zal een belastingplichtige die wil profiteren van de BOF de onderneming niet snel tegen schuldigerkenning overdragen, aangezien een schuldvordering niet als ondernemingsvermogen voor de BOF kwalificeert. Een mogelijke oplossing is dan om de gewone aandelen van de overdrager om te zetten in preferente aandelen, onder toekenning van gewone aandelen aan de bedrijfsopvolger. Bij het latere overlijden van de overdrager kwalificeren de preferente aandelen voor de BOF, mits aan alle overige voorwaarden is voldaan. Bij een dergelijke constructie blijft de overdrager door middel van de preferente aandelen een belang bij de onderneming behouden, terwijl de onderneming zonder de faciliteit volledig zou zijn overgedragen.²⁷⁴ Het risico bestaat dus dat belastingplichtigen het economische belang van de onderneming ondergeschikt maken aan het optimaal kunnen benutten van de faciliteit.^{275, 276}

Ook de voorwaarde dat de verkrijger reeds in het bezit moet zijn van ten minste 5% van de gewone aandelen is naar mijn mening van negatieve invloed op de neutraliteit van de regeling. Deze voorwaarde zet aan tot het toekennen van gewone aandelen aan toekomstige verkrijgers van preferente aandelen, ook als zij niet de beoogde bedrijfsopvolgers zijn. Belastingplichtigen worden volgens Stevens *“min of meer gedwongen gekunstelde posities op te zoeken”*.²⁷⁷ Ook Heithuis merkt

²⁷¹ NnavV, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 9, p. 98-99.

²⁷² Heithuis e.a. 2016, p. 250-251.

²⁷³ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 320.

²⁷⁴ Zie ook De Beer 2009, paragraaf 4.2.3. De Beer merkt op dat de belemmering om de onderneming reeds tijdens leven geheel over te dragen volledig zou kunnen worden weggenomen door de faciliteiten ook over de koopsom van de onderneming te verlenen. Als minder ingrijpende variant noemt hij de mogelijkheid om vorderingen die zijn ontstaan in verband met de overdracht van de onderneming onder de faciliteit te brengen.

²⁷⁵ Zie ook Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 322.

²⁷⁶ Zie voor andere mogelijke verstoringen zie Hoogeveen 2011, p. 446.

²⁷⁷ S.A. Stevens 2010, paragraaf 8.

op dat het vanwege de verkrijgingseis aanbeveling verdient iedere potentiële verkrijger van de preferente aandelen 5% van de gewone aandelen toe te kennen, zelfs als de potentiële verkrijgers niets met het bedrijf te maken willen hebben. Op deze wijze blijft de flexibiliteit behouden om op een later moment te bepalen op wie de preferente aandelen uiteindelijk vererven. Heithuis noemt dergelijk door de verkrijgingseis uitgelokt gedrag “tegennatuurlijk”.²⁷⁸ Ik ben het met Stevens en Heithuis eens dat de verkrijgingseis belastingplichtigen dwingt om gewone aandelen uit te reiken aan personen die wellicht niets met de bedrijfsvoering te maken willen hebben en dat dit onwenselijk is. Dergelijk gedrag zou wellicht voorkomen kunnen worden door van de verkrijger een hoger bezitspercentage te eisen. In paragraaf 7.4 wordt onderzocht of het aanbeveling verdient het percentage van 5% te verhogen.

5.4 Kwalificerende medegerechtigdheid

Ten aanzien van een indirect door een BV gehouden medegerechtigdheid waarin de erflater of schenker een ab heeft zijn aanvullende voorwaarden gesteld (artikel 35c, lid 3, SW 1956). Op grond van deze bepaling is de BOF alleen van toepassing voor zover het een medegerechtigdheid betreft die een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001. Dit houdt in dat de BV eerst zelf de onderneming moet hebben gedreven alvorens deze is omgezet in een CV, waarbij de BV optreedt als commanditair vennoot. Daarnaast moeten de tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen van de erflater of schenker worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.

Eerst ga ik in op de vraag of de gestelde voorwaarden doeltreffend zijn. Evenals in het geval van preferente aandelen geldt ook in situaties waarin het een medegerechtigdheid betreft dat alleen reële bedrijfsopvolgingen dienen te worden gefaciliteerd en dat de BOF daarom alleen van toepassing is als de medegerechtigdheid is ontstaan in het kader van een reële bedrijfsopvolging.²⁷⁹ Tigelaar-Klootwijk is van mening dat de voorwaarde dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 zou moeten vervallen.²⁸⁰ Zij is van mening dat de positie van de erflater of schenker vanuit het continuïteitsprincipe niet van belang is en dat het voldoende is enkel eisen te stellen aan de periode waarin de medegerechtigdheid is gehouden.²⁸¹ Naar mijn mening ligt dit anders. De medegerechtigde kan net als de houder van preferente aandelen niet zonder meer als ondernemer worden gezien. Het is dan ook gerechtvaardigd aanvullende eisen te stellen ten aanzien van de verkrijging van een medegerechtigdheid.²⁸² Een medegerechtigdheid kwalificeert alleen voor de BOF als deze is ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.²⁸³ Mijns inziens ligt de eis dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming in lijn met dit uitgangspunt. Zoals Tigelaar-Klootwijk terecht opmerkt zou zonder deze voorwaarde de situatie waarin ouder en kind gezamenlijk een CV oprichten

²⁷⁸ Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2

²⁷⁹ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-33.

²⁸⁰ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 336.

²⁸¹ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 330.

²⁸² Zie ook paragraaf 5.2. Hetgeen daar is opgemerkt met betrekking tot preferente aandelen geldt eveneens voor een medegerechtigdheid.

²⁸³ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-33.

waarbij de ouder als commanditair vennoot optreedt en het kind als beherend vennoot, de BOF van toepassing zijn ten aanzien van de verkrijging van de medegerechtigdheid van de ouder bij diens overlijden.²⁸⁴ Ik acht het niet wenselijk dat de BOF in de hiervoor genoemde situatie van toepassing is op de medegerechtigdheid van de ouder. Uit het voorgaande blijkt dat (groot)ouders zonder de voorwaarde dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse omzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming een groot deel van hun vermogen belastingvrij kunnen overdragen op hun (klein)kinderen door het oprichten van een CV. Bij een dergelijke constructie kan mijns inziens niet van een reële bedrijfsopvolging worden gesproken. De in artikel 35c, derde lid, SW 1956 opgenomen voorwaarde acht ik dan ook doeltreffend.

Ook de voorwaarde dat de tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen van de erflater of schenker moeten worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid ziet, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is, acht ik doeltreffend. Van een reële bedrijfsopvolging is naar mijn mening geen sprake als de verkrijger ten gevolge van de overdracht enkel de medegerechtigdheid bezit. Om hiervan te kunnen spreken moet de verkrijger reeds als 'echte' ondernemer betrokken zijn bij de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft.²⁸⁵

De voorwaarden die zijn gesteld aan de verkrijging van aandelen in een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt zijn mijns inziens nauwelijks van invloed op de doelmatigheid van de regeling. De gestelde voorwaarden zijn naar mijn mening duidelijk. Om te bepalen of is voldaan aan de voorwaarde dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een door de erflater of schenker gedreven onderneming zal wellicht historisch onderzoek moeten worden gedaan. Dit kan net als bij preferente aandelen tot moeilijkheden leiden als deze informatie niet meer te vinden is (zie ook paragraaf 5.3).

De voorwaarde dat de door de vennootschap gehouden medegerechtigdheid een rechtstreekse omzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming is mijns inziens van positieve invloed op de neutraliteit van de regeling. Deze voorwaarde voorkomt naar mijn mening dat belastingplichtigen hun gedrag zullen aanpassen om de faciliteit te kunnen benutten. Zo heeft het geen zin om een nieuwe CV op te richten tussen ouder en kind, waarbij de ouder als commanditaire vennoot optreedt (zie ook het voorgaande).

De voorwaarde dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds beherend vennoot moet zijn zou eventueel wel tot aanpassingen in het gedrag van belastingplichtigen kunnen leiden. Zo zouden personen tot beherend vennoot kunnen worden benoemd die zonder de faciliteit niet bij de onderneming betrokken zouden worden. De Beer merkt op dat ten aanzien van de status van beherend vennoot geen voortzettingsvereiste is gesteld.²⁸⁶ De niet-bedrijfsopvolger kan dus na de verkrijging van de (via een BV gehouden) medegerechtigdheid terugtreden als beherend vennoot, zonder dat dit tot terugname van de faciliteit leidt. Ten aanzien van preferente aandelen is wel geregeld dat de faciliteit (gedeeltelijk) vervalt als de verkrijger (een deel van) de gewone aandelen in de vennootschap waarop de preferente aandelen betrekking hebben binnen de voortzettingstermijn

²⁸⁴ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 330.

²⁸⁵ Vergelijk paragraaf 5.3 met betrekking tot de verkrijgingseis die is gesteld aan de verkrijging van preferente aandelen.

²⁸⁶ De Beer 2009, paragraaf 4.2.2.

vervreemdt.²⁸⁷ Voor de verkrijging van een medegerechtigdheid zou mijns inziens hetzelfde moeten gelden. De kans dat constructies worden gebruikt waarbij niet-bedrijfsopvolgers tijdelijk als beherend vennoot optreden acht ik ondanks het ontbreken van een voortzettingseis niet bijzonder groot. De niet-opvolger moet immers wel tot het overlijden van de commanditaire vennoot als beherend vennoot bij de onderneming betrokken blijven. Dit moeten de verschillende betrokkenen dan maar willen. Zo is een beherend vennoot persoonlijk aansprakelijk voor eventuele schulden van de vennootschap. Het is maar de vraag of iemand die zich niet met de voortzetting van de onderneming wil bezighouden dit risico wil nemen. Daarnaast moet de daadwerkelijke bedrijfsopvolger het ook nog maar zien zitten om een niet-opvolger als beherend vennoot te laten optreden. Naar mijn mening is de drempel tot het toekennen van 5% van de gewone aandelen aan een niet-bedrijfsopvolger lager dan de drempel tot het benoemen van een niet-opvolger tot beherend vennoot van een CV. Een aandeelhouder loopt immers slechts ten aanzien van zijn inbreng risico. De verstoring dat een niet-opvolger bij de onderneming wordt betrokken om aanspraak op de BOF te kunnen maken zal zich mijns inziens dan ook eerder voordoen in verband met het creëren van preferente aandelen dan in het kader van de oprichting van een CV.

Het feit dat de verkrijging van een medegerechtigdheid, in tegenstelling tot een schuldvordering, kan kwalificeren voor de BOF kan er tevens toe leiden dat een bedrijfsoverdracht (gedeeltelijk) wordt uitgesteld teneinde de BOF (optimaal) te kunnen benutten. Dit kan zich voordoen in de situatie dat de overdrager (ouder) niet in staat is de onderneming reeds bij leven te schenken (aan zijn kind). In dat geval ligt het voor de hand dat de onderneming tegen schuldigerkenning wordt overdragen. Dit heeft echter als nadeel dat de verkrijging van de schuldvordering door het kind bij het overlijden van de ouder niet onder de BOF valt. Het is daarom vanuit fiscaal perspectief aantrekkelijker om een CV op te richten, waarbij het kind als beherend vennoot en de ouder als commanditair vennoot optreedt. De verkrijging van de medegerechtigdheid bij het latere overlijden van de ouder kwalificeert immers, mits aan de voorwaarden is voldaan, voor de BOF. De ouder blijft in deze situatie dus tot zijn overlijden betrokken bij de onderneming, terwijl zonder de BOF de gehele onderneming reeds bij leven tegen schuldigerkenning zou zijn overgedragen. Het is naar mijn mening niet wenselijk dat de overdracht van een onderneming uitsluitend uit fiscale overwegingen wordt uitgesteld tot het moment van overlijden.

5.5 Samenvatting/tussenconclusie

In dit hoofdstuk stonden de voorwaarden die zijn gesteld ten aanzien van de verkrijging van preferente aandelen en aandelen in een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt centraal. Omdat de houder van preferente aandelen respectievelijk de medegerechtigde volgens de regering meer gelijkenissen vertonen met een kapitaalverstrekker dan met een ondernemer, is de BOF ten aanzien van preferente aandelen en een medegerechtigdheid uitsluitend van toepassing als deze zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsoverdracht. Hoewel de regering haar stelling dat de houders van preferente aandelen niet als ondernemer maar als kapitaalverstrekker moeten worden gezien slechts met het magere argument dat preferente aandelen onder IFRS vreemd vermogen vormen heeft onderbouwd, is het mijns inziens gerechtvaardigd aanvullende voorwaarden te stellen aan de verkrijging van preferente aandelen. Hetzelfde geldt voor de verkrijging van aandelen in een BV die een medegerechtigdheid houdt. De gestelde voorwaarden zijn in dit hoofdstuk getoetst. Onderstaand schema laat de toetsingsresultaten zien. In hoofdstuk 7 doe ik aanbevelingen om tot

²⁸⁷ Artikel 35e, lid 4, SW 1956.

een verbetering hiervan te komen. De in het schema gebruikte symbolen hebben de volgende betekenis:

++	→	Sterk positief
+	→	Positief
+/-	→	Neutraal
-	→	Negatief
--	→	Sterk negatief

Doeltreffendheid	De voorwaarde dat de preferente aandelen een omzetting moeten vormen van eerder door de erflater/schenker gehouden gewone aandelen bewerkstelligt dat wordt verkregen van een ondernemer. Dit is van belang om te kunnen spreken van een reële bedrijfsoverdracht. Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat de voorwaarde er ook toe kan leiden dat de faciliteit niet kan worden toegepast, terwijl wel sprake is van een reële bedrijfsopvolging.	+
	De voorwaarde dat de omzetting tot preferente aandelen gepaard moet zijn gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander heeft weinig nut gezien het feit dat die 'ander' niet de uiteindelijke bedrijfsopvolger hoeft te zijn. Bovendien is het om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken naar mijn mening niet noodzakelijk dat de uiteindelijke verkrijger van de preferente aandelen reeds op het moment van omzetting gewone aandelen krijgt toegekend. Dit kan ook op een later moment gebeuren. Daarnaast zou mijns inziens ook aan het toekenningsvereiste moeten zijn voldaan als de bedrijfsopvolger ten tijde van de omzetting reeds gewone aandelen bezit.	--
	De voorwaarde dat de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hebben ten tijde van de omzetting een materiële onderneming moet hebben gedreven zorgt ervoor dat de omzetting onderdeel is van een reële gefaseerde bedrijfsopvolging. Zonder deze voorwaarde zou de overdrager op het moment van de omzetting geen ondernemer hoeven te zijn. In dat geval is mijns inziens van een reële bedrijfsopvolging geen sprake.	++
	De voorwaarde dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds een bepaald belang in het geplaatste kapitaal van de gewone aandelen moet hebben acht ik doeltreffend. De verkrijger kan niet als ondernemer worden aangemerkt als hij na de verkrijging uitsluitend preferente aandelen bezit. Een percentage van 5% is naar mijn mening echter te laag om te kunnen stellen dat sprake is van een 'echte' ondernemer.	+
	Ten aanzien van de verkrijging van aandelen in een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt is de voorwaarde gesteld dat de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting moet vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming. Deze voorwaarde bewerkstelligt dat wordt verkregen van een (voormalig) ondernemer. Dit is mijns inziens noodzakelijk om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken. Deze voorwaarde is naar mijn mening dan ook doeltreffend.	++
	Ten aanzien van de verkrijging van tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen die betrekking hebben op een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt, is de voorwaarde gesteld dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds behorend vennoot moet zijn van de onderneming waarop de medegerechtigdheid ziet. Deze voorwaarde	++

	bewerkstelligt dat wordt verkregen door een ondernemer. Dit acht ik noodzakelijk om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken. Deze voorwaarde is in mijn ogen dan ook doeltreffend.	
Doelmatigheid	De aan de verkrijging van preferente aandelen gestelde voorwaarden zijn mijns inziens duidelijk. Het moeten voldoen aan de voorwaarden leidt echter zowel bij belastingplichtigen als bij de fiscus tot een additionele administratieve last. Om vast te kunnen stellen of de preferente aandelen in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging zijn ontstaan, moet onderzoek naar het historische verloop van de preferente aandelen worden gedaan. Dit kan tot uitvoeringstechnische problemen leiden. Ook de gewone aandelen die ten tijde van de omzetting worden toegekend aan een ander moeten worden gevolgd tot het moment dat de preferente aandelen worden overgedragen. Deze moeten ten tijde van de overgang van de preferente aandelen in het bezit zijn van de verkrijger van de preferente aandelen.	-
	De voorwaarden die zijn gesteld aan de verkrijging van aandelen in een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt zijn duidelijk. Eventueel zouden problemen kunnen ontstaan bij de vaststelling of de medegerechtigdheid een rechtstreekse omzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming.	+/-
Neutraliteit	De voorwaarden die zijn gesteld ten aanzien van de verkrijging van preferente aandelen kunnen leiden tot gedragsveranderingen bij belastingplichtigen. Dit geldt met name voor het toekenningsvereiste in combinatie met de verkrijgingseis. Belastingplichtigen worden min of meer gedwongen om aan de niet-voortzetter ten minste 5% van de gewone aandelen toe te kennen, zodat ook zij ten aanzien van de toekomstige verkrijging van preferente aandelen de BOF kunnen toepassen.	--
	De voorwaarde dat de door de vennootschap gehouden medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming voorkomt fiscaal geïnitieerd gedrag bij belastingplichtigen. Hetzelfde geldt met betrekking tot preferente aandelen voor het omzettingsvereiste.	+
	De voorwaarde dat de verkrijger van aandelen in een BV die een medegerechtigdheid houdt ten tijde van de verkrijging reeds behorend vennoot moet zijn van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft kan ertoe leiden dat een niet-opvolger tijdelijk tot behorend vennoot wordt benoemd. Vanwege het ontbreken van een voortzettingseis ten aanzien van de status van behorend vennoot, kan de niet-opvolger direct na de verkrijging van de medegerechtigdheid terugtreden als behorend vennoot. Gezien de hoofdelijke aansprakelijkheid van de behorend vennoot is het echter maar de vraag of de niet-opvolger wel in die hoedanigheid wil optreden.	-
	Het feit dat preferente aandelen en een (door de BV gehouden) medegerechtigdheid als ondernemingsvermogen kunnen kwalificeren voor de BOF en een schuldvordering niet, kan ertoe leiden dat belastingplichtigen die hun aandelen in de BV dan wel hun IB-onderneming eigenlijk tegen schuldigerkenning zouden willen overdragen preferente aandelen creëren respectievelijk een CV oprichten. De overdrager blijft hierdoor tot zijn overlijden bij de onderneming betrokken, terwijl de onderneming zonder de BOF al eerder volledig aan de bedrijfsopvolger zou zijn overgedragen.	--

Hoofdstuk 6 – Kwalificerende indirecte belangen

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 is de vraag aan de orde geweest welke typen ab's kwalificeren voor de BOF. Daarbij is uitsluitend aandacht besteed aan de situatie dat de aandelen in de vennootschap die een onderneming drijft direct door de erflater of schenker worden gehouden. In de praktijk is het echter zeer gebruikelijk dat de aandelen in een actieve vennootschap door middel van een holding worden gehouden. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht onder welke voorwaarden indirect gehouden belangen kwalificeren voor de BOF (deelvraag 10) en welke knelpunten hierbij te onderkennen zijn (deelvraag 11). De regering is van mening dat het niet uit moet maken of een belang direct of door middel van een holding wordt gehouden. Het uitgangspunt van de regering is dan ook dat er voor de kwalificatie voor de BOF zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden belangen.²⁸⁸ Dit standpunt onderschrijf ik. De gelijkheid in behandeling van directe en indirecte belangen wordt bereikt door de consolidatiebepaling ex artikel 35c, lid 5, SW 1956. In paragraaf 6.2 ga ik op de werking van deze bepaling in. In de daaropvolgende paragrafen vindt de toetsing plaats. Voor de vaststelling of sprake is van een kwalificerend indirect ab is evenals ten aanzien van het directe ab aansluiting gezocht bij de ab-regeling in de inkomstenbelasting. In paragraaf 6.3 komt daarom de vraag aan de orde welke typen indirect gehouden ab's op grond van de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 voor de BOF kwalificeren. De consolidatiebepaling van artikel 35c, lid 5, SW 1956 is onder voorwaarden ook van toepassing op verwaterde indirecte belangen van minder dan 5%, maar ten minste 0,5%. In paragraaf 6.4 vindt de toetsing van deze regeling plaats. Ten slotte is enige tijd geleden een nieuw zesde lid toegevoegd aan artikel 35c SW 1956, waarin is bepaald dat een belang in een ander lichaam niet tot het ondernemingsvermogen van een vennootschap wordt gerekend. Deze bepaling komt in paragraaf 6.5 aan de orde. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting/tussenconclusie in paragraaf 6.6.

6.2 Consolidatiebepaling

Hoewel de BOF is opgezet vanuit het idee dat er direct aandelen worden verkregen in een vennootschap die een onderneming drijft, kan ook bij een indirecte aandelenoverdracht een beroep op de BOF worden gedaan. Met een indirecte overdracht wordt de situatie bedoeld dat de aandelen in een dochtervennootschap door de holdingvennootschap worden geschonken. Dat ook indirecte overdrachten onder het toepassingsbereik van de BOF vallen is bevestigd in het besluit van 17 januari 2013.²⁸⁹ Uit dit besluit blijkt dat de BOF zowel van toepassing is in de situatie dat ab-aandelen of ab-winstbewijzen in de actieve dochtervennootschap van de schenker worden overgedragen aan de verkrijger in privé als in de situatie dat de aandelen in de dochtervennootschap aan een holdingvennootschap van de bedrijfsopvolger worden overgedragen. Met Heithuis e.a. ben ik van mening dat hetgeen in het voorgaande is vermeld ten aanzien van een indirecte schenking ook van toepassing is op een indirecte vererving. Met een indirecte vererving wordt bedoeld de situatie

²⁸⁸ MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 45.

²⁸⁹ Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 3.8. Zie ook NnavV *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 9, p. 23-24 en MvA, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D, p. 7. De schenkingsfaciliteit van artikel 4.17c Wet IB 2001 is overigens niet van toepassing op een indirecte schenking. Wel kan ten aanzien van de verschuldigde IB-claim een beroep op de betalingsregeling van artikel 25, lid 11, Inv. 1990 worden gedaan.

waarin de aandelen in de actieve dochtervennootschap bij testament aan de verkrijger zijn gelegateerd.^{290, 291}

Omdat de verkrijging van een direct en een indirect belang in een actieve vennootschap gelijkelijk dienen te worden behandeld, is in artikel 35c, lid 5, SW 1956 een consolidatieregeling opgenomen.²⁹² Op grond van deze consolidatieregeling worden de bezittingen en schulden van de (achter)(klein)dochtervennootschappen ten aanzien waarvan de erflater een indirect ab heeft, naar rato van de omvang van het aandelenbelang toegerekend aan de holdingvennootschap en beschouwd als bezittingen en schulden van deze vennootschap.²⁹³ Vervolgens moet op het niveau van deze holdingvennootschap worden beoordeeld of er een onderneming wordt gedreven (activiteitentoets) en welke vermogensbestanddelen kwalificeren als ondernemingsvermogen (vermogenstoets). In artikel 35c, lid 5, onderdeel a, SW 1956 is bepaald dat consolidatie mag plaatsvinden indien de erflater of schenker een indirect ab als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 houdt. Net als in het geval van directe belangen moet dus ook indien sprake is van indirecte belangen aan een ab-eis worden voldaan. Deze ab-eisen verschillen echter wezenlijk in functie. Waar de aanwezigheid van een ab voor directe belangen een voorwaarde is voor kwalificatie voor de BOF, is het voor indirecte belangen slechts een voorwaarde voor toepassing van de consolidatieregeling.²⁹⁴ Indien ten aanzien van een indirect belang niet aan de ab-eis wordt voldaan, kwalificeert de holdingvennootschap alsnog voor de BOF als deze op andere wijze aan de activiteitentoets voldoet. De Beer noemt als voorbeeld een holdingvennootschap waarin de erflater of schenker een direct ab heeft die in de ene actieve dochtervennootschap een 3%-belang heeft en in een andere actieve dochtervennootschap een belang van 100%. Enkel ten aanzien van het 100%-belang mag consolidatie plaatsvinden. De activiteiten van deze dochtervennootschap worden toegerekend aan de holding, waardoor deze geacht wordt een onderneming te drijven.²⁹⁵ Dientengevolge is aan de activiteitentoets voldaan.²⁹⁶ Ten aanzien van het 3%-belang is dan nog de vraag of deze op basis van de vermogensetikeringsregels tot het vermogen van de holding kan worden gerekend. In artikel 35c, zesde lid, SW 1956 is bepaald dat dit niet mag. De behandeling van indirect gehouden belangen van minder dan 5% voor de BOF komt in paragraaf 6.5 aan de orde.

Voor situaties waarin sprake is van indirect gehouden belangen van minder dan 5% is een bijzondere regeling opgenomen in artikel 35c, lid 5, onderdeel b, SW 1956. Deze regeling is in de wet opgenomen omdat de regering het niet wenselijk acht dat door omstandigheden in de familiesfeer,

²⁹⁰ Heithuis e.a. 2016, p. 233.

²⁹¹ Hierbij kan worden opgemerkt dat hieraan voorafgaand de vraag kan worden gesteld of een indirect legaat in civielrechtelijke zin wel een legitieme making is. Volgens Van Mourik is dit het geval. Zie Mourik, M.J.A. van, rechtsvragenrubriek WPNR 2011/6880.

²⁹² Zie De Beer 2015 voor een uitgebreide bijdrage inzake de consolidatiebepaling.

²⁹³ Zie NvW, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10, p. 21-23.

²⁹⁴ De Beer 2015, paragraaf 2.3.

²⁹⁵ De regering is er vanuit gegaan dat door de toerekening van de bezittingen en schulden aan de holdingvennootschap ook de ondernemingsactiviteiten van de dochtervennootschap aan de holding worden toegerekend. Zie MvT, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 3, p. 45 en besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M, onderdeel 4. De Beer merkt naar mijn mening terecht op dat het één niet vanzelfsprekend uit het ander volgt en dat in artikel 35c, lid 5, SW 1956 net als in artikel 15 Wet VPB 1969 had moeten worden opgenomen dat ook de werkzaamheden van de dochtervennootschap worden toegerekend aan de holding (De Beer 2015, paragraaf 3.1).

²⁹⁶ De Beer 2015, paragraaf 2.3.

zoals overlijden, trouwen of schenken, geen beroep op de BOF zou kunnen worden gedaan.²⁹⁷ Ten aanzien van indirect gehouden belangen van minder dan 5%, doch ten minste 0,5%, mag consolidatie plaatsvinden, mits:

1° dat belang bij een van zijn rechtsvoorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect aanmerkelijk belang heeft gevormd als bedoeld in onderdeel a;

2° dat belang uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking, en

3° direct voorafgaande aan de verwatering van dat belang tot beneden de 5% dat andere lichaam een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c.

6.3 Indirect ab in de zin van afdeling 4.3 Wet IB 2001

In deze paragraaf onderzoek ik wat de gevolgen zijn van de aansluiting bij de ab-regeling in de Wet IB voor de kwalificatie van indirect gehouden belangen voor de BOF. Eerst ga ik in op de aspecten die betrekking hebben op de doeltreffendheid van de regeling.

Vanwege de aansluiting bij de ab-regeling in de Wet IB 2001 vindt de consolidatieregeling toepassing ten aanzien van een indirect gehouden 'echt' ab als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001. Net als voor het directe ab geldt hier naar mijn mening dat een 5%-belang te laag is om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken. Voor de argumentatie verwijs ik naar paragraaf 4.2. Ook acht ik het niet doeltreffend dat (indirect gehouden) koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten kwalificeren voor de BOF, omdat de houders van hiervan mijns inziens niet als ondernemer kunnen worden gezien. Voor een nadere onderbouwing verwijs ik naar paragraaf 4.3.

Ook het indirect soort ab ex artikel 4.7 Wet IB 2001 komt vanwege de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 in artikel 35c, lid 5, SW 1956 in aanmerking voor consolidatie en kan derhalve kwalificeren voor de BOF. In paragraaf 4.3 kwam ik ten aanzien van een 'echt' soort ab tot de conclusie dat dit type ab zou moeten worden uitgesloten van de BOF, gelet op het uitgangspunt dat alleen reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor een indirect soort ab. Voor de argumentatie verwijs ik naar paragraaf 4.3.

De volgende vraag is of een indirect gehouden meesleep ab kwalificeert voor de BOF. Zoals in paragraaf 4.4 aan de orde kwam, is dit voor een direct meesleep ab wel het geval. Fluijt is van mening dat indirect gehouden belangen niet kunnen worden meegesleept.²⁹⁸ Hier ben ik het mee eens. Volgens de wettekst van artikel 4.9 Wet IB 2001 worden enkel de aandelen of winstbewijzen in een vennootschap waarin de belastingplichtige reeds een ab heeft meegesleept. Over 'een vennootschap waarin de belastingplichtige *direct of indirect* een ab heeft' wordt niet gesproken. Gezien het feit dat de woorden *direct of indirect* in artikel 4.6 en 4.7 Wet IB 2001 wel expliciet zijn opgenomen, ben ik van mening dat uit het feit dat deze woorden ontbreken in artikel 4.9 Wet IB 2001 kan worden opgemaakt dat de meesleepregeling alleen ten aanzien van directe belangen van toepassing is.²⁹⁹ Een indirect meesleep ab zou naar mijn mening evenals een direct meesleep ab moeten kwalificeren voor de BOF. Indien een belastingplichtige eenmaal een kwalificerend ab heeft in een vennootschap, zie ik geen reden om zijn overige vermogensbestanddelen in die vennootschap uit te sluiten van de BOF (zie ook paragraaf 4.3). Hierbij houd ik geen rekening met het feit dat

²⁹⁷ Tweede NvW, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p.12.

²⁹⁸ Fluijt 2016, paragraaf 2. Zij geeft hierbij diverse voorbeelden ter verduidelijking.

²⁹⁹ Heithuis is dezelfde mening toegedaan ten aanzien van het meetrek ab en het fictief ab (Heithuis 2010, paragraaf 2.2).

koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten niet onder de BOF zouden moeten vallen (zie ook paragraaf 4.2 en 4.3). In paragraaf 7.2 wordt een aanbeveling inzake de kwalificatie van verschillende vermogenstitels gedaan en komt de vraag aan de orde of meesleepbelangen nog wel van belang zijn in het kader van de BOF.

Het directe meetrek ab is in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 expliciet uitgezonderd van de BOF. De vraag is of hetzelfde te gelden heeft voor het indirecte meetrek ab. Van der Kroon is van mening dat de uitzondering niet geldt voor een indirect gehouden meetrek ab, omdat dit type ab niet expliciet is uitgezonderd.³⁰⁰ Heithuis is daarentegen van mening dat een indirect gehouden meetrek ab niet kan kwalificeren.³⁰¹ Hij maakt uit de wettekst van artikel 4.10 Wet IB 2001 op dat een meetrek ab niet indirect gehouden kan worden. Het woord 'indirect' komt in de tekst van artikel 4.10 (en 4.11) Wet IB 2001 niet voor, terwijl dit wel geldt voor artikel 4.6 en artikel 4.7 Wet IB 2001.³⁰² Ook Fluijt is van mening dat indirecte belangen op grond van de wettekst niet meegetrokken kunnen worden en dat dergelijke belangen derhalve niet voor de BOF kunnen kwalificeren.³⁰³ Ik sluit mij aan bij Heithuis en Fluijt dat een indirect gehouden meetrek ab op grond van de wettekst niet bestaat en dat dergelijke belangen derhalve niet kunnen kwalificeren voor de BOF. Dit is mijns inziens in overeenstemming met doel en strekking van de BOF. Voor de uitgebreide argumentatie verwijs ik naar paragraaf 4.4.

Heithuis en Fluijt zijn ten aanzien van een indirect fictief ab eveneens de mening toegedaan dat dit type ab op grond van de wettekst van artikel 4.11 Wet IB 2001 niet kwalificeert voor de BOF vanwege het ontbreken van het woord 'indirect'.³⁰⁴ Ik sluit mij hierbij aan. In paragraaf 4.4 betoogde ik dat het niet wenselijk is dat een fictief ab kwalificeert voor de BOF. Dit geldt naar mijn mening evenzeer voor een indirect fictief ab. Voor de argumentatie verwijs ik naar paragraaf 4.4.

Ten aanzien van de doelmatigheid kan worden opgemerkt dat de regels voor de kwalificatie van indirecte belangen behoorlijk ingewikkeld zijn. Dit maakt het lastig voor belastingplichtigen om aan alle voorwaarden te voldoen. De afwijkende behandeling van verschillende typen indirecte belangen maakt de regeling er niet eenvoudiger op. Dit wordt nog eens versterkt door het feit dat bepaalde typen belangen in de situatie dat zij direct worden gehouden anders worden behandeld dan in de situatie dat zij indirect worden gehouden. Zo kwalificeert een direct gehouden fictief ab wel voor de BOF, terwijl een dergelijk belang niet kwalificeert indien deze indirect wordt gehouden.

De consolidatieregeling heeft bovendien tot gevolg dat bij een schenking van een belang van ten minste van 5% van de aandelen in een holdingvennootschap ook de waarde van de onderliggende vennootschappen moet worden meegenomen bij de waardering van de verkrijging (zie ook paragraaf 3.4.1). Als daarentegen alleen de aandelen in de dochtervennootschap door de holdingvennootschap worden geschonken, is slechts de waarde van de dochtervennootschap van belang voor de waardebepaling van de verkrijging. Bij de vaststelling van de omvang van de 100%-vrijstelling moet echter de waarde van het gehele concern van de schenker in acht worden genomen, omdat anders de situatie waarin de onderneming in delen wordt overgedragen door middel van schenking onderlangs anders wordt behandeld dan de situatie waarbij het gehele concern ineens wordt overgedragen, bijvoorbeeld in geval van overlijden. Als alleen de aandelen in de

³⁰⁰ Van der Kroon 2012, paragraaf 3.1.1.

³⁰¹ Artikel 4.17a, lid 5, onderdeel a Wet IB 2001.

³⁰² Heithuis 2010, paragraaf 2.2. De overwegingen van Heithuis zien op de verervingsfaciliteit in de inkomstenbelasting. Mijns inziens gaat deze redenatie ook op voor de BOF.

³⁰³ Fluijt 2016, paragraaf 3.

³⁰⁴ Fluijt 2016 paragraaf 4 en Heithuis 2010, paragraaf 2.2.

dochtervennootschap worden geschonken, moet dus vermogen worden gewaardeerd dat niet tot de verkrijging behoort. In de parlementaire behandeling is aangegeven dat dit tot een extra last in de uitvoering leidt, maar dat dit nu eenmaal een onontkoombare consequentie van de concernbenadering is.³⁰⁵ Mijns inziens is deze extra last inderdaad onvermijdelijk teneinde de neutraliteit tussen schenking in delen en schenking van het gehele concern ineens te waarborgen.

Ook de complexiteit omtrent de bepaling of sprake is van een indirect ab is van negatieve invloed op de doelmatigheid van de regeling. Naar mijn mening is niet geheel duidelijk hoe bepaald moet worden of sprake is van een indirect soort ab. Volgens Schuurman-van Nifterik geldt dat als de holding van de erflater of schenker meerdere soorten aandelen in een dochtervennootschap houdt, deze belangen samengenomen moeten worden voor de bepaling of sprake is van een indirect ab.³⁰⁶ Van der Kroon geeft een voorbeeld waaruit ik opmaak dat hij dezelfde mening is toegedaan: Als de erflater/schenker een belang van 100% in de holding houdt en de holding 5% van de aandelen in soort A en 2% van de aandelen in soort B in de dochtervennootschap houdt, vormen de aandelen A en B volgens Van der Kroon gezamenlijk het indirecte ab.³⁰⁷ In het voorbeeld van Van der Kroon acht ik het op basis van de huidige wetssystematiek juist dat de aandelen A en B samen het indirecte ab vormen, aangezien een indirect soort ab in aandelensoort A aanwezig is.³⁰⁸ In dat geval is er geen reden om de overige aandelen uit te sluiten van de BOF (zie ook paragraaf 4.4). Als erflater/schenker echter niet 5%, maar slechts 4% van de aandelen in soort A zou bezitten, zou de uitkomst mijns inziens niet moeten zijn dat de aandelen A en B samen een indirect ab vormen. Als erflater/schenker direct een belang van 4% in soort A en een belang van 2% in soort B had gehad, zou immers ook geen sprake van een kwalificerend ab zijn geweest. Het is mij niet duidelijk hoe Schuurman-van Nifterik en Van der Kroon hierover denken.

Bovendien is onduidelijk hoe moet worden omgegaan met de situatie dat op één of meerdere niveaus sprake is van verschillende soorten aandelen.³⁰⁹ Deze onduidelijkheid vloeit voort uit de bepaling dat ingeval het aandelenkapitaal van de vennootschap waarin de erflater of schenker indirect een belang hield dat uit meerdere soorten aandelen bestaat, de toerekening met inachtneming van de waarde in het economische verkeer van die aandelen geschiedt.³¹⁰ Ganzeveld vraagt zich bijvoorbeeld af of de vaststelling of sprake is van een indirect ab moet plaatsvinden naar rato van het geplaatste aandelenkapitaal of op basis van de verhouding tussen de WEV van de soort aandelen en de totale WEV van de vennootschap waarin het soort ab wordt gehouden. Dit is volgens haar niet duidelijk.³¹¹ Deze onduidelijkheid komt de doelmatigheid van de regeling mijns inziens niet ten goede.

Met het oog op de neutraliteit van de regeling is het standpunt van de regering dat er zo min mogelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen direct en indirect gehouden aandelenbelangen van belang.³¹² Dit uitgangspunt onderschrijf ik. Vanuit dit oogpunt zou ten aanzien van de kwalificatie een bepaald type van een direct gehouden ab hetzelfde moeten gelden als ten aanzien van een

³⁰⁵ MvA, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D, p. 7-8.

³⁰⁶ Schuurman-van Nifterik 2017.

³⁰⁷ Van der Kroon 2012, paragraaf 3.1.1.

³⁰⁸ Dit neemt niet weg dat ik het onjuist acht dat niet-kwalificerende belangen door het creëren van een soort ab kunnen worden omgezet in belangen die wel kwalificeren.

³⁰⁹ Van der Kroon 2012, paragraaf 3.1.

³¹⁰ Artikel 35c, lid 5, voorlaatste volzin, SW 1956.

³¹¹ Ganzeveld 2013, paragraaf 4.

³¹² MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 5.

indirect gehouden ab van hetzelfde type. Mijns inziens is de huidige wetgeving op dit punt redelijk consistent. Voor een 'echt' ab in de zin van artikel 4.6 Wet IB 2001 en een soort ab in de zin van artikel 4.7 Wet IB 2001 geldt dat zowel een direct belang als een indirect belang kwalificeert. Ten aanzien van deze typen ab's is de behandeling van directe en indirecte belangen voor de BOF dus consequent. Voor het meetrek ab geldt dat zowel een direct als een indirect belang is uitgesloten van de BOF. Ook hier is dus geen sprake van inconsistentie. Dat is anders ten aanzien van het fictief ab, aangezien een direct gehouden fictief ab wel kwalificeert, terwijl dit niet geldt voor een indirect gehouden fictief ab. Naar mijn mening zou de BOF ook in het geval van een direct gehouden fictief ab niet van toepassing moeten zijn (zie ook paragraaf 4.5). Ten aanzien van het directe meesleep ab heb ik in paragraaf 4.4 geconstateerd dat het doeltreffend is dat een dergelijk belang kwalificeert voor de BOF. Een indirect belang kan op grond van de wettekst van artikel 4.9 Wet IB 2001 niet worden meegesleept, waardoor dergelijke belangen niet kunnen kwalificeren voor de BOF. Naar mijn mening zou een indirect meesleep ab net als een direct meesleep ab moeten kwalificeren voor de BOF.

6.4 Indirecte verwaterde belangen

In paragraaf 6.2 heb ik aangegeven onder welke voorwaarden ten aanzien van een verwaterd belang de consolidatieregeling mag worden toegepast. In ieder geval moet sprake zijn van een belang van minder dan 5%, maar ten minste 0,5%.³¹³ Het is niet duidelijk hoe de term 'belang' in dit verband moet worden opgevat.³¹⁴ Onduidelijk is of moet worden aangesloten bij het geplaatste aandelenkapitaal, de gerechtigdheid tot de winst of de gerechtigdheid tot de liquidatieopbrengsten. Ook hier kunnen toerekeningsproblemen ontstaan als sprake is van verschillende aandelensoorten.

Eerst ga ik in op de doeltreffendheid van de regeling omtrent indirecte verwaterde belangen. Dergelijke belangen zijn onder het toepassingsbereik van de BOF gebracht omdat de regering het onwenselijk achtte dat de faciliteit verloren zou gaan in situaties waarbij het belang enkel door veranderingen in de privéomstandigheden van de aandeelhouder niet meer aan het 5%-criterium voldoet.³¹⁵ Dit standpunt onderschrijf ik. Het doel van de faciliteit is echter om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat liquiditeitsproblemen ontstaan ten gevolge van de erf- of schenkbelastingclaim. In paragraaf 4.4 werd ten aanzien van het meetrek ab en het fictief ab opgemerkt dat het bij belangen van minder dan 5% maar de vraag is of de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk in gevaar kan komen omdat middelen ter voldoening van de erf- of schenkbelastingclaim aan de onderneming onttrokken moeten worden. Voor verwaterde belangen geldt naar mijn mening eveneens dat te betwijfelen valt of het continuïteitsprobleem waarvoor de faciliteit is bedoeld zich wel voordoet. Ook Gubbels en Van Vijfeijken merken in dat kader op dat de regeling voor verwaterde belangen zich niet goed tot de uitgangspunten van de BOF verhoudt.³¹⁶ Daarnaast is de faciliteit uitsluitend bedoeld voor reële bedrijfsopvolgingen. De vraag is of de overdracht van een verwaterd ab als een reële bedrijfsopvolging kan worden beschouwd. Dit is naar mijn mening bij een 5%-belang al discutabel. Het enkel houden van een belang van 5% in het geplaatste kapitaal is naar mijn mening niet voldoende om te kunnen stellen dat sprake is van een

³¹³ Artikel 35c, lid 5, onderdeel b, SW 1956.

³¹⁴ Zie Van der Kroon 2012, paragraaf 3.1 en Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 335.

³¹⁵ Tweede NvW, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p.12.

³¹⁶ Zij geven tevens een voorbeeld waarin een indirect belang van 1,25% bij de overdrager op grond van de regeling voor verwaterde belangen kwalificeert voor de BOF en vragen zich daarbij af hoe de continuïteit van de regeling in gevaar kan komen bij de vererving van een middellijk gehouden belang van slechts 1,25% (Gubbels en Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.2.0.D.e).

ondernemer (zie paragraaf 4.3). De kans dat de houder van een belang van minder dan 5% een 'echte' ondernemer is, acht ik dan ook zeer klein. Het feit dat dergelijke belangen onder het toepassingsbereik van de BOF vallen rijmt mijns inziens niet met het uitgangspunt dat de faciliteit uitsluitend openstaat voor reële bedrijfsopvolgingen. Desalniettemin ben ik mij ervan bewust dat er situaties denkbaar zijn waarin de houder van een belang van minder dan 5% wel degelijk een 'echte' ondernemer is. Tigelaar-Klootwijk is overigens van mening dat het type ab van de erflater of schenker niet relevant is (zie uitgebreider paragraaf 4.5) en stemt derhalve in met de keuze van de regering om dit type belang onder de BOF te brengen.³¹⁷ In paragraaf 7.6 onderzoek ik of en, zo ja, onder welke voorwaarden, de toerekeningsbepaling ten aanzien van verwaterde belangen van toepassing moet blijven.

De regeling kan als doelmatig worden beschouwd als alleen belastingplichtigen die de faciliteit ook echt nodig hebben hier een beroep op kunnen doen. Naarmate de omvang van het belang in een vennootschap afneemt, wordt naar mijn mening ook de kans kleiner dat belastingplichtigen de faciliteit daadwerkelijk nodig hebben omdat zich een liquiditeitsprobleem voordoet. De regering motiveert haar keuze om verwaterde belangen onder de BOF te brengen met de opmerking dat de praktijk het signaal heeft afgegeven dat het 5%-criterium tot problemen zou leiden bij familiebedrijven.^{318, 319} Aangezien het hierbij om belangen met een zeer grote waarde kan gaan die al vele malen van generatie op generatie zijn vererfd, is het goed denkbaar dat de faciliteit daadwerkelijk nodig is.

Een ander punt dat van belang is ten aanzien van de doelmatigheid van de regeling is dat de aanvullende voorwaarden die zijn gesteld met betrekking tot verwaterde belangen de regeling ingewikkelder maken. Hoogwout merkt in dat verband op dat in de situatie van een indirect aanmerkelijk belang twee verschillende criteria van toepassing zijn. Betreft het een indirect belang van ten minste 5%, dan worden de bezittingen en schulden van de dochtervennootschap hoe dan ook toegerekend aan de holding. Gaat het echter om een indirect belang van ten minste 0,5%, maar minder dan 5%, dan moet aan de aanvullende voorwaarden zijn voldaan om de consolidatiebepaling toe te kunnen passen.³²⁰ Ik ben het met Hoogwout eens dat dit de eenvoud van de regeling niet ten goede komt.

Een ander belangrijk punt is de neutraliteit tussen direct en indirect gehouden belangen. De versoepeling voor verwaterde belangen geldt uitsluitend voor indirecte belangen. Ik zie niet in waarom een dergelijke uitzondering niet ook voor directe belangen geldt.

Stel dat vader een direct belang van 6% in het geplaatste kapitaal van een actieve vennootschap houdt en vervolgens aan elk van zijn twee kinderen een belang van 3% schenkt. Als één van de kinderen vervolgens overlijdt en de aandelen krachtens erfrecht op zijn erfgenamen overgaan, is de BOF ten aanzien van de verkrijging van dit 3% belang door de erfgenamen niet van toepassing. Daarvoor is immers vereist dat de aandelen bij de overdrager tot een ab hebben behoord. De uitkomst was anders geweest als vader de aandelen in de betreffende vennootschap door middel van een holding had gehouden en destijds zijn kinderen ieder 50% van de aandelen in de holding had geschonken. In dat geval zou bij het latere overlijden van het kind de toerekeningsbepaling ten aanzien van het indirect gehouden belang van 3% in de actieve

³¹⁷ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 335.

³¹⁸ Tweede NvW, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p.12.

³¹⁹ Een cijfermatige onderbouwing hiervan geeft de regering echter niet.

³²⁰ Hoogwout 2010.

vennootschap van toepassing zijn. Belastingplichtigen worden dus min of meer gedwongen om een holdingstructuur op te tuigen, omdat het direct houden van de aandelen in een vennootschap tot een ongunstigere behandeling voor de BOF leidt. Dit is naar mijn mening niet wenselijk.

6.5 Overige indirecte belangen <5%

In paragraaf 6.2 kwam de vraag op of een deelneming die bij de erflater of schenker geen indirect (verwaterd) ab vormt, op grond van de vermogensetiketteringsregels aan het ondernemingsvermogen van de holding kan worden toegerekend. In 2016 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een zaak waarin deze kwestie ter discussie stond. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de BOF op basis van de vermogensetikettering ook van toepassing kan zijn op een indirect belang van minder dan 5%.³²¹

De casus waar het om ging in het arrest van de Hoge Raad was als volgt. Belanghebbende verkreeg aandelen in een holdingvennootschap die meerdere deelnemingen hield. Elk van deze deelnemingen vormde bij de erflater een indirect ab, met uitzondering van de deelneming in D Ltd, in welke vennootschap de erflater een indirect belang van slechts 4,86% had. Vanwege de consolidatieregeling werden de bezittingen en schulden van de deelnemingen waarin de erflater een indirect ab had toegerekend aan de holding. Niet in geschil was dat de BOF op deze deelnemingen van toepassing was. In geschil was of de BOF kon worden toegepast met betrekking tot de deelneming in D Ltd. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit het geval is. De holdingvennootschap wordt geacht een materiële onderneming te drijven omdat de bezittingen en schulden van de overige deelnemingen aan deze vennootschap kunnen worden toegerekend. Tot het ondernemingsvermogen van deze onderneming kunnen op grond van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de holdingvennootschap zelf horen. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat de situatie waarin het vermogen (in casu de aandelen in D Ltd) wordt gehouden door een kapitaalvennootschap zo veel mogelijk op dezelfde wijze wordt behandeld als de situatie waarin het vermogen toebehoort aan de erflater zelf. De Hoge Raad ziet geen reden om een aandelenbelang hierbij afwijkend te behandelen ten opzichte van andere vermogensbestanddelen die aan de holding toebehoren. Omdat de activiteiten van D Ltd in het verlengde liggen van de activiteiten van de overige deelnemingen, kwalificeert de deelneming in deze situatie als ondernemingsvermogen bij de holdingvennootschap.

In de literatuur wordt veelal ingestemd met het oordeel van de Hoge Raad dat een indirect belang van minder dan 5% op basis van de vermogensetiketteringsregels onder het toepassingsbereik van de BOF kan vallen.³²² Ik sluit mij erbij aan dat de Hoge Raad op grond van de wettekst en de

³²¹ HR 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167.

³²² Zie bijv. Gubbels 2016; Janssen 2016; Rozendal 2016 en Vijfeijken, I.J.F.A. van, noot bij HR 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167. Zie ook S.A. Stevens 2010. Stevens is van mening dat een deelneming van minder dan 5% als ondernemingsvermogen kan worden gekwalificeerd als de deelneming in de lijn van de bedrijfsuitoefening van de holdingvennootschap wordt gehouden. Zie ook Beer 2015. De Beer acht het standpunt van Hof 's-Gravenhage 13 mei 2015, nr. BK-14/00573, V-N 2015/28.21 (hoger beroep voorafgaande aan HR 22 april 2016) dat aandelenbelangen volledig diskwalificeren als consolidatie niet mogelijk is onjuist. De Hoge Raad heeft het Hof niet gevolgd en heeft geoordeeld dat aandelenbelangen van minder dan 5% in dat geval wel kunnen kwalificeren.

systematiek van artikel 35c SW 1956 (r.o. 2.3.1), de parlementaire geschiedenis (r.o. 2.3.2 eerste volzin) en het doel van de wetgever (r.o. 2.3.2 tweede volzin) tot de juiste conclusie is gekomen.³²³

Gevolg van voornoemd arrest van de Hoge Raad was dus dat indirecte aandelenbelangen van minder dan 5% waarop de consolidatieregeling niet van toepassing is op grond van de vermogensetiketteringsregels toch voor de BOF konden kwalificeren. De regering achtte deze uitkomst ongewenst en heeft daarom als reactie op het arrest een nieuw zesde lid toegevoegd aan artikel 35c SW 1956. Dit nieuwe zesde lid luidt als volgt: *Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam.*³²⁴

Eerst ga ik in op de vraag of het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 doeltreffend is. In de literatuur is het wetsvoorstel voor deze wettelijke bepaling niet bepaald met gejuich ontvangen. Zo trekken diverse auteurs³²⁵ het argument van de regering³²⁶ dat het arrest van de Hoge Raad grote budgettaire gevolgen zou hebben in twijfel. Bovendien zijn velen van mening dat de invoering van deze bepaling een nogal overtrokken reactie op het arrest van de Hoge Raad is.³²⁷

Gubbels onderkent dat de gevolgen van het arrest, ondanks de juistheid hiervan, verder gaan dan wenselijk is. Dit komt omdat de diverse voorwaarden die zijn gesteld aan de kwalificatie van aandelenbelangen voor de BOF, zoals de bezitseis, het voortzettingsvereiste en de specifieke voorwaarden die zijn gesteld ten aanzien van de verkrijging van preferente aandelen, zijn gekoppeld aan het (indirecte) ab. Op indirecte belangen van minder dan 5% die op basis van de vermogensetiketteringsregels aan het ondernemingsvermogen van de holding worden toegerekend zijn de voorwaarden die moeten bewerkstelligen dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen onder de faciliteit vallen derhalve niet van toepassing.³²⁸ Dit zou bijvoorbeeld het ongewenste gevolg kunnen hebben dat een krachtens erfrecht of schenking verkregen deelneming binnen vijf jaar na de verkrijging kan worden vervreemd zonder dat dit tot terugname van de faciliteit leidt. Een ander belangrijk kenmerk van de BOF is bovendien dat deze uitsluitend van toepassing is ten aanzien van de verkrijging van ondernemingsvermogen. Ook dit uitgangspunt heeft geen werking in de situatie dat een deelneming op grond van de regels van de vermogensetikettering kwalificeert.³²⁹ Dat betekent dat als in de vennootschap waarin het indirecte belang wordt gehouden beleggingsvermogen aanwezig is, dit beleggingsvermogen ook tot het ondernemingsvermogen van de holding wordt gerekend. Dit is uiteraard geen wenselijke situatie. Hierbij dient de nuancering te worden aangebracht dat de vennootschap waarin het indirecte belang wordt gehouden slechts als ondernemingsvermogen kan worden aangemerkt als deze een materiële onderneming drijft en de activiteiten van de deelneming in het verlengde liggen van de ondernemingsactiviteiten van het concern.³³⁰ Het is dus niet zo dat het vermogen van een beleggingsdeelneming op grond van het arrest aan het ondernemingsvermogen van de holding zou kunnen worden toegerekend. Hoewel het arrest van de Hoge Raad dus wel degelijk een aantal ongewenste gevolgen heeft, moeten deze

³²³ Zie ook Rozendal 2016.

³²⁴ Het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 is ingevoerd bij Wet van 21 december 2016, OFM 2017, *Stb.* 2016, 545 en heeft terugwerkende kracht naar 1 juli 2016.

³²⁵ Zie o.a. Boer 2016, Gubbels 2016 en Janssen 2016.

³²⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 553, nr. 3, p. 37.

³²⁷ Zie bijv. Boer 2016, Gubbels 2016 en Janssen 2016.

³²⁸ Gubbels 2016, paragraaf 2.

³²⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 553, nr. 3, p. 9-11.

³³⁰ Gubbels 2016, paragraaf 2.

gevolgen niet worden overschat. Gubbels merkt in dat kader op dat het arrest enkel gevolgen heeft in het geval dat de holding van een concern al een materiële onderneming wordt geacht te drijven omdat de activiteiten van een dochtervennootschap aan deze holding worden toegerekend. Dit betekent dat er naast de dochtervennootschap waarin de erflater of schenker een belang van minder dan 5% houdt nog ten minste één andere dochter aanwezig moet zijn die een materiële onderneming drijft, waarin de erflater of schenker wel een indirect ab heeft.³³¹

In het voorgaande heb ik aangegeven het oordeel van de Hoge Raad dat een deelneming op basis van de regels voor de vermogensetikettering tot het ondernemingsvermogen van de holding kan worden gerekend te onderschrijven. Gelet op de systematiek van de regeling is deze uitkomst mijns inziens juist. Dit betekent echter niet dat de uitkomst ook doeltreffend is. Zoals ik in paragraaf 4.3 heb aangegeven, is het naar mijn mening bij een belang van minder dan 5% maar de vraag of zich daadwerkelijk een liquiditeitsprobleem voordoet. Bovendien is een belang van minder dan 5% naar mijn mening te laag om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken (zie ook paragraaf 4.3). Het feit dat de holding geacht wordt een onderneming te drijven en dat de activiteiten van de deelneming in het verlengde liggen van de activiteiten van deze onderneming doet hier niet aan af. Het is naar mijn mening dan ook niet doeltreffend dat een belang van minder dan 5% voor de BOF zou kunnen kwalificeren. Artikel 35c, zesde lid, SW 1956 voorkomt dat de verkrijging van een dergelijk belang voor de BOF in aanmerking komt en kan naar mijn mening dan ook als doeltreffend worden beschouwd.

Het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 kan naar mijn mening als doelmatig worden beschouwd. De inhoud van de bepaling is duidelijk. De regeling wordt mijns inziens niet ingewikkelder door de invoering van het nieuwe zesde lid. Ook voorkomt de bepaling dat belastingplichtigen een beroep op de faciliteit kunnen doen terwijl zij deze niet nodig hebben. Een belang in een ander lichaam wordt immers niet als ondernemingsvermogen aangemerkt. Zodoende kan geen discussie ontstaan omtrent de vraag of de verkrijgers van het betreffende belang de faciliteit wel daadwerkelijk nodig hebben. Bovendien is deze bepaling volgens de regering nodig om hoge administratieve lasten en uitvoeringskosten voor de Belastingdienst te voorkomen. Als deelnemingen op grond van de vermogensetiketteringsregels zouden kunnen kwalificeren, zou voor ieder belang van minder dan 5% eerst getoetst moeten worden of deze tot het ondernemingsvermogen van de holding behoort en zou vervolgens, als aan deze voorwaarde is voldaan, moeten worden getoetst welke bezittingen en schulden van de deelneming tot het ondernemingsvermogen van de holding moeten worden gerekend.³³² Hoewel ik het met de regering eens ben dat het zesde lid van artikel 35c SW 1956 een additionele uitvoeringslast voorkomt, moet dit effect mijns inziens ook weer niet worden overschat.

Ten aanzien van de neutraliteit is van belang dat het wetsvoorstel is ontworpen vanuit het uitgangspunt dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verkrijging van directe en indirecte belangen.³³³ Omdat een direct gehouden belang van minder dan 5% niet kwalificeert, zou vanuit dit standpunt hetzelfde moeten gelden voor indirect gehouden belangen van minder dan 5%. Naar mijn mening is de regering er met de invoering van het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW

³³¹ Gubbels 2016, paragraaf 3.

³³² MvA, *Kamerstukken I* 2016/17, 34 552, E, p. 60.

³³³ MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 553, nr. 3, p. 10-11.

1956 in geslaagd om neutraliteit tussen direct en indirect gehouden belangen van minder dan 5% te bereiken. Hierbij moet worden opgemerkt dat vanwege de kwalificatie van het soort ab en het fictief ab ook een direct gehouden belang van minder dan 5% onder de BOF kan vallen. Als de regering het uitgangspunt dat belangen van minder dan 5% niet onder de BOF mogen vallen consistent wil doorvoeren, zouden deze typen ab's ook moeten worden uitgezonderd.³³⁴

De keuze van de regering om direct en indirect gehouden belangen van minder dan 5% op dezelfde wijze te behandelen heeft tot een afwijkende behandeling van ab-houders en IB-ondernemers geleid. Een door een IB-ondernemer gehouden belang in een vennootschap dat in het verlengde ligt van zijn ondernemingsactiviteiten wordt wel tot het ondernemingsvermogen gerekend, ongeacht de omvang van het belang.³³⁵ De ab-houder wordt na de wetswijziging dus nadeliger behandeld dan de IB-ondernemer. Gubbels is van mening dat de rechtsvormneutraliteit in dit geval zwaarder zou moeten wegen dan de neutraliteit tussen direct en indirect gehouden belangen.³³⁶ Hier sluit ik mij bij aan. Naar mijn mening is het niet te rechtvaardigen dat een IB-ondernemer de BOF kan toepassen ten aanzien van een bepaald vermogensbestanddeel, terwijl een ab-houder ten aanzien van exact hetzelfde vermogensbestanddeel geen recht heeft op de faciliteit.

Ten slotte is naar mijn mening nog de neutraliteit tussen verschillende vermogensbestanddelen van belang. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat van het ondernemingsvermogen van een holding die op grond van artikel 35c, vijfde lid, SW 1956 geacht wordt een onderneming te drijven op basis van de vermogensetiketteringsregels ook vermogensbestanddelen van de holding zelf deel kunnen uitmaken.³³⁷ De Hoge Raad heeft naar mijn mening op basis hiervan dan ook juist geoordeeld dat er geen reden is om een deelneming hierbij afwijkend te behandelen ten opzichte van andere vermogensbestanddelen.³³⁸ Het nieuwe zesde lid van artikel 35c leidt er juist wel toe dat een deelneming anders wordt behandeld dan andere vermogensbestanddelen. Dit is mijns inziens van negatieve invloed op de neutraliteit van de regeling. De afwijkende behandeling van verschillende vermogensbestanddelen kan bovendien tot gevolg hebben dat belastingplichtigen hun gedrag gaan aanpassen om aan de gevolgen van deze bepaling te ontkomen. In de parlementaire geschiedenis is het volgende opgemerkt: *“Indien door de belastingplichtige aannemelijk kan worden gemaakt dat sprake is van overtollige middelen, zoals bijvoorbeeld het door deze leden genoemde bijeengespaard vermogen dat is bestemd voor de aanschaf van een bedrijfspand of een overname die aansluit bij de bestaande ondernemingsactiviteit, is sprake van ondernemingsvermogen.”*³³⁹ Gubbels wijst er naar mijn mening terecht op dat de wetswijziging tot de opmerkelijke uitkomst leidt dat vermogen dat wordt aangehouden om te investeren in een deelneming van minder dan 5% waarvan de activiteiten in het verlengde liggen van de activiteiten van de holding kwalificeren als ondernemingsvermogen, terwijl de deelneming zelf vervolgens als beleggingsvermogen wordt aangemerkt.³⁴⁰ De Beer en Overduin wijzen er in dat kader op dat het in bepaalde gevallen voordelig kan zijn om niet-kwalificerende indirecte belangen voorafgaand aan de schenking of vererving te verkopen. Liquide middelen die niet blijvend overtollig zijn, kwalificeren immers in tegenstelling tot de deelneming zelf wel als ondernemingsvermogen.³⁴¹

³³⁴ Zie ook Gubbels 2016, paragraaf 3.

³³⁵ Zie ook Gubbels 2016, paragraaf 3.

³³⁶ Gubbels 2016, paragraaf 3.

³³⁷ NnavnV, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 27.

³³⁸ HR 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167, r.o. 2.3.2.

³³⁹ NnavV (bedrijfsopvolgingsfaciliteiten inkomstenbelasting), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, p. 11-12.

³⁴⁰ Gubbels 2016, paragraaf 3.

³⁴¹ De Beer & Overduin 2017.

Ook op dit punt beïnvloedt het zesde lid van artikel 35c SW 1956 de neutraliteit van de regeling naar mijn mening dan ook in negatieve zin.

6.6 Samenvatting/tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de kwalificatie van indirect gehouden belangen voor de BOF getoetst op doeltreffendheid, doelmatigheid en neutraliteit. De toetsingsresultaten worden in onderstaand schema weergegeven. De in het schema gebruikte symbolen hebben de volgende betekenis:

++	→	Sterk positief
+	→	Positief
+/-	→	Neutraal
-	→	Negatief
--	→	Sterk negatief

Doeltreffendheid	Het houden van een indirect belang van 5% in het geplaatste kapitaal van een vennootschap is al voldoende om voor de BOF in aanmerking te komen. Dit is naar mijn mening niet in overeenstemming met het uitgangspunt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden.	--
	Een indirect gehouden soort ab kwalificeert voor de BOF. Aangezien het hier om belangen van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal gaat, zal van een 'echte' ondernemer niet snel sprake zijn. Dit acht ik niet doeltreffend.	--
	Indirecte belangen kunnen niet worden meegesleept. Dergelijke belangen kwalificeren dan ook niet voor de BOF. Dit is, gelet op het uitgangspunt dat uitsluitende reële bedrijfsopvolgingen dienen te kwalificeren, een wenselijke uitkomst als het meeslepende belang een soort ab is. Als de houder van het potentiële meeslepende belang echter als ondernemer kan worden gezien, is er geen reden om zijn overige belangen in die vennootschap uit te sluiten.	--
	Een indirect meetrek ab kwalificeert niet voor de BOF. Dit is doeltreffend, omdat de houder van een belang van minder dan 5% niet als ondernemer kan worden gezien.	++
	Een indirect fictief ab kwalificeert niet voor de BOF. Dit is doeltreffend, omdat het evenals bij het meetrek ab om dermate kleine belangen gaat dat van een echte ondernemer mijns inziens geen sprake is.	++
	Verwaterde belangen van ten minste 0,5% kwalificeren onder voorwaarden voor de BOF. Bij zulke kleine belangen is het maar de vraag of wel sprake is van een continuïteitsprobleem. Bovendien kan naar mijn mening niet van een reële bedrijfsoverdracht worden gesproken. Ik acht het dan ook niet doeltreffend dat verwaterde belangen onder de BOF zijn gebracht.	--
	Het zesde lid van artikel 35c, SW 1956 voorkomt dat indirecte belangen van minder dan 5% voor de BOF kunnen kwalificeren. Dit acht ik doeltreffend.	++
Doelmatigheid	De afwijkende behandeling van verschillende typen indirecte ab's maakt de regeling ingewikkeld. De complexiteit neemt nog eens toe door het feit dat bepaalde typen ab's anders worden behandeld in het geval dat ze direct worden gehouden dan in het geval dat ze indirect worden gehouden.	--
	Als alleen de aandelen in een dochtervennootschap worden geschonken en niet de aandelen in de holding, moet toch de waarde van het gehele concern in acht worden genomen voor de bepaling van de omvang van de 100% vrijstelling. Dit leidt tot een extra last in de uitvoering. Deze extra last is naar mijn mening evenwel onvermijdelijk.	-

	Het is onduidelijk hoe moet worden omgegaan met de situatie dat op verschillende niveaus binnen een concern verschillende aandelensoorten worden gehouden. Dit beïnvloedt de doelmatigheid van de regeling in negatieve zin.	--
	De aanvullende voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om ten aanzien van een indirect verwaterd belang de consolidatieregeling toe te kunnen passen, maken de regeling ingewikkelder.	-
Neutraliteit	Een indirect gehouden 'echt' ab als bedoeld in artikel 4.6 Wet IB 2001 wordt op dezelfde wijze behandeld als een direct gehouden 'echt' ab. Beide varianten kwalificeren voor de BOF.	++
	Een indirect gehouden soort ab als bedoeld in artikel 4.7 Wet IB 2001 kwalificeert evenals een direct gehouden soort ab voor de BOF.	++
	Een direct meesleep ab kwalificeert voor de BOF, terwijl indirecte belangen niet meegesleept kunnen worden en derhalve niet voor de BOF kunnen kwalificeren. Deze inconsistente behandeling acht ik niet wenselijk.	--
	Een indirect meetrek ab kwalificeert evenals een direct meetrek ab niet voor de BOF.	++
	Een indirect gehouden fictief ab kwalificeert niet voor de BOF, terwijl een direct gehouden fictief ab wel kwalificeert. Mijns inziens dienen directe en indirecte belangen van hetzelfde type consistent te worden behandeld.	--
	De regeling voor verwaterde belangen is alleen van toepassing op verwaterde belangen die door middel van een holding worden gehouden. Verwaterde direct gehouden belangen kwalificeren niet voor de BOF.	--
	Het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 is in lijn met het uitgangspunt dat direct en indirect gehouden belangen op dezelfde wijze moeten worden behandeld. Zowel direct als indirect gehouden belangen van minder dan 5% zijn uitgesloten van de BOF. Teneinde volledige neutraliteit te bereiken zouden ook het soort ab en het fictief ab moeten worden uitgesloten van de BOF.	+
	Het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 maakt inbreuk op de rechtsvormneutraliteit. Een door een IB-ondernemer gehouden belang in een vennootschap kwalificeert, ongeacht de omvang van het belang, als ondernemingsvermogen voor de BOF. Een door een ab-houder direct of indirect gehouden belang van minder dan 5% kwalificeert niet.	--
	Het nieuwe zesde lid van artikel 35c SW 1956 leidt ertoe dat een deelneming niet tot het ondernemingsvermogen van een holding die op grond van artikel 35c, vijfde lid, SW 1956 geacht wordt een onderneming te drijven kan worden gerekend, terwijl dit wel geldt voor andere vermogensbestanddelen. Dit brengt tevens met zich dat de bepaling onder omstandigheden kan worden omzeild door een niet-kwalificerend belang voorafgaand aan het overlijden of de schenking te verkopen.	-

Hoofdstuk 7 – Aanbevelingen

7.1 Inleiding

In de hoofdstukken 4, 5 en 6 is de juistheid van de kwalificatie van tot een ab behorende vermogensbestanddelen voor de BOF onderzocht aan de hand van de in paragraaf 1.3 opgenomen toetsingscriteria. In de samenvattingen/tussenconclusies van deze hoofdstukken zijn de toetsingsresultaten steeds in een schema opgenomen. Gebleken is dat de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF diverse knelpunten met zich brengt. Op basis van deze bevindingen wordt in dit hoofdstuk onderzocht welke aanbevelingen kunnen worden gedaan ter verbetering van de BOF met betrekking tot de kwalificatie van ab-vermogen. Hierbij is de weging van de toetsingscriteria van belang. Zoals ik in paragraaf 1.3 heb aangegeven ken ik het meeste gewicht toe aan de neutraliteit. De doeltreffendheid en de doelmatigheid wegen even zwaar.

In paragraaf 7.2 en 7.3 staan de voorwaarden ten aanzien van de overdrager respectievelijk de verkrijger centraal. In paragraaf 7.4 geef ik aan op welke wijze de regeling ten aanzien van preferente aandelen kan worden verbeterd. De kwalificerende medegerechtigdheid komt in paragraaf 7.5 aan bod. In paragraaf 7.6 doe ik een aanbeveling met betrekking tot verwaterde belangen en in paragraaf 7.7 doe ik een aanbeveling ten aanzien van een indirect gehouden belang van minder dan 5% waarop de toerekeningsbepaling ex artikel 35c, lid 5, SW 1956 niet van toepassing is. Ten slotte neem ik in paragraaf 7.8 een voorstel op voor een nieuwe tekst van artikel 35c SW 1956, zoals deze zou kunnen komen te luiden met inachtneming van de in dit hoofdstuk aangedragen verbeteringen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting/tussenconclusie in paragraaf 7.9.

7.2 Voorwaarden aan de overdrager

Een belang in een kapitaalvennootschap kwalificeert voor de BOF indien het belang bij de erflater of schenker tot een ab als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 behoorde, met uitzondering van het meetrek ab ex artikel 4.10 Wet IB 2001. Het stellen van eisen aan het belang van de overdrager is naar mijn mening noodzakelijk om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken.³⁴² Als de erflater of schenker niet als echte ondernemer kan worden aangemerkt, zou de BOF mijns inziens niet van toepassing moeten zijn (zie ook paragraaf 4.3). Gebleken is dat de eisen die momenteel aan het belang van de overdrager worden gesteld niet doeltreffend zijn. De aansluiting bij de ab-regeling leidt ertoe dat de overdrager lang niet altijd een echte ondernemer hoeft te zijn. Ook op het punt van doelmatigheid schiet de regeling tekort, omdat onder de huidige opzet de kans vrij groot is dat belastingplichtigen een beroep op de faciliteit doen, terwijl zij deze niet nodig hebben. Bovendien laat de neutraliteit van de regeling nogal wat te wensen over. De huidige opzet nodigt uit tot het omzetten van een niet-kwalificerend belang in een belang dat wel kwalificeert, bijvoorbeeld door het creëren van een soort ab.

Het voorgaande roept de vraag op of de aansluiting bij het ab-regime in de Wet IB 2001 wel in stand moet blijven. Groot voordeel van deze koppeling is dat eenvoudig vastgesteld kan worden of sprake is van een kwalificerend ab. Hoewel het optimaal zou zijn om per individueel geval vast te stellen of sprake is van een ondernemer, is aansluiting bij een objectief criterium mijns inziens onvermijdelijk

³⁴² Dit in tegenstelling tot Tigelaar-Klootwijk. Zij is van mening dat het type ab van de overdrager er niet toe doet en dat de uitsluiting van het meetrek ab derhalve kan vervallen (Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407).

met het oog op de uitvoerbaarheid van de regeling.³⁴³ Het ab-begrip in de Wet IB 2001 is naar mijn mening echter niet het juiste criterium, gezien de ongewenste resultaten die dit tot gevolg heeft (zie paragraaf 4.6).

Het voor de ab-regeling gehanteerde 5%-criterium beïnvloedt de doeltreffendheid van de regeling in negatieve zin. Zoals ik in paragraaf 4.3 heb aangegeven, moet mijns inziens ten aanzien van de overdrager zowel sprake zijn van betrokkenheid als van winstgerechtigdheid om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken.³⁴⁴ Bij de houder van een 5%-belang is het naar mijn mening maar zeer de vraag of hij de winstgevendheid van de onderneming zodanig kan beïnvloeden dat van een reële bedrijfsopvolger kan worden gesproken.³⁴⁵ Ook Tigelaar-Klootwijk is van mening dat een belang van 5% te laag is om van een ondernemer te kunnen spreken. Zij vindt een percentage van 20% hier beter bij aansluiten, maar stelt terecht dat elke grens arbitrair is. Zij is overigens van mening dat het 5%-criterium voor de overdrager behouden kan blijven, omdat het vanuit het continuïteitsprincipe niet relevant is welk type ab de overdrager heeft. Naar haar mening is het voldoende als de verkrijger als ondernemer kan worden beschouwd, omdat het de verkrijger is die uiteindelijk de belasting moet betalen. Ten aanzien van de overdrager acht zij het huidige 5%-criterium voldoende.³⁴⁶ Stubbé vraagt zich eveneens af of het 5%-criterium niet te laag is voor de kwalificatie van een aandelenbelang voor de BOF. Hij stelt voor om van de overdrager een belang van een derde in het aandelenkapitaal van een BV te eisen.³⁴⁷ Het voorstel van Tigelaar-Klootwijk spreekt mij meer aan dan het voorstel van Stubbé. Een belang van een derde is naar mijn mening wel weer erg hoog. In de situatie dat de onderneming door meer dan drie personen zou worden gedreven, zou dan al geen aanspraak op de BOF kunnen worden gemaakt. Dit acht ik niet wenselijk. Naar mijn mening zou een percentage tussen 15 en 25 geschikt zijn. Zoals Tigelaar-Klootwijk terecht opmerkt is het aan de wetgever om het percentage te bepalen.³⁴⁸ Dat het percentage een flink stuk hoger zou moeten zijn dan 5 is in ieder geval duidelijk. Dit betekent dat de verwijzing naar afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 zou moeten vervallen.

Het niet langer aansluiten bij het ab-regime zou de regeling mijns inziens doeltreffender maken, zonder dat dit tot een verminderde doelmatigheid leidt. De regeling zal enerzijds weliswaar iets ingewikkelder worden, omdat het houden van een ab in de zin van de Wet IB 2001 niet meer betekent dat ook sprake is van een kwalificerend ab voor de BOF. Dit heeft tot gevolg dat voor de toepassing van de BOF apart getoetst moet worden of sprake is van een kwalificerend belang. Anderzijds wordt de regeling juist eenvoudiger, omdat de afwijkende behandeling van verschillende typen ab's niet meer aan de orde is. Daarnaast zal de faciliteit door verhoging van het percentage naar 20 mijns inziens minder snel kunnen worden gebruikt in situaties dat deze eigenlijk niet nodig is. Het positieve effect op de doelmatigheid heft het negatieve effect naar mijn mening op.

³⁴³ Tigelaar-Klootwijk merkt in dat kader op dat de intentie van de aandeelhouder van belang is om te kunnen vaststellen of sprake is van een ondernemer. Omdat dit onuitvoerbaar is, moet volgens haar toch worden aangesloten bij een objectief criterium (Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 114).

³⁴⁴ Ook Tigelaar-Klootwijk is van mening dat om van een ondernemer te kunnen spreken zowel sprake moet zijn van zeggenschap als winstgerechtigdheid. Omdat het bij een 5%-belang maar zeer de vraag is in hoeverre aan deze eisen is voldaan, is het 5%-criterium naar haar mening te laag om van een ondernemer te kunnen spreken. Ten aanzien van de overdrager acht zij een 5%-belang evenwel voldoende (Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 114 en 393-394).

³⁴⁵ Zie ook De Beer 2010, paragraaf 5.1.2.1.

³⁴⁶ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407.

³⁴⁷ Zijn voorstel ziet uitsluitend op de overdrager en niet op de verkrijger (Stubbé 2008).

³⁴⁸ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407.

In het vervolg van dit hoofdstuk neem ik, zoals Tigelaar-Klootwijk heeft voorgesteld, een percentage van 20 als uitgangspunt. Indien de erflater of schenker niet alleen, maar wel tezamen met zijn partner een belang van ten minste 20% in het geplaatste kapitaal van de vennootschap bezit, zou de BOF mijns inziens ook van toepassing moeten zijn. Onder de huidige regelgeving worden de belangen van partners ook samengeteld voor de vaststelling of sprake is van een ab.³⁴⁹ Hierbij is het partnerbegrip als bedoeld in artikel 1.2 van de Wet IB 2001 leidend. In de nieuwe situatie zou ik uit willen gaan van het in artikel 1a SW 1956 gehanteerde partnerbegrip.³⁵⁰ Als de verwijzing naar de Wet IB 2001 komt te vervallen, lijkt het mij niet logisch om voor de toepassing van de BOF nog wel bij het aldaar gehanteerde partnerbegrip aan te sluiten.³⁵¹

Nu is gebleken dat voor de vraag of sprake is van een voor de BOF kwalificerend belang niet meer zou moeten worden aangesloten bij de ab-regeling in de Wet IB 2001 komt de vraag op welke vermogenstitels zouden moeten (blijven) kwalificeren. In paragraaf 4.3 heb ik aangegeven dat de houders van koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten mijns inziens niet als ondernemer kunnen worden beschouwd, aangezien het hier om personen gaat die wel de opbrengsten uit de onderneming genieten, maar de winstgevendheid hiervan zelf niet beïnvloeden. Ook winstrechtloze en stemrechtloze aandelen zouden mijns inziens niet voor de BOF moeten kwalificeren. Het ontbreekt de houders van deze aandelensoorten immers ofwel aan winstgerechtigdheid ofwel aan zeggenschap. Ik stel dan ook voor om nog uitsluitend gewone aandelen voor de BOF te laten kwalificeren. Hiermee wordt enerzijds meer recht gedaan aan het uitgangspunt dat sprake moet zijn van een reële bedrijfsopvolging en wordt tegelijkertijd bereikt dat belastingplichtigen minder snel hun gedrag zullen aanpassen om de BOF (optimaal) te kunnen benutten, bijvoorbeeld door het uitreiken van certificaten aan niet-opvolgers.

Hetgeen in het voorgaande is opgemerkt is alleen van toepassing op direct gehouden belangen. Op grond van de toerekeningsbepaling ex artikel 35c, lid 5, SW 1956 kunnen de bezittingen en schulden van een vennootschap waarin de erflater of schenker een indirect belang heeft worden toegerekend aan het vermogen van de holding. Dit moet naar mijn mening zo blijven om een gelijke behandeling van direct en indirect gehouden belangen te behouden. Wel geldt ook hier dat de erflater of schenker een indirect belang van ten minste 20% in plaats van 5% in het geplaatste aandelenkapitaal van de betreffende vennootschap moet houden.

Het niet langer aansluiten bij het ab-begrip in de Wet IB 2001 heeft tot gevolg dat het soort ab, het meesleep ab en het fictief ab ook niet meer kwalificeren voor de BOF. De vraag is of dit wenselijk is.

In paragraaf 4.4 heb ik geconstateerd dat het feit dat het (indirect gehouden) soort ab kwalificeert voor de BOF zowel op de doeltreffendheid als op de neutraliteit van de regeling van negatieve invloed is. Omdat het bij een soort ab gaat om een belang van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal, is naar mijn mening geen sprake van een reële bedrijfsoverdracht (zie ook paragraaf 4.4). Een niet-kwalificerend belang kan momenteel bovendien door het creëren van een soort ab eenvoudig worden omgezet in een belang dat wel kwalificeert. De BOF kan derhalve worden toegepast in situaties waarvoor deze niet is bedoeld. Daarnaast kunnen problemen met de

³⁴⁹ Artikel 4.6 Wet IB 2001.

³⁵⁰ Artikel 1a SW 1956.

³⁵¹ Het in de SW 1956 gehanteerde partnerbegrip is beperkter dan het in artikel 1.2 Wet IB 2001 gehanteerde begrip. Naar mijn mening volstaat het partnerbegrip in de zin van de SW 1956 voor de samentelling van belangen in het kader van de toepassing van de BOF.

toerekening ontstaan in het geval dat op verschillende niveaus in een holdingstructuur verschillende soorten aandelen worden gehouden (zie paragraaf 6.3), hetgeen van negatieve invloed is op de doelmatigheid van de regeling. Het feit dat dit type belang niet langer kwalificeert omdat de aansluiting bij de ab-regeling in de Wet IB 2001 vervalt, beïnvloedt naar mijn mening zowel de neutraliteit als de doeltreffendheid en de doelmatigheid van de regeling in positieve zin.

Ook het meesleep ab als bedoeld in artikel 4.9 Wet IB 2001 kwalificeert onder de huidige regeling op basis van de aansluiting bij het ab-regime voor de BOF. De meesleepregeling geldt alleen voor direct gehouden belangen. Indirect gehouden belangen kunnen niet worden meegesleept (zie paragraaf 6.3). Ik acht het juist dat als een persoon reeds een kwalificerend belang in een vennootschap heeft, ook zijn overige vermogensbestanddelen in die vennootschap kwalificeren voor de BOF. Als niet langer wordt aangesloten bij het ab-begrip in de Wet IB 2001, kwalificeert een meesleep ab zonder nadere bepalingen niet langer voor de BOF. Het is daarom de vraag of in de nieuwe regeling een bepaling moet worden opgenomen op grond waarvan een dergelijk belang alsnog kwalificeert. Om dit te kunnen bepalen, is van belang of de meesleepregeling nog nut heeft, gelet op de in het voorgaande gedane aanbeveling om koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten niet langer te laten kwalificeren. Zwier omschrijft de strekking van artikel 4.9 als volgt: *“Art. 4.9 heeft effect voor de overige vermogenstitels waarin rechten die betrekking hebben op de vennootschap zijn belichaamd waarin de aandeelhouder al een aanmerkelijk belang heeft. Zij behoren ook tot het aanmerkelijk belang van die aandeelhouder.”*³⁵² De meesleepregeling komt dus alleen aan de orde als sprake is van diverse vermogenstitels. Aangezien ik in het voorgaande tot de conclusie ben gekomen dat uitsluitend gewone aandelenbelangen nog voor de BOF zouden moeten kwalificeren, zal een met de meesleepregeling vergelijkbare bepaling niet van toegevoegde waarde zijn in het kader van de BOF. Het is dan ook geen probleem dat dit type belang niet langer voor de BOF kwalificeert.

Het meetrek ab ex artikel 4.10 Wet IB 2001 is reeds expliciet uitgesloten van de BOF in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956. Dit geldt zowel ten aanzien van directe als indirecte belangen. Het niet langer aansluiten bij de ab-regeling heeft dus geen gevolgen voor het meetrek ab. Dit is naar mijn mening een wenselijke uitkomst, omdat de houder van een meetrek ab niet als ondernemer kan worden beschouwd (zie paragraaf 4.5).

Tenslotte kwalificeert een fictief ab voor de BOF, mits het om een direct gehouden belang gaat. Een indirect gehouden fictief ab kwalificeert niet, hetgeen van negatieve invloed is op de neutraliteit van de regeling. In het voorgaande heb ik aangegeven dat het fictief ab niet onder het toepassingsbereik van de BOF zou moeten vallen, ongeacht of het om een direct of een indirect belang gaat. De overdracht van een fictief ab kan mijns inziens niet als reële bedrijfsoverdracht worden beschouwd (zie paragraaf 4.5 voor directe en 6.3 voor indirecte belangen). Het is naar mijn mening zowel met het oog op de neutraliteit als op de doeltreffendheid van de regeling dan ook een wenselijke uitkomst dat dit type ab, vanwege het laten vervallen van de aansluiting bij de ab-regeling, niet langer kwalificeert voor de BOF.

7.3 Voorwaarden aan de verkrijger

In paragraaf 4.3 is gebleken dat artikel 35c SW 1956 geen voorwaarden aan het belang van de verkrijger van het ondernemingsvermogen stelt. Uitsluitend ten aanzien van de overdrager zijn eisen

³⁵² Zwier, R.E., NDFR Commentaar artikel 4.9 Wet IB 2001 Meesleepregeling, bijgewerkt tot 20 maart 2017.

gesteld. Dit heeft zowel op de neutraliteit als op de doeltreffendheid van de regeling een negatieve invloed.

Omdat er geen eisen aan de verkrijger zijn gesteld, is het mogelijk een belang toe te kennen aan een niet-opvolger, zodat deze alsnog kan meedelen in de faciliteit. Zoals ik heb aangegeven, is de neutraliteit van de regeling voor mij de zwaarstwegende factor. Ik ben dan ook van mening dat er eisen aan de verkrijger zouden moeten worden gesteld die dergelijke gedragsveranderingen bij belastingplichtigen moeten voorkomen.

Het ontbreken van voorwaarden aan de verkrijger is tevens van negatieve invloed op de doeltreffendheid van de regeling. De Beer merkt terecht op dat ook verkrijgers die feitelijk geen bedrijfsopvolger zijn recht hebben op de faciliteiten.³⁵³ Dit acht ik niet wenselijk, aangezien uitsluitend sprake is van een reële bedrijfsopvolging als de verkrijger de onderneming voortzet als ondernemer (zie ook paragraaf 4.3).³⁵⁴ Tigelaar-Klootwijk is daarom van mening dat aanvullende voorwaarden moeten worden gesteld aan de verkrijger. Zij merkt naar mijn mening terecht op dat de verkrijger op een bepaalde manier betrokken moet zijn bij de onderneming om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken. Daarom stelt zij voor ten aanzien van de verkrijger te eisen dat deze ten minste 20% van de gewone aandelen moet bezitten om in aanmerking te komen voor de BOF.³⁵⁵ Ik sluit mij aan bij het standpunt van Tigelaar-Klootwijk dat de verkrijger een bepaald belang in de vennootschap moet bezitten om als bedrijfsopvolger te kunnen worden aangemerkt. Hoe groot dit belang precies moet zijn, is evenals voor van het belang van de overdrager lastig te bepalen. Met betrekking tot de overdrager heb ik aangegeven een percentage tussen de 15 en 25 redelijk te vinden. Het lijkt mij logisch om ten aanzien van de verkrijger hetzelfde bezit te eisen als ten aanzien van de overdrager. Zowel de overdrager als de verkrijger moet immers als ondernemer kunnen worden aangemerkt om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken (zie paragraaf 4.3). Zoals in paragraaf 7.2 is opgemerkt, is het vaststellen van een percentage arbitrair en is het aan de wetgever om dit te bepalen. In het vervolg sluit ik mij aan bij het voorstel van Tigelaar-Klootwijk om van de verkrijger een bezit van 20% van de gewone aandelen te eisen. Deze voorwaarde moet zowel ten aanzien van een direct gehouden belang als bedoeld in artikel 35c, lid 1, onderdeel c, SW 1956 als ten aanzien van een indirect gehouden belang als bedoeld in het vijfde lid van dat artikel van toepassing zijn. Mijns inziens is het voldoende om te eisen dat de verkrijger na de verkrijging een (indirect) belang van 20% van de gewone aandelen bezit. Als hij voorafgaand aan de vererving of schenking reeds 15% van de aandelen bezat en een 5%-belang verkrijgt, zou de faciliteit naar mijn mening ten aanzien van de verkrijging van het 5%-belang van toepassing moeten zijn. Uiteraard moet dit belang bij de erflater of schenker dan wel (indirect) tot een belang van ten minste 20% hebben behoord.

Naast de doeltreffendheid zou ook de neutraliteit van de regeling verbeteren als de verkrijger een bepaald belang in de onderneming moet hebben om aanspraak te kunnen maken op de BOF. Zo zal het uitreiken van belangen aan niet-opvolgers minder aantrekkelijk worden naarmate het vereiste belang groter wordt. Een toename van het belang gaat immers gepaard met een toename van de zeggenschap. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de daadwerkelijke opvolgers ermee in zullen stemmen dat aan de niet-opvolgers een belang van 20% wordt toegekend.

³⁵³ De Beer 2009, paragraaf 2.

³⁵⁴ Zie ook De Beer 2010, paragraaf 4.2.

³⁵⁵ Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 407-408.

7.4 Preferente aandelen

Omdat de regering van mening is dat de preferente aandeelhouder meer als kapitaalverstrekker dan als ondernemer moet worden gezien, kwalificeren preferente aandelen slechts onder voorwaarden voor de BOF.³⁵⁶ Ik ben het met de regering eens dat de preferente aandeelhouder niet zonder meer als ondernemer kan worden aangemerkt (zie ook paragraaf 5.2). Desondanks ben ik van mening dat de verkrijging van preferente aandelen wel voor de BOF moet kwalificeren als deze onderdeel uitmaakt van een reële bedrijfsopvolging. Dit is mijns inziens het geval als de overdrager voordat de preferente aandelen werden gecreëerd wel aan beide criteria voldeed en derhalve een echte ondernemer is geweest. Uiteraard moet ook de verkrijger ondernemer zijn.

In paragraaf 5.5 is geconcludeerd dat de voorwaarden dat de preferente aandelen een omzetting moeten vormen van eerder door de erflater of schenker gehouden gewone aandelen (voorwaarde a) en dat ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de omgezette aandelen betrekking hadden een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield (voorwaarde c) doeltreffend zijn. Dit geldt tevens voor de voorwaarde dat de verkrijger van de preferente aandelen reeds ten tijde van de verkrijging een bepaald belang in het kapitaal van de gewone aandelen moet bezitten (voorwaarde d). Voorwaarden a en c zijn mijns inziens noodzakelijk om te bereiken dat de overdrager als ondernemer kan worden aangemerkt. Voorwaarde d moet bewerkstelligen dat de verkrijger ondernemer is. Ik acht het juist dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging van de preferente aandelen reeds een bepaald percentage van de gewone aandelen moet bezitten (zie ook paragraaf 7.3). Een percentage van 5 is naar mijn mening echter te laag. Ten eerste leidt dit percentage er mogelijk toe dat gewone aandelen aan niet-opvolgers worden toegekend, zodat zij ten aanzien van de verkrijging van de preferente aandelen de BOF kunnen toepassen (zie ook paragraaf 5.3). Deze verstoring zou kunnen worden verminderd door het vereiste bezitspercentage te verhogen. De houder van de gewone aandelen krijgt naarmate zijn belang in de vennootschap toeneemt doorgaans ook meer zeggenschap. Het is maar de vraag of de 'echte' bedrijfsopvolgers hier mee akkoord gaan. Ten tweede kan bij een percentage van 5 naar mijn mening niet worden gesteld dat de verkrijger een ondernemer is. Een verhoging van het percentage zou mijns inziens dan ook tot een aanzienlijke verbetering van zowel de neutraliteit als de doeltreffendheid van de regeling leiden.

In paragraaf 7.3 heb ik voorgesteld om ten aanzien van de verkrijger van gewone aandelen te eisen dat deze na de verkrijging een belang van ten minste 20% in het geplaatste kapitaal van de vennootschap moet bezitten. Ten aanzien van de verkrijger van preferente aandelen zou ik hetzelfde willen voorstellen. De BOF zou met betrekking tot de verkrijging van preferente aandelen uitsluitend van toepassing moeten zijn als de verkrijger ten tijde van de verkrijging reeds voor ten minste 20% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen.

De voorwaarde dat de omzetting tot preferente aandelen gepaard is gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander (voorwaarde b) acht ik niet doeltreffend (zie paragraaf 5.3). Deze voorwaarde maakt de regeling gecompliceerder, terwijl deze niet noodzakelijk is om te bewerkstelligen dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd worden. Bovendien kan voorwaarde b aanzetten tot het uitreiken van gewone aandelen aan alle potentiële verkrijgers van de preferente aandelen indien ten tijde van de omzetting nog niet bekend is wie de preferente aandelen

³⁵⁶ MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31 930, nr. 3, p. 43-44.

uiteindelijk zal verkrijgen. Op deze wijze worden alle opties opengehouden.³⁵⁷ Daarnaast verplicht deze voorwaarde tot het uitreiken van gewone aandelen aan een ander, ook als die ander al een voldoende groot belang aan gewone aandelen bezit. Het toekenningsvereiste beïnvloedt dus zowel de doeltreffendheid en de doelmatigheid als de neutraliteit van de regeling in negatieve zin. Voorwaarde b kan naar mijn mening dan ook komen te vervallen.³⁵⁸

De aan de verkrijging van preferente aandelen gestelde voorwaarden leiden tot een verminderde doelmatigheid. De vraag is of deze kosten in verhouding staan tot het te bereiken doel. Naleving van de voorwaarden leidt zowel bij de Belastingdienst als bij belastingplichtigen tot een additionele last in de uitvoering, omdat onderzoek moet worden gedaan naar het historische verloop van zowel de preferente aandelen als de gewone aandelen. De potentiële kostenbesparing weegt waar het voorwaarden a, c en d betreft naar mijn mening evenwel niet op tegen de verminderde doeltreffendheid die afschaffing van de voorwaarden tot gevolg zou hebben. Het afschaffen van de voorwaarden zou ertoe leiden dat de BOF kan worden toegepast in situaties waarin geen sprake is van een reële bedrijfsopvolging, hetgeen ik onwenselijk acht.

Overigens kan het feit dat preferente aandelen kunnen kwalificeren voor de BOF ertoe leiden dat belastingplichtigen die de aandelen eigenlijk tegen schuldigerkenning zouden willen overdragen, preferente aandelen creëren om de BOF te kunnen benutten. Het is uiteraard niet wenselijk als belastingplichtigen een vanuit economisch perspectief wenselijke bedrijfsopvolging (gedeeltelijk) uitstellen tot het moment van overlijden of schenking om de faciliteit toe te kunnen passen. Het niet langer laten kwalificeren van preferente aandelen zou deze verstoring wegnemen. Dit is naar mijn mening echter geen wenselijke oplossing. Hier weegt voor mij toch zwaarder dat de faciliteit toegepast moet kunnen worden indien de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk in gevaar komt vanwege de belastingclaim en er daarnaast sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Een andere mogelijkheid zou zijn om de verkrijging van een schuldvordering voor de BOF te laten kwalificeren. Het past niet binnen dit onderzoek om in te gaan op de vraag of dit wenselijk zou zijn.

7.5 Kwalificerende medegerechtigdheid

Ten aanzien van een indirect door een BV gehouden medegerechtigdheid zijn twee eisen gesteld in artikel 35c, lid 3, SW 1956. Ten eerste moet de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting vormen van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming. Daarnaast moeten de aandelen in de vennootschap die de medegerechtigdheid houdt worden verkregen door een persoon die reeds beherend venoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend venoot is. In paragraaf 5.4 heb ik geconcludeerd dat deze voorwaarden doeltreffend zijn. Wel kan de tweede voorwaarde de neutraliteit van de regeling negatief beïnvloeden. Deze voorwaarde zou ertoe kunnen leiden dat (de BV van) een niet-opvolger als beherend venoot optreedt om de faciliteit te kunnen benutten. Het ontbreken van een voortzettingseis ten aanzien van de status van beherend venoot vergemakkelijkt deze constructie.³⁵⁹ Aangezien de neutraliteit de zwaarst wegende factor is, zou in artikel 35e SW 1956 naar mijn mening een bepaling moeten worden opgenomen op grond waarvan de BOF ten aanzien van de verkrijging van de (door de BV gehouden) medegerechtigdheid komt te vervallen als de verkrijger gedurende de voortzettingstermijn de status

³⁵⁷ Zie ook Heithuis 2010, paragraaf 2.4.2.

³⁵⁸ En daarmee ook onderdeel b van artikel 8, lid 3, Uitv.reg. schenk- en erfbelasting.

³⁵⁹ Zie ook De Beer 2009, paragraaf 4.2.2.

van beherend vennoot verliest. Ten aanzien van preferente aandelen is een dergelijke bepaling reeds opgenomen in artikel 35e, vierde lid, SW 1956.

Tevens kan het feit dat de verkrijging van een medegerechtigdheid onder voorwaarden voor de BOF kwalificeert ertoe leiden dat belastingplichtigen een CV oprichten, terwijl de onderneming zonder de faciliteit volledig tegen schuldigerkenning zou zijn overgedragen (vergelijk paragraaf 7.4 inzake preferente aandelen). Het is naar mijn mening niet wenselijk dat de overdracht (gedeeltelijk) wordt uitgesteld tot het moment dat de BOF kan worden benut door schenking of vererving van de aandelen. Deze verstoring zou geëlimineerd kunnen worden door de verkrijging van een medegerechtigdheid niet langer voor de BOF te laten kwalificeren. Dit acht ik echter niet wenselijk. Het kunnen toepassen van de faciliteit in het geval dat wel degelijk sprake is van een continuïteitsprobleem en een reële bedrijfsopvolging weegt hier naar mijn mening toch zwaarder dan het voorkomen van fiscaal geïnitieerd gedrag. Ook hier geldt dat een andere mogelijkheid zou zijn om schuldvorderingen te laten kwalificeren voor de BOF.

7.6 Indirecte verwaterde belangen

Op grond van de regeling voor verwaterde belangen kwalificeert een indirect belang van minder dan 5% maar ten minste 0,5% voor de BOF als het belang uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking.³⁶⁰ De gedachte achter deze regeling is dat het onwenselijk is dat de BOF niet van toepassing is in de situatie dat indirecte belangen uitsluitend door wijzigingen in de familiesfeer van de aandeelhouders onder de 5% grens zakken.³⁶¹ In paragraaf 6.4 heb ik aangegeven dit uitgangspunt te onderschrijven. Dit neemt echter niet weg dat het doel van de faciliteit is om te voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat middelen ter voldoening van de verschuldigde schenk- of erfbelasting aan de onderneming moeten worden onttrokken. Bij een belang van minder dan 5% is het mijns inziens maar de vraag of de continuïteit van de onderneming daadwerkelijk in gevaar komt.³⁶² In paragraaf 7.2 heb ik aangegeven dat de overdrager naar mijn mening gerechtigd moet zijn tot ten minste 20% van het geplaatste kapitaal om als echte ondernemer te kunnen worden aangemerkt. Ik acht het gerechtvaardigd om een uitzondering te maken in gevallen waarbij niet aan het 20%-criterium is voldaan uitsluitend vanwege overlijden, het aangaan van een huwelijk of schenken. De ondergrens van 0,5% is naar mijn mening echter pertinent te laag. Daarom zou ik voor willen stellen om voor verwaterde belangen de ondergrens te verhogen naar 5%. Dit betekent dat de verkrijger van een ab in de zin van artikel 4.6, onderdeel a, Wet IB 2001 een beroep kan doen op de faciliteiten als zijn belang aan de in artikel 35c, lid 5, onderdeel b, SW 1956 gestelde voorwaarden voldoet. Dit houdt de regeling naar mijn mening uitvoerbaar. Het kiezen van een ander percentage dan 5 zou ertoe leiden dat belastingplichtigen naast het 5%-criterium voor de ab-regeling en het 20%-criterium voor de BOF nog met een derde percentage rekening zouden moeten houden indien er sprake is van verwaterde belangen, hetgeen de regeling ingewikkelder zou maken. Een ondergrens van 5% acht ik acceptabel, hoewel ik mij ervan bewust ben dat de houder van een 5%-belang niet zonder meer als ondernemer kan worden gezien (zie ook paragraaf 4.3).

In paragraaf 7.3 heb ik voorgesteld ten aanzien van de verkrijger de voorwaarde te stellen dat deze na de verkrijging een belang van ten minste 20% van de gewone aandelen moet bezitten. Om van

³⁶⁰ Zie paragraaf 6.2 voor de overige voorwaarden.

³⁶¹ Tweede NvW, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p.12.

³⁶² Zie ook Gubbels & Van Vijfeijken 2016, onderdeel 11.2.0.D.e en De Wijkerslooth-Lhoëst 2010, paragraaf 3.7.

een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken zou ook aan de verkrijger van een verwaterd belang een voorwaarde moeten worden gesteld die bewerkstelligt dat de verkrijger als ondernemer kan worden beschouwd. In het geval van een verwaterd belang lijkt het mij evenwel niet realistisch om van de verkrijger een bezitspercentage van 20 te eisen. De gedachte achter de regeling is immers dat het belang steeds kleiner wordt, omdat het van generatie op generatie is overgegaan. Een mogelijkheid zou kunnen zijn om van de verkrijger evenals van de overdrager van een verwaterd belang een bezitspercentage van 5 te eisen. Dit zou echter tot gevolg hebben dat de faciliteit niet van toepassing is in het geval dat de overdrager een belang van 5% heeft en er meer dan één verkrijger is. Dit acht ik niet wenselijk, gelet op de gedachte achter de regeling voor verwaterde belangen. Een andere mogelijkheid zou zijn om van de verkrijger een lager percentage te eisen, bijvoorbeeld 1%. Hierdoor zou de regeling echter wel weer ingewikkelder worden. De verminderde doelmatigheid weegt in dit geval naar mijn mening niet op tegen de toename van de doeltreffendheid. Ten aanzien van de verkrijger van een verwaterd belang is het stellen van een dergelijke voorwaarde naar mijn mening dan ook niet van toegevoegde waarde.

In paragraaf 6.6 is aan de orde geweest dat het in strijd is met het neutraliteitsbeginsel dat de regeling voor verwaterde belangen uitsluitend op indirecte belangen ziet. Ook als sprake is van een direct belang zou de regeling mijns inziens van toepassing moeten zijn, gezien het uitgangspunt van de regering dat direct en indirect gehouden belangen zo veel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld. Het opnemen van een dergelijke bepaling maakt de regeling wel weer ingewikkelder. Toch weegt hier de gelijke behandeling van direct en indirect gehouden belangen naar mijn mening zwaarder dan de uitvoerbaarheid van de regeling. Ik kies er daarom voor om in artikel 35c ook een bepaling voor de overdracht van een direct gehouden verwaterd belang op te nemen (zie paragraaf 7.8 hierna).

7.7 Overige indirecte belangen <20%

Artikel 35c, lid 6, SW 1956 bepaalt dat tot het vermogen van de onderneming niet wordt gerekend een belang in een ander lichaam. Deze bepaling voorkomt dat het vermogen van een lichaam waarin de erflater of schenker een indirect belang van minder dan 5% heeft en waarop de toerekeningsbepaling ex artikel 35c, lid 5, SW 1956 derhalve niet van toepassing is, alsnog op grond van de vermogensetiketteringsregels kan worden toegerekend aan het vermogen van de holdingvennootschap. Hiermee zijn de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2016³⁶³ ongedaan gemaakt.

In paragraaf 6.6 heb ik aangegeven het oordeel van de Hoge Raad dat een deelneming op basis van de vermogensetiketteringsregels voor de BOF kan kwalificeren te onderschrijven. Dit neemt echter niet weg dat de overdracht van een belang van minder dan 5% geen reële bedrijfsopvolging vormt. Het zesde lid van artikel 35c SW 1956 voorkomt dat dergelijke belangen kunnen kwalificeren en kan dan ook als doeltreffend worden beschouwd. In paragraaf 6.6 is gebleken dat artikel 35c, lid 6, SW 1956 van positieve invloed is op de neutraliteit tussen direct en indirect gehouden belangen, maar van negatieve invloed op de rechtsvormneutraliteit. In paragraaf 6.6 heb ik aangegeven de rechtsvormneutraliteit in dit geval belangrijker te vinden. Bovendien leidt deze bepaling ertoe dat een belang in een vennootschap niet op basis van de vermogensetiketteringsregels aan het ondernemingsvermogen van de holding kan worden toegerekend, terwijl dit wel geldt voor andere

³⁶³ HR 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167.

vermogensbestanddelen, hetgeen tevens van negatieve invloed is op de neutraliteit van de regeling. Gesteld kan dus worden dat de regeling wel doeltreffend is, maar niet neutraal. Aangezien de neutraliteit voor mij het zwaarst weegt, leidt het voorgaande tot de conclusie dat het zesde lid van artikel 35c SW 1956 zou moeten worden afgeschaft. De vraag is echter of deze conclusie in stand blijft als de gevolgen hiervan in ogenschouw worden genomen.

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de wijze waarop het arrest van de Hoge Raad is gerepareerd (zie ook paragraaf 6.5).³⁶⁴ Zo is Gubbels van mening dat het zesde lid van artikel 35c SW 1956 verder gaat dan noodzakelijk is om de ongewenste gevolgen van het arrest te repareren. Het arrest heeft immers alleen gevolgen in de situatie dat de holding geacht wordt een onderneming te drijven en de deelneming een materiële onderneming drijft die in het verlengde van de ondernemingsactiviteiten van de holding ligt (zie ook paragraaf 6.5). Volgens Gubbels was het dan ook voldoende geweest om ten aanzien van belangen die tot het ondernemingsvermogen worden gerekend dezelfde voorwaarden te stellen als ten aanzien van kwalificerende (indirecte) ab's.^{365, 366} Voor dit standpunt kan ik begrip opbrengen. Het schrappen van deze bepaling zou onder mijn voorstel echter tot gevolg hebben dat indirecte belangen van minder dan 20% die op grond van de vermogensetiketteringsregels aan het ondernemingsvermogen van de holding kunnen worden toegerekend, zouden kwalificeren voor de BOF.³⁶⁷ Dit acht ik onwenselijk, omdat hiermee een nieuwe mogelijkheid zou worden gecreëerd om niet-kwalificerende belangen van minder dan 20% onder de BOF te brengen.

De in paragraaf 7.2 voorgestelde verhoging van het aan de overdrager gestelde criterium van 5% naar 20% heeft tot gevolg dat een (indirect) belang minder snel op basis van de hoofdregel voor de BOF zal kwalificeren. Dit zal er vanzelfsprekend toe leiden dat belastingplichtigen naar andere wegen gaan zoeken om een niet-kwalificerend belang om te zetten in een kwalificerend belang. Naarmate het belang groter wordt, neemt ook de potentiële belastingbesparing die benutting van de BOF zou opleveren groter. Het schrappen van het zesde lid van artikel 35c SW 1956 zou onder mijn voorstel dan ook meer verstoring bij belastingplichtigen teweeg brengen dan in de huidige situatie het geval zou zijn. Momenteel raakt deze bepaling immers alleen belangen van minder dan 5%. Zonder het zesde lid van artikel 35c SW 1956 zouden belastingplichtigen niet-kwalificerende belangen van minder dan 20% zodanig kunnen structureren dat deze op basis van de vermogensetikettering alsnog zouden kwalificeren. Dit zou de neutraliteit van de regeling in negatieve zin beïnvloeden.

Waar het laten vervallen van het zesde lid van artikel 35c SW 1956 dus enerzijds de rechtsvormneutraliteit en de neutraliteit tussen verschillende vermogensbestanddelen ten goede zou komen, zou de mogelijkheid om een belang van minder dan 20% op basis van de vermogensetiketteringsregels onder de BOF te brengen anderzijds de neutraliteit van de regeling weer verminderen. Ik acht het voorkomen dat belastingplichtigen gaan inspelen op de mogelijkheid om een belang van minder dan 20% onder de BOF te brengen net zo belangrijk als de

³⁶⁴ Zie o.a. Boer 2016, Gubbels 2016 en Janssen 2016.

³⁶⁵ Gubbels 2016, paragraaf 3.

³⁶⁶ Het zou hierbij gaan om de bezitseis, het voortzettingsvereiste en de voorwaarden die zijn gesteld met betrekking tot preferente aandelen. Bovendien zou beleggingsvermogen waarop de deelneming betrekking heeft evenals bij een kwalificerend ab helemaal moeten worden uitgesloten (Gubbels 2016, paragraaf 4).

³⁶⁷ Hiervoor is overigens wel vereist dat de activiteiten van de deelneming in het verlengde liggen van de activiteiten van de onderneming die de holding geacht wordt te drijven.

rechtsvormneutraliteit en de gelijke behandeling van verschillende vermogensbestanddelen. Op basis hiervan is mijns inziens dan ook moeilijk te bepalen of de bepaling al dan niet geschrapt zou moeten worden. Ik ben toch van mening dat het zesde lid van artikel 35c SW 1956 behouden zou moeten blijven. Het feit dat afschaffing van deze bepaling op zowel de doeltreffendheid als de doelmatigheid van de regeling negatieve invloed zou hebben (zie ook paragraaf 6.5) geeft hierbij voor mij de doorslag.

7.8 Voorstel wijziging artikel 35c SW 1956

In deze paragraaf neem ik de tekst op van artikel 35c SW 1956 zoals deze zou kunnen komen te luiden met inachtneming van de in dit hoofdstuk gedane aanbevelingen. De gewijzigde passages worden onderstreept. De onderdelen van artikel 35c SW 1956 die buiten het onderzoek vallen worden achterwege gelaten in onderstaande tekst.

Artikel 35c SW 1956

1. Voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder de verkrijging van ondernemingsvermogen verstaan de verkrijging van:

a. een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet Inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;

b. een medegerechtigdheid als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet inkomstenbelasting 2001, of een gedeelte daarvan;

c. aandelen in een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en waarin:

1° de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, voor ten minste 20% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder was van gewone aandelen, mits het lichaam waarop de gewone aandelen betrekking hebben een onderneming drijft als bedoeld in onderdeel a, of een medegerechtigdheid houdt als bedoeld in onderdeel b, en waarbij slechts als ondernemingsvermogen wordt aangemerkt de waarde van deze vermogensbestanddelen voor zover die waarde toerekenbaar is aan:

i. bedoelde onderneming of medegerechtigdheid, en

ii. het beleggingsvermogen van dat lichaam tot maximaal 5 percent van de ingevolge onder i toegerekende waarde, of

2° de erflater of schenker een belang hield van minder dan 20%, doch ten minste 5%, mits:

i. dat belang bij een van zijn voorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een belang heeft gevormd als bedoeld in onderdeel c, onder 1°;

ii. dat belang uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking, en

iii. direct voorafgaande aan de verwatering tot beneden de 20% die vennootschap een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°.

d. Blijft ongewijzigd, valt buiten de probleemstelling van dit onderzoek.

2. Blijft ongewijzigd, valt buiten de probleemstelling van dit onderzoek.

3. Het eerste lid, onderdeel c, is met betrekking tot een medegerechtigdheid alleen van toepassing voor zover dit een medegerechtigdheid betreft die een rechtstreekse voortzetting vormt van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming als bedoeld in artikel 3.2 van de Wet inkomstenbelasting 2001, en de vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden

tot een aanmerkelijk belang worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig beherend vennoot is.

4. Het eerste lid, onderdeel c, is met betrekking tot preferente aandelen uitsluitend van toepassing, indien:

a. de preferente aandelen een omzetting vormen van een eerder door de erflater of schenker gehouden belang van gewone aandelen;

[Zie ook: art. 8 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting]

b. Vervalt

c. ten tijde van de omzetting tot preferente aandelen de vennootschap waarop de preferente aandelen betrekking hadden een onderneming dreef als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, en
d. de verkrijger van de preferente aandelen reeds voor ten minste 20% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder is van gewone aandelen in het lichaam waarop de preferente aandelen betrekking hebben.

5. Ingeval het lichaam waarin de erflater of schenker een belang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, hield, direct of indirect een belang heeft in een ander lichaam, worden voor de toepassing van dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen de bezittingen en schulden van dat andere lichaam, met inachtneming van de omvang van dat belang, toegerekend aan eerstbedoeld lichaam, mits:

a. de erflater of schenker, al dan niet tezamen met zijn partner, in dat andere lichaam indirect voor ten minste 20% van het geplaatste kapitaal aandeelhouder was van gewone aandelen, of

b. de erflater of schenker in dat andere lichaam een belang hield van minder dan 20%, doch ten minste 5% en:

1° dat belang bij een van zijn voorgangers krachtens erfrecht, huwelijksvermogensrecht of schenking een indirect belang heeft gevormd als bedoeld in onderdeel a;

2° dat belang uitsluitend is verwaterd door vererving, overgang krachtens huwelijksvermogensrecht of schenking, en

3° direct voorafgaande aan de verwatering tot beneden de 20% dat andere lichaam een onderneming dreef of een medegerechtigdheid hield als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°. Ingeval het aandelenkapitaal van de vennootschap waarin de erflater of schenker indirect een belang hield uit meerdere soorten aandelen bestaat, geschiedt de toerekening met inachtneming van de waarde in het economische verkeer van die aandelen. Dit lid vindt met betrekking tot indirect gehouden preferente aandelen alleen toepassing indien deze zijn uitgegeven in het kader van een bedrijfsoverdracht die voldoet aan bij ministeriële regeling te stellen voorwaarden.

6. Tot het vermogen van de onderneming, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, wordt niet gerekend een belang in een ander lichaam.

7. Blijft ongewijzigd, valt buiten de probleemstelling van dit onderzoek.

8. Vervalt.

9. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toepassing van dit artikel.

[Zie ook: art. 8 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting]

10. Het eerste lid, onderdeel c, onder 1°, en het vijfde lid, onderdeel a, zijn slechts van toepassing indien de verkrijger na de verkrijging krachtens erfrecht of schenking voor ten minste 20% van het geplaatste kapitaal direct of indirect aandeelhouder is van gewone aandelen in het lichaam waarop het verkregen belang betrekking heeft.

7.9 Samenvatting/tussenconclusie

In dit hoofdstuk zijn aanbevelingen gedaan ter verbetering van de in hoofdstuk 4, 5 en 6 gevonden toetsingsresultaten/knelpunten met betrekking tot de kwalificatie van belangen in een kapitaalvennootschap voor de BOF. Voorgesteld is om niet langer aan te sluiten bij de ab-regeling van afdeling 4.3 Wet IB 2001. Het daaruit voortvloeiende 5%-criterium is te laag gezien het uitgangspunt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden. Het percentage moet dan ook naar boven worden bijgesteld, bijvoorbeeld naar 20. Bovendien zou ook van de verkrijger geëist moeten worden dat hij na de verkrijging krachtens erfrecht of schenking een belang van ten minste 20% aan gewone aandelen in het geplaatste kapitaal van de vennootschap moet bezitten. Ten aanzien van preferente aandelen kan voorwaarde b worden geschrapt. De regeling voor verwaterde belangen kan in stand blijven, maar de ondergrens moet worden opgeschroefd van 0,5% naar 5%. Ook het zesde lid van artikel 35c SW 1956, waarin is bepaald dat tot het ondernemingsvermogen van een kapitaalvennootschap niet een belang in een ander lichaam mag worden gerekend, kan in de huidige vorm behouden blijven. In dit hoofdstuk is een voorstel voor een wijziging van de tekst van artikel 35c SW 1956 opgenomen, waarin de hiervoor genoemde wijzigingen zijn doorgevoerd.

Hoofdstuk 8 – Samenvatting/Conclusie

De verkrijging van ondernemingsvermogen krachtens erfrecht of schenking is in beginsel op grond van artikel 1, lid 1, SW 1956 belast met erf- respectievelijk schenkbelasting. Omdat de regering wil voorkomen dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt omdat middelen ter voldoening van de verschuldigde erf- of schenkbelasting aan de onderneming moeten worden onttrokken, is in artikel 35b SW 1956 een faciliteit voor de verkrijging van ondernemingsvermogen (BOF) opgenomen. In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de kwalificatie van tot een ab behorende vermogensbestanddelen voor de BOF. Dit is gedaan aan de hand van de volgende probleemstelling:

Is de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF ex artikel 35c SW 1956 juist vormgegeven en - zo nee - hoe dient de kwalificatie van ab-vermogen dan te geschieden?

De BOF bestaat uit diverse elementen, waarvan de belangrijkste de voorwaardelijke vrijstelling is. Het ondernemingsvermogen wordt voor 100% vrijgesteld voor zover de waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft niet hoger is dan € 1.063.479. Voor het meerdere geldt een 83%-vrijstelling. Voorts is het verschil tussen de liquidatiewaarde en de lagere waarde going concern voor 100% vrijgesteld indien de liquidatiewaarde hoger is dan de waarde going concern. Daarnaast kan voor een periode van tien jaren rentedragend uitstel van betaling worden verleend ten aanzien van de erf- of schenkbelasting die de verkrijger over het niet-vrijgestelde deel van het ondernemingsvermogen verschuldigd wordt. Ook ter zake van de erf- of schenkbelasting die kan worden toegerekend aan onderbedelingsvorderingen op een medeverkrijger ter zake van door deze medeverkrijger verkregen ondernemingsvermogen kan voor een periode van tien jaren rentedragend uitstel van betaling worden verkregen.

De regering heeft beoogd met de BOF uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Om van een reële bedrijfsoverdracht te kunnen spreken, moet volgens de regering zowel de overdrager als de verkrijger als ondernemer kunnen worden aangemerkt. Dit uitgangspunt onderschrijf ik. Van een ondernemer kan naar mijn mening alleen worden gesproken als zowel sprake is van betrokkenheid als van winstgerechtigdheid.

Aan het uitgangspunt dat sprake moet zijn van een reële bedrijfsopvolging is invulling gegeven door van de erflater of schenker te eisen dat de vermogensbestanddelen gedurende een bepaalde periode tot een ab als bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001, met uitzondering van artikel 4.10 Wet IB 2001, hebben behoord. De aan de overdrager gestelde bezitstermijn bedraagt één jaar in geval van overlijden en vijf jaren in geval van schenking. Voor de verkrijger geldt een voortzettingstermijn van vijf jaren.

In de hoofdstukken 4 tot en met 6 is de kwalificatie van ab-vermogen voor de BOF getoetst op basis van doeltreffendheid, doelmatigheid en neutraliteit. Onderstaand schema geeft de belangrijkste bevindingen uit deze hoofdstukken weer. De in het schema gebruikte symbolen hebben de volgende betekenis:

++	→	Sterk positief
+	→	Positief
+/-	→	Neutraal
-	→	Negatief
--	→	Sterk negatief

Doeltreffendheid	Voor de bepaling of een belang in een kapitaalvennootschap kwalificeert voor de BOF is aangesloten bij de ab-regeling van afdeling 4.3 Wet IB 2001. Dit betekent dat de erflater/schenker een belang van 5% moet houden om met zijn belang te kwalificeren voor de BOF. De houder van een 5%-belang kan mijns inziens niet als ondernemer worden aangemerkt. De aansluiting bij het 5%-criterium is dan ook in strijd met het uitgangspunt dat uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen gefaciliteerd dienen te worden.	--
	Vanwege de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 kwalificeren naast gewone aandelen ook koopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten die betrekking hebben op een belang van ten minste 5% voor de BOF. Om van een ondernemer te kunnen spreken moet er echter zowel sprake zijn van zeggenschap als van winstgerechtigdheid. De houders van dergelijke belangen zijn mijns inziens dan ook geen ondernemers.	--
	Vanwege de verwijzing naar de ab-regeling kwalificeren ook het soort ab en het fictief ab voor de BOF. Het betreft hier belangen van minder dan 5%. Mijns inziens is bij de overgang van zulke kleine belangen geen sprake van een reële bedrijfsopvolging.	--
	Op grond van de verwijzing naar de ab-regeling kwalificeert een meesleep ab voor de BOF. Dit acht ik doeltreffend. Als een belastingplichtige eenmaal een kwalificerend belang in een vennootschap heeft, is er geen reden om zijn overige vermogensbestanddelen in die vennootschap uit te sluiten.	++
	Het meetrek ab is expliciet uitgesloten van de faciliteit. De houder van een meetrek ab houdt een belang van minder dan 5% in het geplaatste kapitaal van de vennootschap en kan derhalve niet als ondernemer worden gezien. De uitsluiting van dit type belang is naar mijn mening dan ook doeltreffend.	++
	Van een reële bedrijfsopvolging is volgens de regering alleen sprake als de verkrijger de onderneming als ondernemer voortzet. Hier ben ik het mee eens. Onder de huidige regeling zijn geen voorwaarden aan het belang van de verkrijger gesteld, waardoor ook de verkrijging van ondernemingsvermogen door niet-voortzetters kan kwalificeren.	--
	De aan de verkrijging van preferente aandelen gestelde voorwaarden dat de preferente aandelen een omzetting van eerder door de erflater of schenker gehouden gewone aandelen moeten vormen en dat de vennootschap waarop de preferente aandelen betrekking hebben ten tijde van die omzetting een onderneming moet hebben gedreven, dragen eraan bij dat sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Deze voorwaarden kunnen er evenwel ook toe leiden dat de BOF niet kan worden toegepast, terwijl wel degelijk sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Ook de voorwaarde dat de verkrijger ten tijde van de verkrijging ten minste 5% van de gewone aandelen moet bezitten acht ik doeltreffend. Hier geldt wederom dat een 5%-belang te laag is om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken.	+
	De aan de verkrijging van preferente voorwaarden gestelde voorwaarde dat de omzetting gepaard moet gaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander acht ik overbodig.	--
	Tot een ab behorende aandelen of winstbewijzen die betrekking hebben op een vennootschap die een medegerechtigdheid houdt, kwalificeren alleen voor de BOF indien de medegerechtigdheid een rechtstreekse voortzetting van een eerder door de vennootschap gedreven onderneming vormt en de vermogensbestanddelen die bij de erflater of schenker behoorden tot een ab worden verkregen door een persoon die reeds beherend vennoot is van de onderneming waarop de medegerechtigdheid betrekking heeft, dan wel enig	++

	aandeelhouder is van een vennootschap die reeds een zodanig behorend vennoot is. Deze voorwaarden zorgen ervoor dat van en door een ondernemer wordt verkregen. Dit acht ik doeltreffend.	
	Ten aanzien van verwaterde indirecte belangen van minder dan 5%, doch ten minste 0,5%, kan onder voorwaarden toch de toerekeningsbepaling ex artikel 35c, lid 5, SW 1956 worden toegepast. De ondergrens van 0,5% is mijns inziens te laag. Bij zulke kleine belangen is het maar zeer de vraag of zich wel daadwerkelijk een continuïteitsprobleem voordoet.	--
	Het zesde lid van artikel 35c SW 1956 bepaalt dat een belang in een ander lichaam niet tot het ondernemingsvermogen kan behoren en voorkomt derhalve dat indirecte belangen van minder dan 5% onder de BOF kunnen vallen. Dit acht ik doeltreffend, aangezien bij een belang van minder dan 5% niet van een reële bedrijfsopvolging kan worden gesproken.	++
Doelmatigheid	Vanwege de aansluiting bij de ab-regeling is eenvoudig te toetsen of sprake is van een kwalificerend ab.	++
	Indien sprake is van een kwalificerend ab kan een beroep op de BOF worden gedaan, ongeacht of de belastingplichtige de faciliteit daadwerkelijk nodig heeft. Dit kan ertoe leiden dat belastingplichtigen die de faciliteit niet nodig hebben, hier wel een beroep op kunnen doen. Op dit punt is de aansluiting bij de ab-regeling niet doelmatig. Dit neemt niet dat ik van mening ben dat aansluiting bij een objectief criterium voor de bepaling of sprake is van een reële bedrijfsoverdracht noodzakelijk is om de regeling uitvoerbaar te houden.	-
	De afwijkende behandeling van verschillende typen ab's maakt de regeling ingewikkeld. Dit geldt ook voor de afwijkende behandeling van een direct en een indirect gehouden ab van hetzelfde type.	--
	De aanvullende voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om ten aanzien van een indirect verwaterd belang de consolidatieregeling toe te kunnen passen, maken de regeling ingewikkelder.	-
Neutraliteit	Het gedrag van belastingplichtigen wordt beïnvloed door de BOF. De huidige opzet van de regeling leidt tot de volgende gedragsveranderingen: <ul style="list-style-type: none"> - Aan niet-opvolgers wordt een belang in de vennootschap toegekend, zodat zij kunnen meedelen in de faciliteit. - Bij de houders van niet-kwalificerende belangen van minder dan 5% wordt een soort ab gecreëerd, zodat alsnog een kwalificerend ab ontstaat. Vervolgens kwalificeren ook de overige aandelen of winstbewijzen in de vennootschap die een meesleep ab vormen. - Belastingplichtigen gaan een CV aan of creëren preferente aandelen, terwijl zij de onderneming eigenlijk volledig tegen schuldigerkenning hadden willen overdragen. De overdrager blijft in dat geval nog bij de onderneming betrokken, terwijl dit zonder de BOF niet zo zou zijn. 	-- - --
	De aan de verkrijging van preferente aandelen gestelde voorwaarden dat bij de omzetting gewone aandelen moeten worden toegekend aan een ander en dat de verkrijger van de preferente aandelen ten tijde van de verkrijging ten minste 5% van de gewone aandelen moet bezitten, werken verstoring in de hand. Het risico bestaat dat aan niet-opvolgers een belang van ten minste 5% van de gewone aandelen wordt toegekend, zodat zij ten aanzien van de toekomstige verkrijging van de preferente aandelen de BOF kunnen toepassen.	--
	De regeling voor verwaterde belangen is alleen op indirecte belangen van toepassing. Voor direct gehouden verwaterde bestaat geen uitzondering.	--

	Het zesde lid van artikel 35c SW 1956 maakt inbreuk op de rechtsvorm-neutraliteit. Bovendien heeft de bepaling tot gevolg dat aandelenbelangen anders worden behandeld voor de BOF dan andere vermogensbestanddelen.	--
--	--	----

Gebleken is dat de aansluiting bij de ab-regeling in de Wet IB 2001 voor de bepaling of een belang in een kapitaalvennootschap al dan niet kwalificeert voor de BOF tot gevolg heeft dat de BOF niet uitsluitend voor reële bedrijfsopvolgingen openstaat. Om de doeltreffendheid van de regeling te verbeteren, heb ik voorgesteld om de aansluiting bij het ab-begrip in de Wet IB 2001 los te laten. Het aldaar gehanteerde 5%-criterium is voor de BOF te laag, gezien de royale omvang van de vrijstellingsfaciliteit. Bovendien acht ik het niet doeltreffend dat koopopties, winstbewijzen, certificaten en vruchtgebruikrechten op grond van de verwijzing naar afdeling 4.3 Wet IB 2001 kwalificeren voor de BOF. De BOF zou derhalve uitsluitend ten aanzien van de verkrijging van gewone aandelen van toepassing moeten zijn. Hoe groot het belang van de erflater of schenker in het geplaatste kapitaal van de vennootschap precies moet zijn, is moeilijk te zeggen. Een percentage tussen 15 en 25 lijkt mij redelijk. Ook aan het belang van de verkrijger zouden voorwaarden moeten worden gesteld. De verkrijger moet net als de overdrager als ondernemer kunnen worden aangemerkt om van een reële bedrijfsopvolging te kunnen spreken. Ik stel daarom voor om aan het belang van de verkrijger evenals aan het belang van de overdrager eisen te stellen. Het vereiste bezitspercentage van de verkrijger zou gelijk moeten zijn aan dat van de overdrager (15-25%). De verkrijger van preferente aandelen moet onder de huidige regeling ten tijde van de verkrijging reeds ten minste 5% van de gewone aandelen in de vennootschap bezitten. Ook hier geldt dat het percentage van 5 te laag is. Dit percentage zou mijns inziens naar hetzelfde percentage moeten worden verhoogd als het percentage dat aan de verkrijger van gewone aandelen wordt gesteld (15-25%). Het toekennen van een belang in de vennootschap aan een niet-opvolger wordt hierdoor mijns inziens minder aantrekkelijk, hetgeen van positieve invloed is op de neutraliteit van de regeling. Voorts heb ik ervoor gepleit de voorwaarde dat de omzetting van de preferente aandelen gepaard moet zijn gegaan met het toekennen van gewone aandelen aan een ander te laten vervallen.

Het voorgaande heeft zowel betrekking op de verkrijging van een direct belang als op de verkrijging van een indirect belang ten aanzien waarvan de consolidatiebepaling van toepassing is. Met betrekking tot de regeling voor indirecte verwaterde belangen heb ik voorgesteld de ondergrens van 0,5% te verhogen naar 5%. Bovendien zou een vergelijkbare uitzondering moeten worden opgenomen voor de verkrijging van direct gehouden verwaterde belangen. De in het zesde lid van artikel 35c SW 1956 opgenomen bepaling dat een belang in een ander lichaam niet tot het ondernemingsvermogen kan behoren, kan naar mijn mening in stand blijven.

Literatuuroverzicht

Boeken en tijdschriften

- Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009.
- Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013.
- **Bangma & Bruins 2010**
Bangma, K. en A. Bruins, *Bedrijfsbeëindigingen in het kleinbedrijf: Kenmerken, achtergronden en macro-economisch verlies*, EIM, Zoetermeer, mei 2010.
- **Bartel 2009**
Bartel, J.C.K.W., 'Egalité', NTFR 2009/1095.
- **De Beer 2009**
Beer, A.M.A. de, 'Enkele kanttekeningen bij de herziene bedrijfsopvolgingsregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen', WFR 2009/1303.
- **De Beer 2010**
Beer, A.M.A. de, '(Ir) reële bedrijfsopvolgingen', WFR 2010/1242.
- **De Beer 2015**
Beer, A.M.A. de, 'Consolidatie in de bedrijfsopvolgingsregelingen', WFR 2015/1353.
- **De Beer & Overduin 2017**
De Beer, A.M.A. en C. Overduin, 'Soort aandelen en indirecte belangen < 5% onder de BOR', PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging, jaargang 5, nummer 1, januari 2017, p. 6-13.
- **Boer 2016**
Boer, J.P., 'BOR-reparatie: een idee fixe', WFR 2016/145.
- **Van den Boorn 2012**
Boorn, J.J.H. van den, 'Rechtvaardige verschillen tussen fictief en meetrek-aanmerkelijk belang bij vererving?', FTV 2012/01.
- **Bos 2003**
Bos, E., *Aandelenwaardering, In de Fiscale Vuurlinie, Opstellen aangeboden aan prof. mr. E. Aardema ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Deventer: Kluwer, 2003, blz. 41-46.
- **Dijkstra 2011**
Dijkstra, C.G., 'Meeslepen of meetrekken, maar niet doorschuiven?', WFR 2011/725.
- **Van den Dool 2009**
Dool, R.P. van den, 'De fiscale positie van de dga', FTV 2009/36.
- **Van den Dool & Van der Hoeven 2015**
Dool, R.P. van den & S. van der Hoeven, *Waardering van incurante aandelen voor de belastingheffing*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- **Dyck e.a. 2002**
Dyck, B., M. Mauws, F.A. Starke en G.A. Mischke, *Passing the baton: The importance of sequence, timing, technique and communication in executive succession*, Journal of Business Venturing 17 (2002) 143 – 162.
- **EROV 2010**
EROV, KMO en zelfstandig ondernemen in Oost-Vlaanderen: editie 2010, Gent.

- **Europese Commissie 2002**
Europese Commissie, *Final Report of the Expert Group on the Transfer of Small and Medium-sized enterprises*, mei 2002, p. 46-48.
- **Europese Commissie 2016**
Europese Commissie, *European SMEs according to Annual Report on European SMEs 2014/2015*, Ref. Ares(2016)1791252, 15 april 2016.
- **Fluijt 2016**
Fluijt, D., 'De BOR: Indirecte aandachtspunten, direct oppassen!', KWEP 2016/29.
- **Ganzeveld 2010**
Ganzeveld, J., 'Vage normen in de inkomstenbelasting: enkele bespiegelingen', NTFR 2010/2485.
- **Ganzeveld 2013**
Ganzeveld, J., 'Indirect aanmerkelijk belang: toe aan revisie?', NTFR 2013/2431
- **Van Gijlswijk 2010**
Gijlswijk, M.J.A.M. van, 'Bedrijfsopvolging in de inkomstenbelasting met ingang van 2010: mag het ietsje eenvoudiger?', WPNR 2010/6844.
- **Gimeno e.a. 1997**
Gimeno, J., T. Folta, A. Cooper en C. Woo, *Survival of the fittest? Entrepreneurial human capital and the persistence of underperforming firms*, Administrative Quarterly, 42 (4), 750-783, 1997.
- **Govers-de Louw & Jansen 2013**
Govers-de Louw, N.M.P en Jansen J.H.J., 'Nieuw besluit bedrijfsopvolgingsregeling: het blijft lastig om klare wijn te schenken (I)', WPNR 2013/6980.
- **Gubbels 2016**
Gubbels, N.C.G., 'Met een kanon op een mug schieten', WFR 2016/142.
- **Gubbels & Van Vijfeijken 2016**
Gubbels, N.C.G. & I.J.F.A. van Vijfeijken, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting*, digitale editie, actueel t/m 09-02-2016.
- **Handboek externe verslaggeving 2017**
Deloitte, *Handboek externe verslaggeving 2017*, Een praktische handreiking voor toepassing van NL GAAP, Rotterdam 2017.
- **Heithuis 2010**
Heithuis, E.J.W., 'Erven en schenken van ab-aandelen in de inkomstenbelasting vanaf 2010', TFO 2010/93.
- **Heithuis 2015**
Heithuis, E.J.W., *Bedrijfsopvolging voor de IB-ondernemer en Dga sinds 2010*, Deventer 2015.
- **Heithuis e.a. 2016**
Heithuis, E.J.W., R.H.A. Franken, R.G.J. van der Sar, P.J.Th.M. Steeghs & Y.M. Tigelaar-Klootwijk *Compendium bedrijfsopvolging*, tweede druk, Deventer 2016.
- **Hoogeveen 2008**
Hoogeveen, M.J., *Schenken en vererven van ondernemingsvermogen*, Fed Fiscale Brochures, Deventer 2008.
- **Hoogeveen 2011**
Hoogeveen, M.J., *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingsregeling* (diss. Tilburg), Fiscaal wetenschappelijke reeks nr. 19, Den Haag 2011.

- **Hoogeveen 2012**
Hoogeveen, M.J., 'Preferente aanmerkelijkbelanghouder: belegger of ondernemer?', in: P. Kavelaars (red.), *Bedrijfsopvolging. Bijdragen aan het op 29 juni 2012 door het Fiscaal Economisch Instituut georganiseerde congres over het begrip Bedrijfsopvolging*, Rotterdam 2012.
- **Hoogwout 2010**
Hoogwout, T.C., 'Nr. 79', FTV 2010/01.
- **Janssen 2016**
Janssen, R.L.M.C., 'Onverwachte en ongewenste beperkingen in de toepassing van de BOR', FBN 2016/46.
- **KfW Research 2009**
KfW Research, *KfW-Gründungsmonitor, Frankfurt am Main*, 2009.
- **De Kok, Prince & Span 2015**
Kok, J. de, Y. Prince en T. Span, *De bijdrage van het MKB aan de Nederlandse economie*, Zoetermeer, mei 2015.
- **Van der Kroon 2012**
Kroon, van der, M.G.H., 'Bedrijfsopvolging met preferente aandelen en indirecte aandelenbelangen', WFR 2012/1110.
- **Martens & Sonneveldt 2016**
Martens, C.J.M. & F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, 21^e druk, Den Haag 2016, digitale editie.
- **Meijaard 2005**
Meijaard, J., *Business Transfers in the Netherlands, in Entrepreneurship in the Netherlands*, Business Transfer: a new start, edited by J. Snijders and Y. Haane, EIM, Zoetermeer, 17-28, 2005.
- **Meijaard 2007**
Meijaard, J., *Overnemen vaak beter dan 'vers' starten*, EIM, Zoetermeer, november 2007.
- **Petty 1997**
Petty, J., *Harvesting firm value: process and results*, In: D.L. Sexton & R.W. Smilor (Eds.), *Entrepreneurship 2000*, Chicago, Upstart Publishing Company, 1997.
- **Rijkers 2009**
Rijkers, A.C., 'Berlusconiaanse belastingwetgeving', NTFR 2009/2031.
- **Rozendal 2016**
Rozendal, A., 'BOR van toepassing op indirect aandelenbelang dat geen aanmerkelijk belang vormt', NTFR 2016/1238.
- **Schuurman-van Nifterik 2017**
Schuurman-van Nifterik, M.M.J. Toepassing van de BOR mogelijk op minderheidsbelangen, PE-Tijdschrift voor de bedrijfsopvolging, jaargang 5, nummer 1, januari 2017, p. 14-20.
- **Speetjens 2012**
Speetjens, W.J.J.G., *Compendium Estate Planning*, Andere wetenschappelijke uitgaven 50, 29 augustus 2012, digitale editie.
- **L.G.M. Stevens 2009**
Stevens, L.G.M., 'Fiscale Beleidsnotities 2010', WFR 2009/1183.

- **S.A. Stevens 2010**
Stevens, S.A., 'De herziene bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de schenk- en erfbelasting', TFO 2010/25
- **Stubbé 2008**
Stubbé, J.P.M., 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet', NTFR-B 2008/3.
- **Van Teeffelen, Uhlaner & Driessen 2011**
Teeffelen, L. van, L. Uhlaner, M. Driessen, *The Importance of Specific Human capital, Planning and Familiarity in Dutch Small Firm Ownership Transfers: a Seller's Perspective*, International Journal of Entrepreneurship and Small Business, 14(1), 127-148, 2011.
- **Van Teeffelen 2012**
Teeffelen, L. van, *Meer kans van slagen bij bedrijfsoverdrachten*, Openbare les Lex van Teeffelen 20 maart 2012.
- **Van Teeffelen 2015**
Teeffelen, L. van, *Groeiende impact van bedrijfsopvolging op de Nederlandse economie: Schattingen voor 2014/2015*, april 2015.
- **Tigelaar-Klootwijk 2013**
Tigelaar-Klootwijk, Y.M., *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen – Een onderzoek naar fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten* (diss. Rotterdam), Fiscale monografieën 141, Deventer 2013.
- **De Wijkerslooth-Lhoëst 2009**
Wijkerslooth-Lhoëst, S.A.M. de, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Alle knelpunten opgelost?', WPNR 2009/6802.
- **De Wijkerslooth-Lhoëst 2010**
Wijkerslooth-Lhoëst, S.A.M. de, 'De nieuwe bedrijfsopvolgingsregeling: Vragen, antwoorden en nieuwe vragen', WPNR 2010/6841.

Kamerstukken

- MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 761, nr. 3
- *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, A
- NnavV, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 7
- MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 19
- MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 4
- NnavV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9
- NvW, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 10
- NnavnV, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13
- Tweede NvW, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16
- *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 79
- MvA, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 930, D
- NnavV, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8
- MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058 en 32 426, C
- MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 553, nr. 3
- MvA, *Kamerstukken I* 2016/17, 34 552, E

Jurisprudentie

- HR 2 januari 1903, PW 9536
- HR 5 februari 1969, nr. 16 047, BNB 1969/63
- HR 30 oktober 1991, nr. 27 320, BNB 1991/364
- HR 10 juni 1992, nr. 27 702, BNB 1992/258
- HR 3 april 1996, nr. 31 150, BNB 1996/181
- Hof Leeuwarden 4 mei 2001, nr. 99/30089, V-N 2001/35.13
- Hof 's-Gravenhage 8 maart 2002, nr. 00/305, V-N 2002/39.14
- HR 17 juni 2005, nr. 38 288, BNB 2005/320
- HvJ EG 23 februari 2006, C-513/03 (Van Hilten – Van der Heijden), BNB 2006/194
- HR 1 september 2006, nr. 42 705, V-N 2006/46.8
- HR 21 mei 2010, nr. 09/02715, BNB 2010/261
- HR 25 september 2009, nr. 43.874, BNB 2010/31
- HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80
- HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81
- HR (A-G) 30 september 2013, nr. 13/01154, V-N 2013/50.24
- HR 22 november 2013, nr. 13/01154, V-N 2013/59.21
- EHRM 27 mei 2014, nr. 18485/14, V-N 2014/38.21
- Hof 's-Gravenhage 13 mei 2015, nr. BK-14/00573, V-N 2015/28.21
- HR 22 april 2016, nr. 15/02845, BNB 2016/167

Besluiten

- Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB2010/101M
- Besluit van 17 januari 2013, nr. BLKB2012/1221M4
- Besluit van 16 november 2015, nr. BLKB2015/1346M

Overige

- Burgerhart, W., Artikel 35f SW 1956 vanaf 2010 Wijzigingen in gerechtigdheid (commentaar), NDFR, bijgewerkt tot 9 juni 2016, onderdeel 1.
- FD 1 mei 2014, 'Proefballon Wiebes gaat niet op'.
- Minister van Economische Zaken, 'Kamerbrief over evaluatie fiscale regelingen gericht op bedrijfsoverdracht', kamerbrief 04-12-2014, DGBI-O / 14193954.
- Mourik, M.J.A. van, rechtsvragenrubriek WPNR 2011/6880.
- Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, V-N 2009/22.3.
- Redactie Vakstudie-Nieuws, aantekening bij NnavNv, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, V-N 2009/50.2.
- Zwier, R.E., NDFR Commentaar artikel 4.9 Wet IB 2001 Meesleepregeling, bijgewerkt tot 20 maart 2017.